



RN

REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ABRIL~JUNIO 1996

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

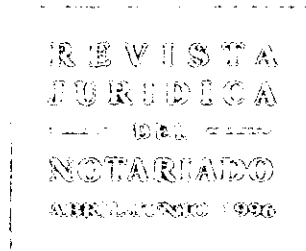
Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
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



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

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

Estudios

- 4 BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena: "El Notariado aragonés hasta la Ley Orgánica de 1862"
- 75 PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: "Incidencia del nuevo Código Penal sobre la causa tercera de indignidad del artículo 756 del Código Civil"
- 177 VERDERA SERVER, Rafael: "La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)"

Jurisprudencia

- 193 TALMA CHARLES, Javier: "La teoría sobre los vicios de la voluntad en la Jurisprudencia, y su aplicación al ámbito sucesorio".

Actualidad jurídica

Informes y comunicaciones

- 257 — MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: "Inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos (RD 297/1996, de 23 de febrero)".
- 287 — VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: "Dictamen emitido a solicitud de la «Fundación F, acerca de: A) Si la existencia de un pacto de reversión al Banco fundador puede hallarse afectado por las Leyes de 1994 estatal y vasca de Fundaciones; y B) Por cual de estas Leyes debe regirse»".

EL NOTARIADO ARAGONES HASTA LA LEY ORGANICA DE 1862 (1)

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA

*Profesora de Derecho Civil de la Facultad
de Derecho de Zaragoza*

9

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BREVES NOTAS SOBRE EL ORIGEN O PRECEDENTE DEL NOTARIADO. 3. EL NOTARIADO DE ARAGÓN. A. Introducción. B. Nacimiento del Notariado en el siglo XIII. Fuentes documentales y legales. C. Clasificación del estamento notarial. D. Colegios Notariales. 4. EL DERECHO ARAGONÉS COMO IMPORTANTE PRECEDENTE DE LA LEY DEL NOTARIADO DE 1862. 5. EL PRESTIGIO DEL NOTARIADO ARAGONÉS.

(1) Este trabajo constituye la introducción, sin publicar, de la tesis doctoral de la autora, publicada en la colección del *Justicia de Aragón* en julio de 1997, que versa sobre el contenido típico del testamento mancomunado aragonés desde el siglo XVI hasta la actualidad, en base al estudio de los protocolos notariales de los Archivos Históricos de Zaragoza, Huesca, Teruel y Calatayud.

1. Introducción

Es indudable que los documentos notariales de los Archivos Históricos nos proporcionan conocimientos precisos para el estudio de la estructura de la institución jurídica estudiada, su forma habitual, partes y contenido. Pero también es cierto que al analizar la calificación jurídica de sus cláusulas nos encontramos con términos que expresan la denominación pero no sus efectos y esto plantea la duda de si la institución mencionada es análoga a su homónima en el actual ordenamiento legislativo, o si con el mismo nombre se está aludiendo a un instituto consuetudinario cuyo concepto se tenía claro pero que ya no coincide ni en su significado jurídico ni en sus consecuencias con su actual homónimo (2).

10

Es habitual encontrar en obras de importantes juristas planteamientos sobre cuestiones previas o paralelas que inciden en la interpretación de instituciones jurídicas contenidas en cláusulas testamentarias, así: comentarios sobre la imperfección de la técnica jurídica de los períodos anteriores al siglo xx, de la insuficiente preparación de los redactores de los documentos notariales.

Por ello cuando comencé mi trabajo de investigación sobre el contenido del testamento mancomunado aragonés en base a documentos notariales de los Archivos Históricos de Zaragoza, Calatayud, Huesca y Teruel, una de las primeras cuestiones que consideré fue la necesidad de investigar, para un mejor estudio de las figuras sucesorias contenidas en dicho testamento, los orígenes, historia y régimen jurídico del notariado —en especial del aragonés— y así poder aquilatar las cuestiones de capacidad, prestigio, preparación y solvencia del notario, que tanto me iban a ayudar en la interpre-

(2) Así, por ejemplo, es usual el comentario de que el cónyuge instituido heredero con sustitución a favor de tercero, en cláusulas de testamentos de siglos anteriores, no es un heredero sino un usufructuario.

tación y alcance jurídico de las instituciones testamentarias, pues era consciente de que si bien debe existir una independencia total entre la voluntad del testador y la del notario, redactor del testamento; también es cierto que éste debe plasmar jurídicamente la anterior y para ello es trascendental su preparación y su rigor científico.

2. Breves notas sobre el origen o precedentes del Notariado (3)

El enunciado de este epígrafe responde a dos tendencias contradictorias en relación a la antigüedad de la institución notarial.

Un sector doctrinal se inclina a considerar que el origen del Notariado se encuentra en el Derecho romano, en el momento de la unificación de *tabularios* y *tabelliones* (4).

11

(3) *Vid.* en relación al estudio de la historia del Notariado a: ALONSO LAMBÁN en "Notas para el estudio del Notariado en la Alta Edad Media en Aragón", *Anuario de Derecho Aragonés*, años 1949-1950, pgs. 360 a 410. BELLVER CANO en "Génesis y desenvolvimiento del régimen notarial Español", *R. G. Legislación y Jurisprudencia*, Dic. 1935, pgs. 6 a 43. JOSÉ BONO en *Historia del Derecho Notarial Español*, Tomo I, I, 1979. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. CANELLAS LÓPEZ, "El Notariado en España hasta el siglo XIV: estado de la cuestión, Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV". *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*, Valencia, 1989, I, pgs. 101-139. HONORIO GARCÍA en "Notas para unos prolegómenos a la Historia del Notariado Español", *Estudios Históricos y documentos de los Archivos de protocolos*, Barcelona, 1950, pgs. 121 a 151. GIMÉNEZ ARNAU en "Introducción al D. Notarial", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944.

(4) Roma fue la civilización del Derecho por lo que no es de extrañar que en ella se encuentre ya claros indicios del Notariado.

En los textos legales aparecen multiplicidad de nombres y cargos relacionados con la institución, así se habla de: *notarius*, *scriba*, *tabellio*, *tabullarius*..., esta variedad de nomenclatura demuestra la existencia de una función dispersa que se atribuye a más de una persona, es decir que: "existe la función pero falta el funcionario".

Los autores hablan del *notarius* como anotador por medios de signos breves, y como nota curiosa, se cita a Tirón, esclavo y taquígrafo de Cicerón, precursor de la taquigrafía.

Los *escribas* son los encargados de anotar en las tablas los escritos de cualquier género, siendo los de mayor prestigio aquellos que asisten a los magistrados de categorías más altas: *Scriba Pretoris*, *Scriba Questoris*, *Scriba Edilitii*.

El sector opuesto (5) afirma que la función notarial se da permanentemente en la Historia del Derecho (6) porque la necesidad de dar firmeza auténtica a las relaciones de carácter jurídico se siente en todos los tiempos y en todas las civilizaciones, y, aunque la organización sea rudimentaria, satisface y responde a las necesidades del momento, y por tanto son de la opinión de que los ejemplos que se citan de los libros sagrados y de los más antiguos códigos no de-

Y es a través del *Tabularius* y del *Tabellio* cuando se llega a una figura muy cercana a la del Notario.

Los *Tabularii* son los funcionarios encargados de las anotaciones en el Censo y, posiblemente por el hábito en la custodia de documentos oficiales, se generaliza la práctica de entregar para su custodia los testamentos, contratos y demás documentos que los interesados desean guardar para que en su día produzcan efectos. Dan fe pública no sólo en lo que afecta al Censo, en el que desempeñan funciones oficiales, sino también del hecho de la entrega de los documentos privados que custodian, si bien dicha función de custodia, no confiere cualidad de autenticidad a tales documentos.

12

En competencia concurrente con los anteriores surgen los *tabelliones* que nacen de los usos sociales. Se encuentran en un principio en las oficinas del Pretor, guiando o auxiliando a los que buscan o esperan su justicia, y dado el hábito romano de consultar a los juriconsultos y siendo cada vez mayor la necesidad de juristas, se adquiere la costumbre de acudir a ellos para las convenciones, testamentos y demás actos jurídicos. Se trata pues de profesionales con carácter privado que se dedican a la redacción y conservación de instrumentos jurídicos. El crédito que va cobrando el documento redactado por ellos es cada vez mayor, coadyuvando a ello la aparición de una nueva clase de documentos: los llamados "instrumenta pública confecta" intervenidos por los *tabulariis* y *tabelliones*, regulados por la Novela 76, capítulo 5.º de Justiniano y que sin estar dotado de carácter auténtico originario pueden adquirirlo por medio de la simple "insinuatio" judicial sin necesidad del procedimiento de la "probatio" judicial exigido para los documentos privados. Otras clases de documentos son: los "instrumenta publicae" que al ser expedidos por un magistrado o tribunal competente tienen carácter auténtico y no necesitan prueba testifical y los "instrumenta privatae" que adquieren fuerza probatoria por la intervención y confirmación de testigos.

(5) MENGUAL Y MENGUAL. *Elementos de Derecho Notarial*. Barcelona 1934, t. II, vol. 3.º, pgs. 477 y siguientes.

(6) GIMÉNEZ ARNAU en *Derecho Notarial*, Pamplona, 1976, p. 90 dice: "Por otra parte no hay que olvidar que la hasta hace poco indiscutible originalidad del Derecho Romano está hoy en entredicho, al progresar los estudios helénicos, de egiptología, asiología y del mundo oriental, en general hallazgos relativamente recientes permiten afirmar -sin correr demasiada aventura- que el Derecho Romano es una copia perfeccionada del helénico, como las instituciones de éste tienen próximos precedentes en el Derecho egipcio al que imitan".

ben considerarse como precedentes sino como origen del Notariado.

Y finalmente algunos autores ponen en duda, lo tantas veces dicho, de que el precedente del *notariado español* lo sea el *tabellio* romano. Consideran que la romanización fue más aparente que real y que no es una temeridad científica suponer que el pueblo español siguió durante la dominación romana con sus mismas costumbres y que las prácticas jurídicas de los conquistadores no lograrían ir más allá de los muros de las grandes ciudades (7).

Soy de la opinión de que la solución de la controversia dependerá del criterio que adoptemos.

Si pretendemos encontrar en épocas pasadas una reglamentación notarial que pueda compararse con la actual, indudablemente sólo la hallaremos, en el caso de España, a partir del siglo XIII, porque en el régimen jurídico romano, en el caso de que se aplicara en la Península, no se dan las connotaciones de dación de fe y autenticidad de la misma forma que se regulan en la actualidad.

Pero si lo que buscamos son personas que han desempeñado funciones importantes y con cierto parecido a la nota-

(7) HONORIO GARCÍA justifica esta opinión diciendo que según DURANDO, en su magnífica *Historia del Notariado en Italia*, fue Justiniano el primero que dio normas claras y concretas sobre el modo de extender los documentos y añade: "si un siglo antes de la invasión de los bárbaros en nuestra patria, comienzan estos funcionarios a ser citados por las leyes y en el siglo VI que reinaba Justiniano en Oriente aun no se habían difundido por todos los ámbitos del Imperio, sino que sólo existían en las grandes ciudades ¿cómo se ha de admitir que en España, situada en la periferia del mundo romano, llegasen a estar difundidos los tabeliones ya a principios del siglo V, cuando en el VI aún no estaban generalizados en las grandes ciudades y solamente en ellas? De haber existido y actuado los tabeliones en España únicamente sería en contadas ciudades, las más populosas, pero nunca en todo el territorio sometido a la dicción del Imperio" y saca la conclusión de que en España se desarrolló la actividad instrumentizadora de una manera espontánea con sujeción a normas consuetudinarias y que las normas de Derecho Romano tuvieron vigor en España de forma indirecta en tiempos del Renacimiento, a través de los juristas y tratadista de la *Ars Notariae* de la Escuela de Bolonia ("*Notas para unos prolegómenos a la Historia del Notariado español*", *Estudios Históricos y Documentos de los Archivos de Protocolos* II, Barcelona, 1950, pgs. 127-128).

rial actual en cuanto han redactado actos o sucesos jurídicos acompañados de la notoriedad oficial que la organización jurídica les permite, es también indudable que su existencia se da ya en tiempos remotos, pues se ha dicho, y sin disminuir por ello la importancia del Notariado, que el notario no es en un principio sino un escribiente que sobre la tabla o el pergamino imprime la palabra y el pensamiento de los hombres (8).

3. El Notariado en Aragón (9)

A. Introducción.

La historia del Derecho Notarial español se inicia en el siglo XIII cuando surgen la institución notarial y el documento público con las características y significación actual; al transformarse, en una lenta evolución, en todos los reinos de España, el *scriptor profesional* y la “carta” en el *públicus notarius* y en el *instrumentum publicum* de forma muy simi-

(8) Vid. ALONSO LAMBÁN en “Notas para el estudio del Notariado en la Alta Edad Media de Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 1949-1950, p. 360.

(9) Vid. en relación a la historia del notariado aragonés: ALONSO LAMBÁN, “Notas para el estudio del Notariado en la Alta Edad Media de Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 1949-1950, pgs. 360-410. DEL ARCO, “La institución del notario en Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, I, 1944, pgs. 167-237. BANDRÉS SÁNCHEZ, “La organización notarial aragonesa a través de los fueros”, *X Congreso de la Historia de Aragón*, Zaragoza, 1976, pgs. 135-154. BELLVER CANO, “Génesis y Desenvolvimiento del Régimen Notarial Español”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Diciembre 1935, pgs. 27-43. BLASCO MARTÍNEZ, “El Notariado en Aragón”, *Actes del I Congrès D'Historia del Notariat Català*, Barcelona, 1994, pgs. 189-273. BONO HUERTAS, *Historia del Derecho Notarial Español*, Madrid, 1979, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, I, 2, pgs. 120-124. GIMÉNEZ ARNAU, “Introducción al Derecho Notarial”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944, pgs. 86-89. *Derecho Notarial*, Pamplona, 1976, pgs. 109-115. MENGUAL Y MENGUAL, *Elementos del Derecho Notarial*, Tomo II, Volumen III, 1934, pgs. 24-39. MERINO HERNÁNDEZ, *La Institución del Notariado en Aragón, el Patrimonio Documental Aragonés y la Historia*, Zaragoza, 1986. RODRÍGUEZ TRONCOSO, “Algunas consideraciones sobre los orígenes del notariado en el alto Aragón”, *VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Barcelona, 1962, pgs. 249-261.

lar a como han sido conformados en Italia por la doctrina legística y canónica.

Se habla del resultado de una evolución porque la renovación del ordenamiento no implica una ruptura con el derecho anterior ni es excluyente del derecho nacional de cada reino sino que se produce una *conmixtio* del *ius proprium* (según fuero) y del *ius commune*.

Suele atribuirse a la Escuela de Bolonia el protagonismo en el nacimiento del Derecho Notarial y si bien no hay que menospreciar su influencia, también es verdad que paralelamente en el tiempo se dio en los reinos españoles una importante actividad legislativa en relación a este tema.

En el Fuero Real de Castilla (1255), promulgado por Alfonso X, ya encontramos una sencilla redacción reguladora de la ordenación notarial. Así el F. R. Libro 1, Título VII, ley 3, habla de que el oficio notarial es "*publico, e honrado y comunal*" para todos, por lo que el notario no puede rehusar su ministerio a cualquiera que lo solicite, ya con mandato general, ya por otra "*guisa*", y debe extenderse la carta sin dilación alguna, no denegando el hacerlo "*por amor ni por desamor, ni por miedo ni por vergüenza de algún home*" (10). Posteriormente (1295-1312) se promulgan las "Siete Partidas" en las que se da la más completa formulación de la materia notarial en Occidente (11).

15

(10) Se recoge este pequeño tratado notarial en el libro I, Título VII, bajo el epígrafe "De los Escribanos públicos" y distribuidos en siete leyes:

Ley I: Como deben ser dados en los lugares.

Ley II: Como los Escribanos públicos deben tener en sí las notas de lo que ante ellos pasa.

Ley III: Como el Escribano es obligado de dar la carta, y en qué manera la debe signar y dar a la parte.

Ley IV: Como el Escribano que sucede en lugar de otro, puede facer e sacar de la nota del otro lo que pasó por el otro.

Ley V: Como el Escribano es tenuto de dar la carta al que la debe haber, si no fuere mandado por el Alcalde, que la no de.

Ley VII: Como el Escribano debe conocer a los que ante él otorgaren alguna cosa. (Colección de Códigos españoles, d/3.955, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, pgs. 355-356).

(11) *Vid.* Nota 24.

Pero es Aragón quien puede reclamar la prioridad en la materia que nos ocupa después del hallazgo hecho por DEL ARCO en los archivos municipales de Jaca. Allí encuentra un manuscrito del siglo XVI o principios del XVII, en el que se transcribe el Fuero General de Jaca, anterior a la Compilación de Huesca de 1247 y por tanto anterior a los cuerpos legislativos citados.

A la misma afirmación sobre dicha originalidad nos lleva el estudio que sobre la ordenación notarial contiene la Compilación de Huesca de 1247 (12). La regulación, que atiende más a cuestiones de detalle que a líneas generales

(12) Es igualmente interesante destacar el pequeño tratado de Derecho y técnica notarial del Vidal Mayor (Versión romance de autor desconocido de la obra *In excelsis Dei thesauris* que escribió en latín VIDAL DE CANELLAS. Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, en *Vidal Mayor*, Estudios, Excma. Diputación Provincial, Instituto de Estudios Altoaragoneses, Huesca, 1989, pgs. 45-81). En libro III, *De fide instrumentorum, es assaber: De la creyença de los instrumentos*, 39-45 (TILANDER, Vidal Mayor, traducción de la obra *In excelsis Dei Thesauris*, Lund 1956, pgs. 222 a 247), se recogen un conjunto de normas en relación al tema que nos ocupa:

39: ley a la que debe pertenecer el escrivano cuando “los contractos que entre los omnes se faze que sean de diversas leyes”.

40: Cómo se deben datar los documentos como requisito de validez del documento: “[...] Sj el día fuere puesto en el escripto seynnaladament por quoval quiere manera de los ditos, el qui sopiere bien catar el ordenamiento del instrument et faille aillí certanidat del día, uale tal instrument [...]”.

41: La falsedad en documento público otorgado por escrivano.

42: Autografía del documento: “Todo instrument de donación o de uendida o de quoval se quiere contracto o de condición, encara de paramiento, siempre deue ser feito por mano de escrivano iurado, en el quoval instrument deuen ser contenidos los nomes del escrivano et de los testigos, por los quuales el instrument pueda ser monstrado por uerdadero si alguna uegada fuere dito algo contra el instrument [...]”.

43: La falsedad del documento público dicha en juicio. Raspados, interlineados, salvados, abreviaturas: “[...] Et eixo mismo otrosí, si algún interlineo paresciere en los logares sospeitosos, en alguna razón de las cosas anteditas, en aqueill instrument que parezqua, empero aqueill instrument non será sospeitoso si el escrivano qui fizo el instrument faze mentión d’aqueilla rasura o interlinio en la su subscription, faziendo mentión en la escriptura que es feita d’aqueilla misma mano et d’aqueilla misma letra, nin por esto deue ser dito aqueil instrument non valedero”, soporte del documento: “Ni tanta sea la simpleza que instrumento público deua ser escripto en paper o en tabla encerrada o en otro quoval se quiere materia, maguer sea más segura cosa que aqueillos instrumentos sean escriptos en pargamino”.

45. “De reparacione instrumentorum, ço es assaber: De refazimiento de los instrumentos”.

nos habla implícitamente del notario (*públicus tabellio* = escribano público) y del documento notarial (*instrumentum publicum*) y esta forma de expresión sólo tiene sentido si se presupone su existencia.

En principio, Aragón no difiere tanto de la panorámica expuesta hasta el momento, y al igual que en el resto de los países existe un dilatado período de tiempo (desde la derrota de los visigodos hasta casi el Renacimiento) del que poco puede decirse en orden a la institución notarial.

En el siglo VIII la región altoaragonesa, Ribagorza y Sobrarbe viven supeditados al Imperio Carolingio y puede que conozcan a los *iudices cartularii* que ejercen la función notarial por este tiempo en Francia, dotados de la facultad autenticadora que les da el poder público (13).

Al independizarse los condados, comienza una época aún más oscura para la institución, por la imperfección y la deficiencia de los organismos del Estado y por la gran incultura reinante en los condados aragoneses de la Reconquista (indudablemente hay una gran diferencia en el desarrollo de la cultura en este período entre aquéllos y la corte de Carlomagno y sus sucesores).

Los escribas con frecuencia son eclesiásticos, quizá por ser en esta época la clase más letrada (casi nadie sabe escribir) o quizá también porque por su religiosidad inspiran más confianza. Son escribanos o amanuenses desprovistos de carácter oficial que poco a poco y por costumbre van adquiriendo mayor autoridad. Prueba esta afirmación el hecho de que leyes posteriores les prohibieran expresamente ser notarios.

A partir del *siglo XI* son ya numerosos los documentos hallados constituyendo éstos la única fuente notarial con la que contamos hasta las primeras disposiciones legales que

(13) Vid. el estudio realizado por ROSA RODRÍGUEZ TRONCOSO en "Algunas consideraciones sobre los orígenes del Notariado en el alto Aragón". *VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Barcelona, 1962, pgs. 249-251.

regulan la materia como el Fuero de Jaca, el Fuero de Teruel y la Compilación de Huesca.

Un estudio del siglo XI realizado por ROSA RODRÍGUEZ TRONCOSO en base a los pergaminos encontrados en el Archivo Municipal de Huesca, el Archivo de la Catedral y colecciones de Sigüenza, de San Juan de la Peña, de Montearagón y otros, llega a las siguientes conclusiones:

— No aparece la palabra *notario* ni *tabellión* ni siquiera la de *scriptor publicus* oscensis.

— El *scriptor* es un simple amanuense, cuyo nombre en ocasiones ni siquiera aparece y en otras se denomina de diferentes formas: *scriptor* o *scripsi*; o con el nombre sólo, o con el nombre y apelativo y hasta con el nombre y apellidos.

— El signo que aparece en algunos documentos no tiene ningún valor. Lo pone, y no siempre, el amanuense, por imitación de la costumbre de los *scriptores* reales y por dar más forma al instrumento (14).

En el siglo XII, sigue sin aparecer en los documentos otorgados entre particulares la palabra “notario”, ni *scriptor publicus* y el signo sigue sin ser propiedad del amanuense.

Los redactores, como en la época anterior, suelen ser eclesiásticos y habitualmente hacen constar en el documento

(14) Según la autora en “Algunas consideraciones sobre los orígenes del notariado en el Alto Aragón”. *VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Barcelona, 1962, p. 251. El *scriptor* que quiere poner signo tiene, en general, por modelo el del *scriptor* del rey Sancho Ramírez (1063-1094), llamado García. En el mismo sentido ALONSO LAMBÁN en un estudio que hizo de la documentación de este período histórico (*op. cit.*, p. 379) dice “Un García es escriba por los años de 1032 a 1055, posiblemente fue presbítero y actuó luego en la cancillería de Ramiro I. Desde 1074 hasta el final del reinado de Sancho Ramírez es escriba real otro García, quien posiblemente continúa en la época de Pedro I. En 1076 redacta una donación real un García de Petra Rubia, apellido que veremos repetido algunas veces en los escritores reales”.

Es frecuente a finales de este siglo y en la primera mitad del siglo XII el ver en un documento más de un signo y no ser ninguno de ellos pertenecientes al *scriptor*, suelen ser las firmas de los que intervienen para que “maiores firmitatem habeat el documento o la carta” (RODRÍGUEZ TRONCOSO, *op. cit.*, p. 251).

que obran rogados o mandados por las partes o por una de ellas.

Sí es frecuente hallar, sin embargo, en la segunda mitad de este siglo, y casi de modo único en los documentos de la Cancillería regia, la indicación de haber sido redactado por notarios. Pero estos notarios reales no son depositarios de la fe pública. Es cierto que las actas y documentos reales son públicos pero su autenticidad les viene por emanar del supremo órgano de la soberanía, es decir por su carácter real.

Es pues en esta época cuando aparecen los primeros balbuceos e indicios del notariado como lo confirman las fuentes documentales y legales.

En cuanto a las fuentes instrumentales ya hemos dicho que es frecuente hallar en los documentos reales la indicación de haber sido redactados por notarios (15). Y como fuente legales nos estamos refiriendo al ya citado "Fuero de Jaca" (16).

19

Respecto al Fuero de Jaca no puede decirse que contenga una regulación exhaustiva de esta materia pero sí que tiene disposiciones que suponen un adelanto respecto de posteriores compilaciones privadas. Habla de "carta" al regular supuestos en los cuales luego la Compilación de Huesca exigiría documento público (17), por ejemplo en el nú-

(15) Vid. ALONSO LAMBÁN, "Notas para el estudio del Notariado en la Alta Edad Media de Aragón", *Anuario de Derecho Aragonés*, 1949-1950, p. 396, que hace una amplia reseña de autores que recogen en sus obras documentos en los que aparecen nominados los notarios.

(16) Vid. MOLHO, *El Fuero de Jaca*. Edición crítica, Zaragoza, 1964. Vid. RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Jaca*, Barcelona, 1927.

(17) Vid. ALONSO LAMBÁN, "Notas para el estudio...", pgs. 395 y siguientes. En el caso de la donación la exigencia de "carta" en el Fuero de Jaca es "documento público" en la Compilación de 1247. Efectivamente

Iacobus Primus, Oscae, 1247.

De fide instrumentorum.

Quicumque fiat donatio haereditatis: cum instrumento publico testibus roborato debet fieri: quia secundum forum nullius valoris existit donation sive instrumentum donationis, nisi super ipsa donatione dentur fidantiae salvitatis: et quod eas contineat

mero 60 del Fuero de Jaca (18) se exige que la donación se haga en carta para que adquiera firmeza según fuero:

“De donations. Quand ad algún homne de payre o de mayre, o de parent o de amic o de qual homne seglar es donada alguna hereditat con carta et con fiances de saluetat et con testimonis, si tot aquo no es escriut en la carta de la donation aquella donation no a nuylla fermeza per for, si doncx no era donación de rey o de princep de terra o donacion fayta al derrender testament. Empero en les cartes de les donacions que fan les homnes que del tot se son donatz a orden, fiances de saluetat no y son menester, más les cartes deuen estar confirmades con lurs propriis signes daquels qui fan la donación. Altresí quant algún fa son testament et laxa algunes hereditatz a religiún o a parentz o ad altres homnes ab carta no y a obs fiances, más les cabeçalers deuen estar escriutz en la carta per les quals si mester es lo testament se puyssa prouar per uertat”.

20

Y en algunas de sus disposiciones se menciona al escribano público. Así en el número 40, en relación a la partición de bienes que debe hacer el viudo con los hijos del primer matrimonio al contraer nuevas nupcias.

instrumentum: exceptis tamen donationibus regum, Principum, et reliquorum, quae signis, et sigillis eorum cum testibus roborantur: et exceptis donationibus actis in ultimis testamentis: in quibus testamentis spondularii debent conscribi, qui cabeçalarii, seu manumissores ab aliquibus nuncupatur, cum quibus debet, et potest probari, utrum falsum, vel verum contineat testamentum”.

Cualquiera que hace donación de una heredad debe hacerlo mediante documento público corroborado por testigos, porque según Fuero la donación o el documento de la donación no tiene ningún valor si sobre la donación no se ofrecen garantías de salvedad, y que las incluye el documento. Excepto las donaciones de los Reyes, Príncipes y Religiosos que estén corroboradas por sus signos y sellos ante testigos. Y exceptuadas también las donaciones hechas en los últimos testamentos; en estos testamentos tienen que incluirse espondalarios, llamados por algunos cabeçaleros o manumisores, con los que debe y puede probarse si es verdadero o falso lo que contiene el testamento.

Texto en latín y traducción recogida en tomo I, p. 184, y Tomo III, p. 110, de “Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón”. Edición facsimilar de la de Pascual Savall y Dronda y Santiago Penén y Debesa. Realizada con ocasión del IV centenario de la ejecución de D. Juan de Lanuza, Justicia de Aragón, en 1591. Estudio preliminar, traducciones, textos complementarios e índices (por DELGADO ECHEVERRÍA...), Zaragoza, 1991.

(18) RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Jaca*, Barcelona, 1927.

"[...] la partilla deu estar fayta per carta per ABC con fiances et con testimonis et lo mes et lo día en que fo fayta, et lescriuan sia public del poble et establít en aquel ofici, et assi aura ualor".

En el número 281 se habla del escrivan iurat.

"De carta entre christian et iudeu et sarrazin. Quant algunes conuenences se fan entre christian et iudeu o sarrazin de uentes o de compres o de quals seuol altre coses carta hi deu auer, et deula escriure escriuan iurat qui es establít per tot lo comun et deu hi estar mis lo nompne del escriuan; que si algún diz contra aquela carta, perles testimonis escriutz en la carta et per lescriuan si bius son se puyasca prouar que aquela carta es uertadera. Empero si lescriuan es mort et dopta homne si aquel escriuan que es en la carta escriut la escriui, gardant les altres cartes que el escriui pot leu estar conoyssuda si el la escriui o non".

Pero todavía no existe una organización notarial como la actual porque sólo son públicos los documentos emanados de la Curia o Tribunal. Los intervenidos por los escribanos carecen de la eficacia de los anteriores. Si no son atacados producen plenos efectos, pero si son impugnados son medios de prueba en juicio siempre que se demuestre su veracidad.

Y además como dice ALONSO LAMBÁN: "si el notariado en estos primeros tiempos hubiera sido algo organizado con regularidad, no tendría explicación posible el hecho de que en el lapso de tres siglos sólo hubieran llegado a nosotros las esporádicas noticias de cuatro notarios contra unos centenares de escribas privados" (19).

(19) "Notas para el estudio del Notariado en la Alta Edad Media de Aragón", *Anuario de Derecho Aragonés*, 1949-1950, p. 390.

Existe diversidad de criterios sobre la aparición de la mención de notario público. DEL ARCO en su artículo "La institución del Notariado en Aragón". *Anuario de Derecho Aragonés*, 1944, p. 167, dice que en un documento original de Ramiro II, otorgado en Huesca, en junio del año 1139, se dice que Domingo Ferrer, *públicus notari Sancte Cecilie*, traslada y pone su signo.

Sin embargo RODRÍGUEZ TRONCOSO en "Algunas consideraciones sobre los orígenes del Notariado en el Alto Aragón", *VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Barcelona, 1962, p. 252, dice que "Domingo Ferrer es el notario que traslada el documento de esa fecha, y por lo mismo la tal suscripción es muy posterior, y es para nosotros muy conocido este notario, que lo fue de Santa Cecilia y de Panzano y que otorgaba escrituras por el año 1272".

B. Nacimiento del Notariado en el siglo XIII. Fuentes documentales y legales.

A partir del siglo XIII comienza el avance y afianzamiento de la institución, pues junto al auge de la documentación entre particulares, aparece de forma indubitada el Notario en sentido estricto.

En Aragón, al igual que en el resto de los reinos peninsulares, no se puede responder con precisión a la cuestión de cómo se produce la transición y si el notario aragonés es el resultado de una evolución o de una importación (20). Se sabe que estamos en un período en el que acontecen transformaciones económicas, que renace la corriente jurídica romanista, que se da un apogeo de las administraciones, pero contestar a esos interrogantes no es tarea fácil.

- 22 Posiblemente se trate de una evolución influida en gran medida por el pensamiento jurídico de la época. Hablo de evolución porque con anterioridad, a través de sus fuentes legales, se dieron indicios del Notariado (Fuero de Jaca); porque a través de sus documentos aparece la figura del Notario Real y porque la regulación de la Compilación de 1247 presupone la existencia del Notario en sentido estricto. Y en relación a la influencia jurídica del momento no hay que olvidar la estrecha vinculación de Aragón con la Sede Papal y que son precisamente las ideas procesales y notariales de la doctrina decretalista, bien conocida en el ambiente de las curias episcopales, las que gozan de mayor autoridad entre los escritores profesionales.

(20) Dice BONO en su *Historia del Derecho Notarial Español* 1, 2, Madrid, 1982, p. 121: "Los scriptores profesionales se transformaron en breve tiempo —en poco más del decenio 1250-1260— en *notarii publici* (notarios públicos, públicos *scribanos*); no conocemos bien como se realizó esta transición. Quizá algunos *scriptores* adoptaron sin más el título de *públicus notarius*; es de suponer que otros obtendrían un título de nombramiento real. Otros que fueron la mayoría, serían nombrados, a través de todo el siglo XIII, por las ciudades y villas".

Para asegurar que esta centuria es la del reconocimiento de la institución de la fe pública en Aragón me baso, en fuentes documentales y legales.

Las fuentes documentales nos muestran la existencia de notarios en sentido estricto, que redactan y autorizan actos jurídicos entre particulares (21).

Se observa, por ejemplo, que en los documentos de comienzos del siglo XIII abunda la indicación de “scriptor público o notario” (sin que desaparezca del todo la indicación de “scriptor” dado que continúan los últimos coletazos del sistema anterior entremezclado con el actual). Así:

— En los siglos anteriores un scriptor no aparece en los instrumentos de forma permanente durante varios años, en cambio al nacer el siglo la mención de *scriptor publicus* con su nombre y signo (ya en propiedad) se repite durante diez, doce o más anualidades, lo que indica indudablemente la existencia de una profesionalidad ya pública.

— En 1223 aparece un libro memorial en el que el notario lleva registro o nota de los documentos que hace. Viene a ser el precursor de lo que más tarde se llamarían: manuales, protocolos, registros.

— También aparece el nombre de un discípulo unido al maestro lo que indica la existencia del magisterio del “Arte de la Notaría” (22).

Y finalmente aunque sea una cuestión meramente terminológica es curioso destacar que en el reino de Aragón a partir de esta fecha encontramos siempre aplicado el nom-

(21) Vid. ALONSO LAMBÁN, “Notas para el estudio del Notariado en la Alta Edad Media de Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 1949-1950, p. 400.

Vid. RODRÍGUEZ TRONCOSO, “Algunas consideraciones sobre los orígenes del Notariado en el Alto Aragón”, *VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Barcelona, 1962, pgs. 253-254.

Vid. DEL ARCO, “La institución del Notariado en Aragón”. *Anuario de Derecho Aragonés*. 1944, p. 168.

(22) Llega a todas estas conclusiones la ya citada RODRÍGUEZ TRONCOSO, en “Algunas consideraciones...”, p. 254, después de un interesante estudio de un notario de Huesca: un Bartolomeus que aparece por 1223.

bre de “notario” al scriptor con fe pública, a diferencia de Castilla en donde es más frecuente el nombre de “escribano”. No es que la voz notario tenga un abolengo etimológico superior, pues escribano quiere decir escribidor, y el notarius es el que escribe a gran velocidad utilizando las letras y muchas abreviaturas a las que llaman notas, y si a uno y otro no se les hubiese añadido una función jurídica, tan amanuense sería el uno como el otro (23).

Posiblemente la causa del empleo de esta terminología en Aragón se debe a las buenas relaciones del Reino con Italia, especialmente, como hemos dicho antes, con la Sede Papal que denomina *notarius* a los scriptores comunes de las Curias de la Iglesia, y con Francia que emplea igualmente esta terminología.

En cuanto a *las fuentes legales* se señalan:

24 — El Fuero de Teruel, que fue concedido a la ciudad del mismo nombre por Alfonso II a finales del siglo XII, comienzos del XIII, y que ya recoge una breve ordenación “notarial” en el sentido actual, totalmente independiente de la altoaragonesa.

— La Compilación de 1247 y Fueros y Observancias posteriores que se caracterizan por sus normas procesales y predominantemente civiles; porque centran su atención preferente en la regulación del documento y no de la profesión

(23) En los textos legales de nuestro derecho histórico no aparece definido el notario o escribano público. Sí en cambio está definido en la Partidas en la Ley 1.º, Tit. XVIII, Partida 3.ª: “Escribano tanto quiere decir como ome que es sabidor de escreuir”.

Diccionario de Derecho Civil aragonés de D. MANUEL DIESTE Y JIMÉNEZ. Madrid, 1869. Voz Notario: “El funcionario público autorizado para dar fe, conforme a la leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales que pasaron ante él”.

SUÁREZ DE FIGUEROA. *Plaza universal de Ciencias y Letras*, editada en Madrid, 1723: “En los reinos de Castilla, con más propiedad se entienden los Notarios por los que asisten a los eclesiásticos, que no pueden actuar en negocios seculares [...]; a diferencia de la Corona de Aragón y subdyacentes, donde por Notario se entendía en el uso de los Fueros, lo mismo que Escribano [...]; aún hoy en la Pragmática para arreglar los derechos del escribano del Número de Zaragoza, se les da el nombre de Notarios en Caja”.

notarial que presuponen existente; por ser incompleta en relación a la regulación castellana (24) ya que se atiende más

(24) *La Compilación Aragonesa*, que precede tan solo en siete años al *Fuero Real*, es bastante más escasa que éste en cuanto a la regulación de la función del notario y de los documentos y todavía es mayor la diferencia con *las Partidas*, que basándose en el Derecho Romano y Canónico, son un tratado perfecto de la institución notarial y sistema documental.

Las Partidas, que revelan la superioridad de la reglamentación castellana sobre la aragonesa, suponen un progreso en la institución notarial y en el sistema instrumental público, porque no solamente se determinan los requisitos formales de todo documento sino que también se preocupan de la calificación notarial basada especialmente en la fe de conocimiento y en la intervención de testigos. La doctrina notarial recogida en ellas es la más completa formulación de la materia en Occidente, y así son interesantes: el *título XIX de la Partida 3*, que contiene una regulación acabada del notario como funcionario, sus requisitos personales, el régimen de creación, examen y juramento, sus obligaciones, retribución, responsabilidad; y el *título XVIII* de la misma Partida que formula toda una teoría del instrumento: se define y clasifica el instrumento público, se consignan sus requisitos formales, valor probatorio, su impugnación, normas sobre custodia de los registros, expedición de traslados (*Las Siete Partidas*, Facsímil de la Edición de Gregorio López de 1555, Tomo II, pgs. 121 v a 126 v., Edición Boletín Oficial, 1974).

Por otro lado, es la *Pragmática de Alcalá* promulgada por los Reyes Católicos el 7 de junio de 1503, la que recoge la regulación más completa del protocolo notarial ya que se ocupa de cuanto tiene relación con las escrituras y sus copias y se prevé y dispone todo con tal acierto, que después de cuatro siglos subsisten casi íntegramente aquellos preceptos. Así preceptúa entre otras cosas lo siguiente: *Protocolo*: "Mandamos, que cada uno de los Escribanos haya de tener y tenga un libro protocolo, enquadernado, de pliego de papel entero, en el cual haya de escribir y escriba por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren, y se hobieren de hacer; en la qual dicha nota se contenga toda la escritura que se hobiere de otorgar por extenso". *Comparecencia*: "Declarando las personas que la otorgan y el día, mes y el año y el lugar o casa donde se otorgan". *Estipulaciones*: "Especificando todas las condiciones, y partes y cláusulas, y renunciaciones y sumisiones que las partes asientan". *Otorgamiento y firma*: "Y que como así como fueran escritas las tales notas, los dichos Escribanos las lean, presentes las partes y los testigos: y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres, y si no supieren firmar, firmen por ellos qualquiera de los testigos, ó otro que sepa escribir; el cual dicho Escribano haga mención como el testigo firmó por la parte que no sabía escribir: y si en leyendo la dicha nota y registro de la dicha escritura, fuere algo añadido o menguado, que el dicho Escribano lo haya de salvar, y salve en fin de tal escritura, antes de las firmas, porque después no puede haber dudas de si la dicha enmienda es verdadera o no". *Fe de conocimiento*: "Mandamos, que si por ventura el Escribano no conociere á algunas de las partes, que quisiere otorgar el tal contrato ó escritura, que no lo haga, ni reciba; salvo si las dichas partes, que así no conociere, presentaren dos testigos, que digan que los conocen, y que hagan mención de ello en fin de la tal escritura, nombrando los dos testigos, y asentando sus nombres, y de dónde son vecinos; y si el Escribano conociere al otorgante, de fe en la subscripción, que le co-

a cuestiones de detalle que a dar normas de carácter general, es decir faltan normas fundamentales definitorias tanto del notario como del documento notarial.

C. Clasificación del estamento notarial.

En Aragón el estamento notarial está integrado por Notarios Generales nombrados por el Rey y los de Caja, nombrados por los Jurados (25) de ciudades y villas. Esta diferenciación pertinentemente regulada en cuanto a la obtención del título y su competencia, tanto funcional como territorial, constituye el primer precedente de la Ley del Notariado de 1862 y es la causa de que las Cofradías de notarios existentes se transformen en los primeros Colegios Profesionales que tanta trascendencia tienen en la institución notarial aragonesa.

26 Su regulación legal data del llamado Privilegio general (26) de Pedro III de 1283 por el que se reconoce el derecho de las ciudades y villas a nombrar, mediante sus Jurados, a los escribanos, si tuvieran este derecho de antiguo. Viene a ser por tanto el reconocimiento y consagración legal de usos y derechos ya existentes:

nosce" (*Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Facsímil de la edición de 1805, Tomo V, pgs. 144, 145, Edición Boletín oficial, 1974).

(Vid: BELLVER CANO, *op. cit.*, pgs. 20 a 43; RODRÍGUEZ TRONCOSO, *op. cit.*, pgs. 259 a 260; GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, pgs. 80 a 186.; DEL ARCO, *Institución del Notario en Aragón*, pgs. 174 a 186; BONO, *Historia del D. Notarial español* I, 2, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1983, pgs. 173 y siguientes).

(25) Los jurados constituían los órganos a través de los cuales actuaba el municipio. Se les elegía por parroquias si bien su autoridad no se limitaba a la de la parroquia electora. Sus funciones eran: ejecutar los acuerdos de las asambleas populares reunidas por su mandato y bajo su presidencia, mantener el orden público, velar por la seguridad del vecindario, vigilar la gestión de los otros funcionarios (Vid. ALONSO LAMBÁN en *Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la notaría*, Madrid, 1968, nota a pie de página n.º 61).

(26) El Privilegio general de la Unión es la confirmación escrita de lo que desde muy antiguo gozaban los aragoneses. Se formula por Pedro III ante las quejas de los ricos hombres y barones de Aragón al no ser guardados ni respetados en su totalidad sus fueros y franquicias.

Privilegium generale de Aragonum.
Petrus Primus, Caesaraugustae, 1283.

Item. Los Escribanos é los Corredores de las Ciudades, é de las Villas, sian puestos por los Jurados [...] (27).

En el mismo sentido, Observancia n.º 27 del libro IX:

“En el capítulo, item, que los escribanos, entiéndese este texto –y así se observa– de los notarios públicos de cartas de contratos, porque el señor Rey pone los escribanos o notarios de las curias y también nombra, cuantas veces quiere, tanto a los públicos como a los generales, los cuales igualmente pueden redactar documentos públicos en las villas, en las ciudades y en donde quiera; pero aquellos primeros no deben tener escritorio ni ponerse públicamente a recibir cartas. Y así se observa según costumbre que obra a favor de los notarios de Caja de la ciudad de Zaragoza, en la cual ciudad los notarios generales no pueden testificar sino ciertos documentos por un real y antiguo privilegio concedido a dicha ciudad y según una antigua costumbre” (28).

Interpretaciones de cómo y en qué casos se entiende aplicable el privilegio general. Observancia n.º 6 del libro VI:

27

“Así mismo lo que allí se dice –de que los Jurados pongan escribanos– se entiende y se observa cuando se trata de los Notarios públicos de documentos y de contratos. Pero los escribanos de los tribunales los nombra el Rey y hace Notarios públicos generales a los que quiere, los cuales, a su vez, pueden redactar los documentos públicos en las Villas, en las Ciudades y en dondequiera. Pero no deben tener estacionaria ni ponerse públicamente a recibir documentos” (29).

La concurrencia entre Notarios Reales (Protonotario; notarios de mandamiento ordinario y extraordinario del Rey y sus lugartenientes generales, o del primogénito, notarios generales) y Notarios de Caja no fue pacífica pero sí resultó altamente beneficiosa para el Notariado aragonés.

No es una cuestión pacífica porque se mantuvo entre ellos una pugna que persiste hasta la publicación de la Ley

(27) *Fueros y Observancias...* DELGADO ECHEVERRÍA, Zaragoza, 1991.

(28) *Fueros y Observancias...* DELGADO ECHEVERRÍA, Zaragoza, 1991, Traducción de la Observancia en Tomo III, p. 254.

(29) *Fueros y Observancias...* DELGADO ECHEVERRÍA, Zaragoza, 1991, Traducción de la Observancia en Tomo III, p. 234.

del Notariado de 1862 (30). Se trata básicamente de un problema de competencias fundamentado en una reivindicación foral. Los Notarios Reales quieren ampliar sus funciones a la órbita extrajudicial frente a la oposición de los Notarios de Caja que se defienden ante el intrusismo de los anteriores consiguiendo incluso que a sus rivales se les prohiba el uso del nombre de “notarios” y que se llamen en su lugar “escribanos” (31).

Y resultó beneficiosa porque de ella se derivan una serie de consecuencias que contribuyen en gran medida al prestigio, unánimemente reconocido, del notario aragonés.

La lucha estamentaria acaba por separar y deslindar la jurisdicción extrajudicial (notarios de Número y Caja) (32) y

(30) “El Rey Pedro IV decidió en 1336 y 1367, que los notarios reales no pudiesen testificar en Zaragoza ninguna clase de contratos (a excepción de poderes) y que dicha atribución fuese peculiar solamente de los notarios del número, creados por sus Jurados o Ayuntamiento; estos privilegios fueron ratificados, aumentados y ampliados sucesivamente por otros concedidos por Alfonso V en 1428, por Juan II en 1446 y 1464, en el que dio a este Colegio el dictado de insigne y notable miembro de ciudadanos de Zaragoza; por D. Fernando el Católico en 1510, por sentencias obtenidas en juicio contradictorio, una de ellas en el supremo Consejo de Castilla contra los escribanos reales del Colegio de esta ciudad; y últimamente en 1833, S.M. la Reina Regente Doña María Cristina de Borbón, a nombre de su augusta hija Doña Isabel II, se dignó confirmar las atribuciones de dicho Colegio, determinación que ha sido sostenida y apoyada por otra Real Orden de 6 de Junio de 1846” (Vid. DEL ARCO en “La Institución del Notario en Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, I, 1944, p. 178).

(31) La pugna se dio especialmente entre el Colegio de Notarios de Caja y el de los Notarios Reales de San Juan Evangelista, ambos de Zaragoza. Porque en las demás ciudades y villas en las que también existen Notarios de Caja, los Notarios Generales a través de la “*approbatio*” municipal otorgada por los Jurados se les permite el ejercicio de la función extrajudicial. Así es normal encontrar en los protocolos de Calatayud la titulación en la misma persona de “Notario público de Caja y Notario Real”. Pero no en todos los sitios fue posible. En Zaragoza y también en Daroca los Notarios Reales no logran esta aprobación comunal por lo que surgen especialmente en estas ciudades conflictos de competencia que tienen que ser dirimidos por decisión real. Y posiblemente en los demás pueblos y lugares de escasa población la fe pública judicial y extrajudicial se ejerza por los notarios sin distinción en su calificación.

(32) Iván Gil Calvete nos explica el porqué de la denominación de “notarios de Caja”: “y llamar Notarios DE CAXA, a los que agora del Numero: se ocasionó de aquellas señales, o mesas de caxones, que antiguamente tenían en publico a las puertas de sus casa, para que las partes supiesen donde auian de otorgar las Escrituras;

la judicial (notarios Reales), aunque la divisoria no sea totalmente diáfana. La confusión de ambas se debe a que los jueces, que tienen potestad para extender documentos auténticos, comienzan a delegar esa función en notarios. Ello origina abusos sobre todo por parte de los notarios judiciales, por lo que es necesaria su separación. Es interesante destacar que esta cuestión se plantea y resuelve en Aragón muchos siglos antes que lo hizo la famosa Ley francesa de 1803 (llamada Ley Ventoso) precedente más próximo de la Ley española de 1862 y que consolida legalmente la institución notarial en los países del sistema latino (33).

D. Colegios notariales.

El principio rector para la solución de los conflictos de competencias es el de la prioridad de la competencia local. Los Notarios Reales, que gozan de una amplia jurisdicción y que pueden extender su actividad a todo el territorio aragonés, tienen limitada dicha actividad en aquellas localidades donde hay Notarios de Caja a los que les corresponde íntegramente la escrituración extrajudicial. Pero esta pugna es ineficaz si los notarios locales no defienden su competencia preferente a través de la colegialidad. Y este es otro aspecto positivo que queremos reseñar: el del nacimiento de los colegios profesionales notariales.

Es en Aragón donde primeramente se dan las cofradías o hermandades gremiales con finalidades asistenciales y pías que en el último tercio del siglo XIV se van transfor-

y también llamarle notarios DE CAXA mira al secreto que deven guardaren las materias, y negocios que trataren, y la puntualidad que han de observar en la custodia de sus Protocolos, y Notas, no dexando las expuestas al arbitrio común, sino teniéndolas guardadas debaxo llave, y como una caxa, que es el hipérbole de la curiosidad española [...]" (Al lector. *Origen y estado del Colegio de los Notarios del Numero de Çaragoça*. Impreso en Çaragoça, por Juan Nogues, año 1650. Hízose esta impresión a costa del Colegio de Notarios del Numero de Çaragoça).

(33) Vid. GIMÉNEZ ARNAU, "Introducción al Derecho Notarial", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944, pgs. 80 a 87.

mando en verdaderos Colegios Notariales, con funciones de representación y defensa así como de disciplina y reglamentación del estamento notarial y de su actividad (34).

Estos Colegios se rigen por sus propios estatutos, con fuerza vinculante en tanto que obtienen la aprobación del Rey. Ello da lugar a un gran celo en la defensa de sus privilegios, a una excelente organización y a un mayor control de los colegiados tanto en su preparación como en su actuación personal ya que nadie puede ejercer la actividad notarial en esa ciudad o villa sin pertenecer a la corporación, previa aprobación comunal.

Así el Colegio de Zaragoza obtiene un privilegio de Juan II en 1464 por el que se consagra la competencia exclusiva en materia contractual y testamentaria de sus colegiales. Más tarde su hijo, Fernando el Católico, confirma dicho privilegio. Son numerosos los privilegios, estatutos y ordenaciones que se dan en este período que culmina con la publicación de las "Ordenaciones del colegio de Notarios del Número de Zaragoza, acordadas el 13 de marzo de 1650".

A imitación de Zaragoza surgen otros Colegios como el de *Huesca* en 1464 a cuyo frente están los maiores o mayordomos. El 25 de agosto de 1510, Fernando el Católico dispuso que se formase un Colegio en *Jaca* y sus estatutos quedan redactados y publicados el 31 de mayo de 1648. También *Tarazona* tiene Colegio de Notarios de Número y Caja, con sus ordenanzas desde tiempos antiguos y en 1796 se aprueban las nuevas ordenanzas. Las ordenanzas del Colegio de *Teruel* son aprobadas por Felipe III en 1721. *Barbastro*, *Borja* son otras localidades aragonesas que tienen igualmente Colegio. El Colegio de Escribanos numerarios de la ciudad de *Calatayud* cuyas ordenanzas se aprueban el

(34) En Castilla no se conoce una propia organización colegial que agrupe los notarios de cada ciudad; solamente se conoce de hecho la agrupación estamental como un "cabildo" de tales notarios a cuyo frente existe un simple administrador o mayordomo, sin facultades disciplinarias.

18 de agosto de 1770. En Albarracín, Benabarre, el partido de las Cinco Villas y Fraga, no tienen Colegios, pero existen escribanos para el Juzgado y para el Ayuntamiento, y en ocasiones el mismo funcionario desempeña el mismo cargo (35).

El funcionamiento de los Colegios así como los requisitos para ejercer el cargo son, en líneas generales, semejantes en todos ellos. Son *requisitos de carácter personal*: edad, sexo masculino, libertad, religión, secularidad, moralidad, vecindad y *presupuestos de aptitud*: práctica notarial para el aprendizaje de conocimientos gramaticales (redacción correcta del texto) y jurídicos (para la formulación precisa del acto o contrato) lo que constituye el requisito de suficiencia. La comprobación de la aptitud tiene lugar mediante la prueba o examen, previa verificación de la concurrencia en la persona del candidato de las cualidades requeridas. Y finalmente, en relación al número de colegiados, los estatutos determinan el número cierto de ellos en cumplimiento del Fuero de Jaime II dado en Zaragoza en 1300 en el que ordena un número fijo de notarios en las ciudades y villas (36).

31

(35) Vid. MENGUAL Y MENGUAL. *Elementos...* Tomo II, Volumen III, Barcelona, 1934, pgs. 26 a 39.

(36) Precisa decir que para ser nombrado Notario real es necesario que el candidato haya cumplido veintidós años, haber pasado durante seis años las prácticas necesarias, no haber tenido oficio mecánico; ser cristiano de buenas costumbres: Philipus Rex. Barbastri 1626:

Creación de Notarios

"[...] para que los de aquí en adelante se huvieren de crear Notarios Reales, tengan la calidad, suficiencia, y partes para esto necesarias, su Magestad, y en su Real nombre el excelentísimo Conde de Monterrey, de voluntad de la Corte, y quatro Braços de aquella, estatuye y ordena, que de aquí en adelante los que hubieren de ser creados Notarios, hayan de tener, y tengan edad de veynte y dos años cumplidos, como ya está dispuesto por el Fuero de Tarazona, so la rúbrica: De creación de Notarios: la cual dicha edad tenga obligación de provarla el que se huviere de crear Notario, con acto público de fe del baptismo sacado del libro de quinque libris; y para que la platica sea legitima, y obre los efectos que se dessea, assi de los dos años de la caja, como de los dos de judiciario (que por Fuero está dispuesto) haya de ser, y sea, haviendo platicado dichos quatro años, comiendo y durmiendo en

A modo de ejemplo los estatutos del Colegio de Zaragoza, uno de los más representativos de Aragón, requieren para el acceso a la Corporación: tener título de aptitud; ser mayor de edad; llevar dos años de vecindad en Zaragoza con constante residencia durante dicho tiempo en la ciudad, tres de práctica notarial y dos de judicial; hacer información de limpieza de sangre y ser aprobados en examen por la llamada Junta de los Nueve, después por los asesores del Ayuntamiento; los aspirantes deben ser gente de buena fama, vida y nombre; no pueden serlo los usureros y los que andan de noche con músicas y mujeres o frecuentan la compañía de hombres de mala vida y fama (37). Y en cuanto al número de colegiados se concreta en un principio en sesenta, después se redujo a treinta, luego a cuarenta, catorce (38).

casa de los mismos Notarios con quién platicaren [...] y al tiempo de su creación hayan de ser examinados de latinidad. Y de aquí en adelante no pueda ser creado Notario Real alguno, que huviere tenido, ó servido oficio mecánico, ó haya tenido botiga y tienda abierta por su persona [...] hayan de provar, y prueven que tienen patrimonio propio suyo propio, hasta en cantidad de trescientas libras jaquesas: ministrando también información legítima, de moribus de vita, y que el tal y los tales son Christianos viejos [...]". *Fueros y Observancias...* DELGADO ECHEVERRÍA, Zaragoza, 1991, Tomo I, pgs. 459-60.

(37) "Hízose este Estatuto en Zaragoza a 10 del mes de julio de 1333, que corresponde al año de nuestro Redentor. Testificólo Guillén Palacín, notario público de Zaragoza". JUAN GIL CALVETE, *Origen y estado del Colegio...* Y hablando del rigor existente en este Colegio tanto en su funcionamiento como en la entrada de nuevos colegiados, este mismo autor dice: "Conociendo nuestros Serenísimos Reyes la importancia de este Colegio, parece que unos, y otros con emulaciones virtuosas querrian aventajarse, y sería por exceder esta a otras congregaciones, por las rigurosas pruebas, que en los ingresos de sus colegiales se hacen, de nobleza, de limpieza, bondad, costumbres, práctica, pericia, legalidad, y patrimonio, como lo establecen sus ordinaciones, y por cabeza la ciudad de Zaragoza de las demás de este Reyno, manifestándolos sus reales Privilegios indubitables testimonio de grandeza, de su atención, y de su magnificencia, sus palabras son tan significativas, y relevantes, que por mucho que se esfuerze la elocuencia, siempre quedará inferior, y rendida; y lo que pudiera parecer cariño y pasión de quién escribe queda sin asomos de sospecha, autorizado por la Real Soberanía".

(38) IVÁN GIL CALVETE, "al lector" en *Origen y estado del Colegio de los Notarios del Número de Çaragoça*. Impreso en Çaragoça por Juan Nogues, año 1610.

DEL ARCO, "La institución del Notario en Aragón", *Anuario de Derecho Aragonés*, I, 1944, p. 179.

Para incorporarse al Colegio de Zaragoza se sigue el siguiente procedimiento:

— El aspirante presenta una instancia ante la Junta de los Nueve solicitando la incorporación al Colegio y la Junta practica las pruebas de limpieza de sangre de dicho aspirante, de sus padres, abuelos paternos y maternos, y de sus hijos si los tiene.

— Además se indaga si todos son cristianos y están limpios de toda mácula de judíos y moros; si han sido condenados por el Tribunal del Santo Oficio; si han sido encartados por herejes o cualquier otro delito que cause nota de infamia; si han sido personas honoríficas de buena vida, fama y costumbres.

— Una vez superadas esas diligencias se presenta a examen de preguntas y respuestas ante la Junta de los Nueve. Una vez admitido por el Colegio, éste lo presenta al Ayuntamiento de Zaragoza para que lo examinen sus asesores y habiendo sido aprobado el aspirante dirige una instancia al Consejo solicitando la expedición del título (39).

33

(39) Una vez verificados los requisitos personales y comprobada la aptitud técnica mediante el examen se han de cumplir las formalidades del juramento, la investidura y el título.

El juramento notarial fue aplicado tempranamente en Aragón. Así en el Fuero de Jaca ya se dice: “escrivans...iuratz” y en el Fuero de Teruel: “...sean iurados”. Y explícitamente se prescribe en el Fuero “De Tabellionibus” dado por Iacobus Primus, Oscae 1247 que después de prohibir a los clérigos ser notarios dispone: “Cum autem fiat Scriptor publicus, iuret se esse fidelem, legalem in suo officio, scrutu primitus á duobus viris literatis si erit sufficiens ad conficiendum instrumenta”. “[...] Pero cuando se haga escribano público jure que será fiel y legal en su oficio, una vez examinado por dos personas letradas si está capacitado para redactar documentos”. *Fueros y Observancias*, DELGADO ECHEVERRÍA/SAVALL y PENEN, Zaragoza, 1991, Tomo I, p. 189, Tomo III, p. 112. El notario debe ser jurado, es decir, tiene que haber prestado juramento de ser fiel en el desempeño de su oficio; en este juramento reside el fundamento de su credibilidad y legalidad de su actuación.

La investidura es un acto formal que se reduce a la expresión de la misma en un cláusula documental: “constituimus te N in notarium publicum...auctoritatem impendimus [...]”. En ocasiones se expresa la cualidad y la competencia del notario.

Aquellos que tienen competencia para crear notarios son los que les conceden *el título* cuya estructura está determinada por los tres momentos: juramento, investidura y auctoritas.

E. Fuentes legales: Fuero de Teruel y Fueros y Observancias aragonesas.

a. El Fuero de Teruel (40), se concede a la ciudad por Alfonso II a finales de siglo XII o comienzos del XIII. Este Fuero distingue dos clases de Notarios, el de la Villa y el de los Jurados. El primero guarda fielmente los registros de los acuerdos de los Jueces, del Alcalde y del Concejo y el segundo es aquel que sabe redactar acuerdos y cartas y definir asuntos judiciales (41).

El título notarial real es siempre producto de la cancellería regia que en Aragón aparece escrito en latín: reseña del *juramento*: 1—Nos Alfonsus...Attendetes te N vicinum talis locis, esse idoneum et sufficientem ad tabellionatum officium exercendum, *prestito per te in cancellaria nostra juramento* quod bene et legaliter te habebis in exercendo officio prelibato; *cláusula de investidura*: 2—*constituimus et creamus te, dictum N in notarium publicum* per totam terram et dominationem nostram, ita quod in universis et singulis locis terre, dicioni ac iurisdictioni nostre subjectis, possis recipere et conficere testamenta, acta, attestaciones, sentencias et quelibet alia quorumcumque contratuum fuerint, et quaslibet alias scripturas autenticas y publicas; imposición de la auctoritas: “Nos enim ipsis testamentis actis, attestationibus, sententiis, instrumentis et aliis scripturis publicis et autenticis per te beneet legaliter recipiendis et escribendis ac scribi faciendis per juratos substitutus a te, *auctoritatem impedimus et decretum*, ita quod eisdem in iudicio et extra iudicium fides plenaria habeatur et omnimodam roboris obtineant, firmitatem, tamquam propria manu fact dumttem, tamquam propria manu facte dumtamen subcripcionem tuam et signum apposeuris in eisdem qua, te auctoritate nostra notarium et ipsis contractibus interfuisse confitearis; mandato consiguiendo a la imposición de la auctoritas, por el que se exige el reconocimiento del carácter notarial: “Mandamus procuratori ej vices gerentibus, vicariis, bajulis, suprajuntariis, calmedinis, merinis, ..., presentibus et futuris, *quod te pro notario publico habeant* et tenan per totam terram et dominationem nostram, et instrumentis ac scripturis tuis publicis adhibeant plenam fidem”. (Vid. BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, tomo I, 2, Madrid, 1982, pgs. 240 a 254).

(40) Como dice LALINDE en *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1976, pgs. 122-123: “En el siglo XVI se encuentra todavía al margen de los Fueros de Aragón la vieja extremadura turolense, reducida ahora a las ciudades de Teruel, Santa María de Albarracín, las aldeas de sus respectivas comunidades, la villa de Mosqueruela y otras villas convencinas. La incorporación de la comunidad de Teruel a la foralidad aragonesa se produce en el año 1598. La justificación del monarca se basa en el carácter arcaico del fuero y la confusión existente en el ordenamiento al aplicar unos Fueros particulares, mientras otros se acogían a los generales de Aragón o también al derecho común”.

(41) GOROSCH, M., *El Fuero de Teruel*, Edición crítica, Estocolmo, 1950. Concretamente las leyes (números) 85 a 94 se ocupan de los corredores y escribanos.

CARUANA GÓMEZ DE BARREDA, *El Fuero latino de Teruel*, Instituto de Estudios

b. Institución Notarial y sistema documental según los Fueros y Observancias (42).

—Regulación de los requisitos personales: su régimen está formado por reglas de carácter general que los Colegios notariales desarrollan y precisan, como: edad, requisitos de aptitud, examen, número cierto de notarios en cada localidad; y normas de obligado cumplimiento que no se encuentran reguladas en los estatutos de las corporaciones, así: la condición de cristiano, la secularidad, la independencia, competencia.

—Regulación del sistema documental notarial: arancel, exigencias de forma, falsedad, responsabilidad, protocolo.

b.1. Requisitos Personales.

—Condición de cristiano: la coexistencia de tres comunidades religiosas, cristiana, judía y musulmana conlleva la existencia de contratos mixtos entre gentes de distinta ley; por ello la Compilación de 1247 dispuso que el notario debía ser de la misma ley que el deudor; Jaime II deroga esta disposición en 1300 y prescribe que el notario de todo contrato mixto debe ser cristiano:

“Por voluntad y beneplácito de la Corte el señor Rey decidió que en lo sucesivo en cualquier contrato que fuera hecho entre un cristiano y un judío o entre un cristiano y un sarraceno acerca del

Turolenses, Teruel, 1974. En las leyes (números) 81 a 91 se ocupan de los notarios.

Vid. CLAVERÍA, “Fueros de Teruel”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 1951-52, pgs. 8-17.

Vid. La recensión por ALONSO LAMBÁN, de la versión de MAX GOROSCH del “Fuero de Teruel”, en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1499-50, pgs. 598-599.

(42) Voy a exponer sólo el régimen jurídico de los Notarios de competencia extrajudicial ya que son los que testifican los documentos que conforman los protocolos notariales, si bien es imprescindible precisar que los preceptos recogidos en los Fueros y las doctrinas de las Observancias que reglamentan la función notarial tienen más de declaración de principios que de regulación aplicable en aquellas ciudades aragonesas que cuentan con Colegios Notariales, en tanto en cuanto son sus Estatutos los que rigen la actividad profesional de sus colegiados. No puedo decir lo mismo respecto de la ordenación documental que, aunque escasa en el régimen legal aragonés es prácticamente inexistente en los reglamentos de las Corporaciones.

cual quisieran las partes que hubiera un instrumento público, sea redactado por un notario cristiano y no por un escribano judío. Y si tal instrumento fuera hecho por un escribano judío o sarraceno, no tenga valor alguno [...]" (43).

— *La secularidad*, es decir la prohibición de que el clérigo sea notario: Jaime I en Huesca, 1247. 112

"Que no sea notario público ninguno que esté ordenado con las ordenes sagradas, ni haga documentos públicos, testamentos, cartas de boda ni otros contratos, y por el contrario, se le excluya por completo de cualquier juicio y confianza. Y si después de asumir el oficio notarial se hace clérigo o lleva la corona, se le despoje del oficio notarial a perpetuidad. Pero, cuando se haga escribano público jure que sea fiel y legal en su oficio, una vez examinado por dos personas letradas si está capacitado para redactar documentos" (44).

36

La razón de esta exigencia radica de una parte en no ser la actividad notarial (especialmente en materia del proceso criminal) apropiada al estado clerical, y de otra en una motivación práctica: no podía ser alegada la inmunidad eclesiástica en caso de responsabilidad. Ni la una ni la otra aparecen expresadas en los Fueros y Observancias como justificativas de la prohibición, posiblemente se presuponen; no ocurre lo mismo con otros cuerpos legales que lo declaran expresamente, así la Partida III, título XIX, ley II:

"e deven ser legos porque han de fazer cartas de pesquisas o de otros pleitos, en que cae pena de muerte o de lision, lo que non pertenece al clérigo, nin a otros omes de orden; e demás, porque si fiziesen algún yerro por que mereciesen muerte o alguna pena, que gelo pueda el rey acaloñar" (45).

— Referente a la *edad*: se requiere tener veinte años. Respecto a la *aptitud*: se exige práctica de dos años en una

(43) *Fueros y Observancias...* DELGADO ECHEVERRÍA, Zaragoza, 1991, Fuero no en uso. Traducción en tomo III, p. 282.

(44) *Fueros y Observancias...* Traducción en Tomo III, p. 112.

(45) *Las VII Partidas*, Facsímil de la Edición de GREGORIO LÓPEZ de 1555, edición Boletín Oficial del Estado, 1974, Tomo II, folio 122 vuelto.

notaría y otros dos en una escribanía de justicia. Y para la comprobación de la aptitud del aspirante se ha de superar una prueba o *examen*. Los expresados requisitos son aplicables a toda clase de notarios pues en su formulación legal se estatuyen como de ámbito general.

Ioanes II, Calataiubi, 1461

“A la creación de los Notarios devidament querientes proveyr. De voluntad de la Cort statuymos, que Notario alguno daqui avant no pueda seyer creado por Nos, o nuestros sucesores, ó otras qualesquiere personas, Universidades, cuerpos, ó Colegios que han facultad de crear Notarios: sino que á Nos, ó al creant conste por legitima información, el qui quiere seyer creado Notario haya á excedir edad de XX. años, é haver praticado de Art de Notaria por tiempo de dos años en escrivanía de alguna Cort, ó con algún buen Notario de Ciudad, ó Villa. E queremos que antes que pueda seyer creado, haya á seyer examinado, devidament segund Fuero. E queremos que la dita información é examinación haya á constar por los actos de la dita creación [...]” (46).

Ferdinandus II, Tirasonae 1495.

“Item. Estatuymos, que los Comissarios que se darán para examinar los Notarios de las cosas contenidas en el Fuero de Calatayud en la rúbrica *De Tabellionibus*, sian tenidos de jurar en poder del Notario que recibra el acto de la presentación de la comission, de servir el dicho Fuero, é lo contenido en el, y de bién, y lealment haverse en la dicha examinacion” (47).

De creatione Notariorum.

Philippus Princeps, Montisoni 1547.

“Porque en la fidelidad y prudencia de los Notarios piende mucho el bien de la República: y muchas vezes por falta de plática y experiencia de los notarios creados son los que tractan con ellos prejudicados. Porende su Alteza de voluntad de la Corte statuece, y ordena, que persona alguna no pueda ser creado Notario, sino que tenga plática de cuatro años en oficio de Notario: los dos en acto de caxa; y los otros dos en lo judiciario: y esto se haya de provar al tiempo de la creación del dicho Notario, según que en la edad esta ya por Fuero proveydo” (48).

(46) *Fueros y Observancias*, DELGADO ECHEVERÍA/SAVALL, Zaragoza. 1991, Tomo I, pgs. 191-192.

(47) *Fueros y Observancia...* Zaragoza, 1991, Tomo I, p. 192.

(48) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 187.

—Prescripciones forales sobre un *número determinado de notarios* en cada localidad para que el notario pueda vivir con suficiencia de su oficio.

Jaime II. En Zaragoza, 1300.

“Que en todas las ciudades, villas y aldeas del Reino de Aragón quienes deben y acostumbra a determinarlo marquen un número fijo de esribanos públicos en el futuro, y que esta cantidad sea tal que baste en cualquier lugar, y que los esribanos puedan vivir del oficio de la escribanía. Pero que los esribanos que se pongan en el futuro sean personas legales y capaces, examinados por personas letradas según fuero [...]” (49).

Carlos II. Caesaraugustae 1678.

“Por cuanto, según el fuero hecho por el señor Rey Don Jaime en el año 1300 debaxo la rubrica: De Notarius, ut certus sit in quolibet loco numerus eorundem; está prevenido, que en cada lugar haya numero cierto de Notarios, de cuyo Oficio puedan vivir aquéllos, y por no haverse observado ha havido grande abuso. Por tanto su Magestad, y en su real nombre el Excelentísimo Don Pedro Antonio de Aragón, de voluntad de la Corte, y Quatro Braços de ella, estatuye, y ordena, que de aquí adelante en qualesquiere Villas, y Lugares de este Reyno, donde no hay señalado numero fixo de Notarios, ni Colegios solamente puede haver; a saber es, en qualesquiere Villas, y Lugares, aunque no sean de cien vezinos, ó allegaren á esse numero, en cada uno de ellos, y de ellas dos Notarios, y el mismo número puede haver en cada Villa, ó Lugar de hasta ducientos vezinos, y en las Villas, y Lugares de hasta trescientos vezinos, tres, y en los de hasta cuatrocientos vezinos, quatro; y en los de hasta quinientos, cinco; y en los de hasta seiscientos vezinos, seis, sin que aunque exceda de dicho numero de seiscientos vezinos pueda haber más de seis [...]” (50).

—Fuero que garantiza la *independencia* total de notario respecto de la autoridad que le nombra al obligarle a extender documento incluso contra el Señor, Concejo, etc., que le ha concedido el título si es requerido al efecto por tercera persona.

Jaime II. En Zaragoza, 1300.

“Cualquier notario tenga que hacer documentos de apelación, de

(49) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 111.

(50) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 511.

requisiciones, de protestas, de citaciones y demás asuntos según convenga, sea contra el señor, contra el Concejo del lugar en que está el Notario, o contra cualquier otro siempre que sea requerido por alguien. Y que quede suspendido inmediatamente del oficio por un año sino quiere hacerlo [...]” (51).

— *Competencia:*

Observancia n.º 11, libro II, Fe de documentos.

“Así mismo advierte que, según la costumbre y el Fuero del Reino, el notario de un lugar no puede componer documentos en otro lugar; y, si lo hace, el documento no vale ni tiene vigor; más todavía, el notario queda sujeto a la pena de falsedad y puede y debe ser acusado, excepto si es notario de algún valle, porque entonces puede redactar documentos en todo el valle. Se exceptúan los notarios con autoridad real que pueden componer documentos por todo el Reino” (52).

— A todos ellos se añaden dos requisitos que se omiten en las fuentes legales posiblemente por ser obvias en la época: el notario debe pertenecer al sexo masculino (constituye una norma de valor axiomático en la concepción medieval) y ser hombre libre.

b.2. Regulación del sistema documental notarial: arancel, exigencias de forma, falsedad, responsabilidad, protocolo.

Arancel (53). El notario tiene derecho a una retribución por su trabajo. Antiguamente ya los scriptores profesionales

(51) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 111.

(52) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 205.

(53) Hay que precisar que la documentación motivada por la administración de justicia cuenta con un arancel especial y como los documentos judiciales se prestan a grandes abusos arancelarios es frecuente los fueros restrictivos sobre sus tasas. Así:

Juan Primero en Monzón, 1390: “[...] Establecemos que los jueces y los notarios que redactan y actuarían los procesos y cualesquiera otras escritura judiciales cobren solamente por el original ocho sueldos por pieza y tres dineros por copia y, conforme al fuero antiguo pongan veinte líneas en cada plana de dichas piezas [...]”.

En el mismo sentido y reiterando el fuero anterior, Juan Segundo establece en Calatayud, en 1461: “Ya sea que por Fuero cierto salario sea estatuido á los actitantes procesos, assí de originales, como de copias: empero muytos no dubdan recebir salarios excesivos: é las frequentes illicitas exactiones de aquellos, se esfuerçan dedu-

lo perciben si bien al transformarse en notarios públicos aquélla es objeto de regulación, apareciendo así los aranceles o tasas notariales.

En un principio son las ciudades las encargadas de establecer las tasas según Fuero de Jaime Segundo. En Zaragoza, 1300.

“[...] Y que en todos los lugares se marque una tasa fija para los documentos legales o cartas y otras escrituras públicas; y que esta tasa sea igual para los del lugar y para los forasteros” (54).

Dada la confusión en la materia se dispuso legislativamente que los derechos arancelarios fueran proporcionados a la cuantía de los contratos autorizados, así:

María Regina, Locumtenens. Caesarugustae. 1442

“Porque la tasación de los salarios de los Notarios en algunas partes es confusa, é en otras defectiva, de manera que los Notarios los ditos contractos testificantes muytas vezes no saben que salario deven tomar. Por más declarar lo sobredito statuymos de voluntat de la Cort, que por recebir, testificar, dictar, é en forma publica redigir los instrumentos públicos infrascriptos, sian pagados los salarios infrascriptos: e segund la taxa de yuso singularmente designada [...]”.

El nuevo arancel contiene detalladas escalas de los negocios jurídicos contenidos en los instrumentos que los notarios autorizan. Son por orden de aparición y respetando la terminología empleada: vendiciones de censales, violarios, ápocas, vendición, arrendación, comanda, deudo, testament,

zir en costumbre, é estilo. Por aquesto statuymos, que los Notarios, ó escrivanos [...] no puedan exigir, ni recebir, aunque las partes voluntariament gelo quisiessen dar ni dius color de dreyto de sentencia, por otra via directament, ó indirecta, sino tan solamente el salario por Fuero statuido [...]”.

Carlos Primero en Monzón en el año 1533 legisla nuevas reglas arancelarias, así cada plana debe tener veinticinco renglones, la lista de aranceles se ha de exponer públicamente en todas las Audiencias seculares del Reino (el Príncipe Felipe en Monzón en 1547 ratifica la disposición que ordena la publicidad de las tasas). *Fueros...* Tomo I, pgs. 196-197.

(54) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 188, Traducción, tomo III, p. 111.

codicillo, inventario, donación mortis causa, donación inter vivos, instrumentos matrimoniales, cambios é particiones.

Cuando los documentos son sin cuantía:

“E si la difinición, ó absolución será general, assí que non serán quantias, ó bienes specialmente designados, si sera de feyto civil cinco sueldos, si de mixto, diez sueldos. Pero el dito salario no excedezca de cient sueldos [...]”.

Y finalmente distingue entre las primeras copias y las posteriores:

“Empero la ditas taxationes queremos haver lugar, quando los dichos instrumentos publicos serán sacados la primera vegada en forma publica. Ca si apres que una vegada serán redigidos en publica forma, contecera otra vegada, por seyer perdidos los primeros, ó por otra legítima causa de Fuero no prohibido, seyer sacados, é en forma pública redigido, en este caso no puedan recibir los ditos Notarios sino la meytad de lo que por cada uno de los sobreditos le es tasado” (55).

41

Formalidades: (56)

Autografía. Se obliga a que el notario escriba de su puño y letra las dos primeras líneas, el nombre de los testigos y la fecha.

Fe de documentos. Martín Primero. En Zaragoza, 1398.

“Previniedo lo más que podemos para que no se fabriquen documentos falsos, establecemos y ordenamos que cualquier notario tenga que escribir al principio de cada documento dos lineas de su propia mano y, además los nombres de los testigos con letra clara y la fecha [...]” (57).

(55) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 194.

(56) Los documentos investigados acreditan el cumplimiento de las exigencias de forma que se formulan en los Fueros.

(57) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 110.

Es apreciable caligráficamente en los documentos la observancia de este fuero ya que la escritura del comienzo y del final de todos los testamentos no coincide con la del resto del mismo. Hay que añadir que debido a esta prescripción surge la costumbre de los notarios de delegar la extensión material del resto del documento en los escribientes profesionales o en sus discípulos.

En relación a *la fecha* en la que se constituye el documento.

F. Escribanos. Jaime Primero. En Huesca, 1247.

“[...] proveemos que en las escrituras públicas que haya que hacer en adelante en dicho reino de Aragón hay que rechazar y anular el numero de la Era y su adición, y la misma Era establecida por el Cesar Emperador pagano antes del Adviento de nuestro Señor Jesucristo que acostumbra a notarse en dichas escrituras. Y, de voluntad de toda la Corte antecitada, ordenamos y establecemos imponiendo firmemente, que en adelante todos los notarios tengan que poner el año de la Natividad del Señor en lugar de esa [...]” (58).

Residencia. Los Notarios están obligados a decir en los documentos elaborados por ellos el lugar en que habitan.

Pedro Segundo. En Monzón, 1362.

“[...] Por ello establecemos y ordenamos que cualquier notario tenga y deba decir y expresar dónde habita en los documentos que el redacte o en los signos que tiene que pone en ellos [...]” (59).

Testigos. Tienen un importante papel al configurarse como uno de los medios de prueba que demuestra la veracidad de los documentos en caso de que éstos se impugnen por falsedad. Se establece que los documentos que el Notario testifica deben suscribirse por las partes otorgantes y por los testigos y sólo por éstos en el caso de que aquéllas no sepan firmar. Se recogen las diferentes situaciones que pue-

Los escribientes o scrivans en Aragón, constituyen una clase profesional especializada que el notario los emplea, mediante una relación de servicios, para la extensión material de los documentos. Tienen los suficientes conocimientos de escritura, de gramática, y de redacción y dado que hacen de esto su profesión se puede apreciar en todos los documentos la diferencia, a favor de los escribientes, entre su caligrafía y la de los notarios que consideran que su tarea es la de dar fe de sus actuaciones y no la de escribirlas.

Los discípulos practican en un despacho notarial a fin de obtener los conocimientos prácticos y teóricos necesarios para acceder al examen notarial, o simplemente para adquirir la profesionalidad de escribiente.

(58) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 113.

(59) *Fueros y Observancias...* Traducción en Tomo III, p. 112.

den darse y las fórmulas a emplear en cada una de ellas y se determina (en el Fuero de 1646) que como mínimo uno de los testigos ha de saber firmar.

Fuero de Jaime Primero. En Huesca 1247 (60).

Fe de documentos.

“Puesto que de algunos acuerdos que hay entre cristiano y judío o sarraceno [...] sobre cualquier cosa que haya de demostrar mediante documento publico, tiene que hacer el documento un escribano publico, y en el documento tiene que figurar el nombre de quien lo escribe para que si, más tarde alguien dice algo contra el documento, *pueda demostrarse que el documento es verdadero gracias a los testigos* anotados en el documento y al que lo escribió si es que vive [...]”.

Forma para testificar los actos por los notarios.

Fuero de Carolus Primus, Caesarugustae. 1528.

“Experiencia ha demostrado, que por no tener los Notarios en el presente Reyno cierta forma, de solemnidad en el testificar y recibir los actos, de instrumentos, se han cometido muchas falsias en el presente Reino, en mucho daño y evidente prejuizio de los Regnícolas de aquel. Por tanto su Magestad de voluntad de la Corte y quatro braços de aquella statuece y ordena, que de aquí adelante ningún Notario del presente Reyno de Aragón pueda recibir ni testificar acto, ni carta publica alguna de testamento, codicillo, vendición, donación, [...] sino que aquellas al tiempo que las testifica y haze testigos dellas, en su presencia ceda, protocolo o matriz escritura de los dichos testamentos, codicillo, vendición, donación, carta de enmienda, y procuras, pues no sean ad lites, *se hayan de suscribir de sus propias manos los que los otorgaran, y los testigos si sabran escrevir*. E si la una parte sabra escrevir, y la otra no: se sotascriba la que savra escrevir con los testigos que sabran escrevir. E si los dos testigos sabran escrevir y no la partes, se sota escrivan los dichos testigos solos que sabran escrevir. E si el uno de los dos testigos sabra escrevir y el otro no, aquel se sota escriva por el, y por el otro que no sabra escrevir. E si alguna de las dichas partes y testigos, no sabran, ni ternan disposición de escrevir según dicho es: en lugar de aquéllos haya de soscrevirse en el tal acto el Vicario Rigiente la Vicaria, ó beneficiado de la Parrochia dentro de

(60) *Fueros y Observancias...*, edición 1991, Traducción en tomo III, p. 110. Los otros Fueros se encuentran traducidos en Tomo III, pgs. 187 y 513.

cuyos limites los tales instrumentos, ó alguno dellos testificaran. Y en lo sobredicho no se comprehendan los actos judiciares que se haran ante cualesquiere jueces, ni menos se comprehendan los actos que se haran y testificaran ante los Jurados de cualquier Ciudad, Villa, Comunidad o Lugar concernientes al Regimiento ó interesse de aquellas [...]" (61).

Fuero de Carolux Rex. Caesaraugustae. 1678.

"[...] Y en los actos, y escrituras, que otorgaren una, ó muchas personas como particulares, devan firmar todas las partes otorgantes; y si alguno no sabe, ó no puede firmar, firmen los testigos por ella, diziendo cada uno: *Yo N. soy testigo, y firmo por N. otorgante, que dixo, que no podía, ó no sabía escribir*: Y lo mismo sea quando son más los que no saben, ó no pueden escribir; y quando ninguno sabe, ó no puede escribir, han de firmar los testigos por las dichas partes, que no saben, ó no pueden escribir, diziendo cada uno: *Yo N. soy testigo de lo dicho, y firmo por N. y N. otorgantes, qua dixeron no sabían, o no podían, firmar, y escribir*; y si solo el un testigo sabe, ó pude escribir, firme este por todas las partes y su contestigo diziendo: *Yo N. soy testigo de lo dicho, y firmo por todos los otorgantes, y mi contestigo, que dixeron no podían o no sabían escribir*; de suerte, que ninguna escritura que según fuero deve firmarse, se pueda testificar sin que él o algún testigo por lo menos sepa escribir, y se firme, y solo un testigo que sepa escribir, pueda suplir todas las faltas de todos las demás firmas necessarias, según el orden arriba dicho de los que no supieren o pudieren escribir. Y por quanto el dicho Fuero se hizo a fin de evitar las falsias añadiendo a la fidelidad de el Notario, y testigos la mayor seguridad en las firmas, queriendo expressamente, que las partes y testigos firmasen al tiempo, y quando se testifican las escrituras, y el notario hace testigo de ellas [...]" (62).

Sobrepuestos, raspaduras, interlineados y enmiendas deben ser cuidadosamente salvados por el Notario de forma autógrafa al final del documento, indicando las palabras inmediatas precedentes y siguientes a la enmienda, raspadura o interlineado. Si no hay correcciones se obliga al Notario a declarar que no hay nada que salvar según Fuero.

(61) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 186.

(62) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 513.

Fuero de Philippus Rex. Barbastro 1626.

Que en las Notas se salven los sobrepuestos por los notarios.

“Por quitar toda sospecha en la Notas y Protocolos de los Notarios, su Magestad, y en su real nombre el Excelentísimo Conde de Monterrey, de voluntad de la Corte y quatro Braços de aquella estatuye, y ordena, que de aquí adelante los dichos notarios tengan obligación de salvar en sus Notas, y Protocolos de sus propias manos, todos los sobrepuestos, y los que no lo estuvieren no hagan fe en juycio ni fuera de él. Y tengan obligación assí mismo, de salvar de sus propias manos, todos los rasos enmendados, borrados é interlineados, que huviere en cada un acto, poniendo la palabra antecedente con la subsiguiente inmediatas, á los tales rasos, enmendados, borrados, é interlineados, que huviere en cada un acto, poniendo la palabra antecedente con la subsiguiente inmediatas, atestando dichos notarios en sus Notas, y Protocolos en fin de cada acto que no hay borrado, raso enmendado, ni interlineado, ó que no hay otros, ni más de aquéllos, que respectivamente haurán salvado, so pena de oficiales delinquentes en sus oficios” (63).

Obligación de consignar las confrontaciones (linderos de los inmuebles) y *la data* (fecha) del título que se aduce. Se fija la obligación de los otorgantes de manifestar las circunstancias relativas a la cosa objeto de contrato, así como la fecha que hubiera de relacionarse, o bien de exhibir el título alegado y todo ello en el momento del otorgamiento.

45

Fuero de tabellionibus de Jaime Primero. En Zaragoza, 1349.

“Así mismo establecemos y también ordenamos que si en el momento mismo en que el notario lea el contrato y haga de ello testimonios aquel de los contrayentes al que atañe el contrato y a quién conviene, no da las confrontaciones de la cosa o cosas contenidas, o la fecha de algún documento del que se haga mención en dicho contrato, y no lo muestre para que el notario pueda sacar de él lo que conviene, tal nota y tal contrato no tendrá ningún valor ni en juicio ni fuera de juicio” (64).

En el mismo sentido, Juan de Navarra, Lugarteniente del Reino, en Cortes de Alcañiz de 1436, ratifica lo ante-

(63) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 448.

(64) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo II, p. 112.

rior, la pena es la de la nulidad de las estipulaciones a que se refieren los datos omitidos subsistiendo válidas las restantes (65).

Valor probatorio del documento autorizado por Notario (66): Este instrumento es un completo medio de prueba contra el cual sólo puede aducirse otro documento, pero su eficacia puede ser enervada si se impugna aduciendo tacha de falsedad.

En los Fueros de Aragón se presenta el documento como muestra y defensa de los derechos. Las citas sobre su valor probatorio son frecuentes pero donde mayor se perfila es en los comentarios recogidos en las Observancias.

Entre otras disposiciones se pueden citar las siguientes:

Fuero de Jaime segundo. En Daroca, 1311. (En él se determina que no pueda probarse una deuda si no es con documento público):

“Por consejo y conformidad de toda la Corte establecemos que si alguien reclama en el futuro deuda o comanda o muestra un albarán, reconocimiento, u otra obligación con una carta sellada con el sello de un Barón o de otra persona cualquiera que se haya hecho antes de esa fecha y que no sea documento público no tenga valor

(65) En Cortes de Zaragoza de 1447, la reina María, lugarteniente del reino determina con carácter general, la validez de la adverbación parcial: “[...] que aquella part, ó clausula, que no se averara, sia havida por falsa. E la otra part separada de aquella, que legitimament se averara, sia havida por verdadera [...]”. *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 186.

(66) Los documentos privados no hacen fe en juicio. Sólo los documentos de contabilidad y demás escritos privados que los mercaderes llevan en sus actividades de compra y venta de mercancías.

Observancia de Fide instrumentorum, II, 10: “Así mismo y aunque –según el Fuero– el escrito privado no haga fe en juicio, se exceptúan los casos allí contenidos entre los cuales se halla éste; se exceptúan también las sociedades de mercaderes; también las que según costumbre del Reino –se hicieron con libros y con escritura privada entre comerciantes y botigueros por mercancías compradas y recibidas a crédito por botigueros de los mercaderes sin habérseles pagado el dinero a éstos si los escritos de mano de los botigueros están en poder de los mercaderes. Estos libros y esta escritura hacen fe en juicio una vez recibidos judicialmente los testigos que vieron que se hacía la cuenta entre dichos mercaderes y botigueros [...]”. *Fueros y Observancias...*, traducido en Tomo III, p. 204.

tal reclamación; y que ningún Juez tenga que juzgar por esa carta sellada excepto testamentos y codicilos corroborados por testigos, como se acostumbra a hacer según Fuero; con la excepción también de las cartas del señor Rey, de nuestro Tesorero, de Maestro racional, del escribano de ración, y exceptuadas las donaciones de Prelados y religiosos, así como las sociedades de mercaderes que suelen hacerlo entre sí mediante cartas. Pero no pretendemos con este Fuero proporcionar a otras cartas elaboradas hasta ahora más autoridad de la que deben tener. Y, si alguien tiene esas cartas que no pueda reclamar algo de su contenido si no las muestra y reclama en el plazo de un año a contar de hoy en adelante” (67).

Observancia n.º 26, libro IX, Pruebas que hay que hacer mediante documento.

Advierte que existen dos excepciones perentorias contra la carta: la de pago y la de ser falsa (68).

Observancia n.º 1, libro II, Fe de documentos. (En ella se determina que el titular del documento puede repeler la excepción mediante la declaración jurada del Notario y de los testigos instrumentales de que el negocio contenido en el instrumento es verdadero).

47

“La forma de la adveración del instrumento redargüido de falso es ésta, según el Fuero: presentes ambas partes ante el Juez o ausente una de las partes por contumacia, se lee el instrumento público a los testigos que en él se contienen y al escribano que lo cerró con su signo. Leído éste, el Juez hace que se lean a los testigos y escribano mencionados la causa o causas de falsedad que han sido opuestas contra el instrumento. Una vez leídas éstas, el juez debe interrogar a los testigos y al escribano si quieren advenir el dicho instrumento. Si dicen que sí, de rodillas ante el juez y poniendo la manos sobre los cuatro Santos Evangelios de Dios, sobre la Cruz de Nuestro Señor y sobre el instrumento predicho –estando presentes las partes y otros– deben jurar así: [...]” (69).

En el mismo sentido: Observancia n.º 25, libro IX, Pruebas que hay que hacer mediante documento:

(67) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 111.

(68) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 248.

(69) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 204.

“Si uno confesó una obligación que había contraído con carta, pero propuso algunas de las excepciones en contra de la carta, declarándolas sin ella, a éste no debe admitírsele a probar estas excepciones sino sólo por medio de testigos y por medio del notario de aquella carta porque contra la carta, no se admite más que la carta. Sin embargo es costumbre del Reino admitir contra la carta, a los testigos y a los notarios inscritos en ella porque éstos son considerados como carta” (70).

Responsabilidad del Notario.

La función notarial supone el cumplimiento de deberes que se compenden en los más generales de fidelidad, equidad, etc., asumidos por el notario en su juramento. Su infracción, en virtud del mismo tiene carácter delictual: “delinquere in suo officio”, esta expresión es usual en los Fueros, así el Fuero que determina la obligación de los notarios de escribir de su propia mano las dos primeras líneas de las escrituras que contienen los Protocolos establece en caso de contradicción lo siguiente.

Philippus Rex. Caesaraugustae. 1646.

“[...] y el Notario que no observare, y contravinire á lo sobredicho, pueda ser acusado como *Oficial delinquente*” (71).

Su responsabilidad penal se traduce en penas de diversa índole:

— *La privación o suspensión de oficio*, como en el caso de que niegue su asistencia cuando es requerido. En este sentido:

Jaime Segundo. En Zaragoza 1300.

“[...] Y que quede *suspendido* inmediatamente del oficio por un año si no quiere hacerlo. Y que se le despoje del oficio de la notaría a perpetuidad si hace un documento a partir de ese momento antes de que cumpla el año [...]” (72).

(70) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 248.

(71) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 496.

(72) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 188.

—Otras veces se añade, a la pena de suspensión de oficio, una multa en dinero y la obligación de resarcimiento por daños y perjuicios. Así ante el incumplimiento del notario de la obligación de escribir con su propia mano las dos primera líneas, el nombre de los testigos y la fecha de los documentos por él testificados:

Martín Primero en Zaragoza, 1398, establece las siguientes penas: “[...] Que si no lo hace y este documento se presenta en juicio antes de ser corregido, dicho notario quede suspendido de inmediato durante dos años del ejercicio de la notaría y, además incurra en el *castigo de doscientos sueldos* que serán adjudicados a cualquier persona particular y privada que haya querido acusarle aunque no tenga interés en el asunto [...]. Por otra parte que el documento hecho de otra manera y mostrado en juicio no tenga ningún crédito y que el notario tenga que *indemnizar* a la parte para la que hizo el documento cualquier daño que le sobrevenga por este motivo” (73).

49

—La pena puede llegar a ser de muerte:

Philippus rex. Montisoni, et Binefar. 1635.

“Por ser tan necessario á la República, que los Notarios usen con toda verdad y fidelidad de officio de tanta confianza, su Magestad de voluntad de la Corte estatuece y ordena, que si hallare que algun Notario haurá hecho algun acto falso haya de ser condenado precisamente por falsario, á *muerte*: y pueda ser acusado, no solamente a instancia de la parte interesada, pero aun a instancia de Qualquiera Universidad, ó singular del Reino, y más pague *los daños*. Y la misma pena haya lugar contra los que hizieren hazer, ó usaren de dichos actos falsos scientemente” (74).

—La responsabilidad por falsedad se da no solamente cuando el notario falsifica el documento que autoriza sino también cuando infringe las normas referentes a la función notarial. Así:

(73) *Fueros y Observancias*, DELGADO ECHEVERRÍA/SAVALL, edición 1991, Traducción, Tomo III, p. 110.

(74) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 448.

Carlos Primero, Zaragoza, 1528:

“Y el Notario, que de otra manera los sobredichos actos, ó alguno de ellos testificara, ipso facto encorra en *pena de falso*: é pueda ser acusado por la parte cuyo sera principal interesse ante su Magestad, ó su Lugarteniente [...]: y el acto sea nulo, y de ninguna efficacia y valor” (75).

Protocolo.

a) Introducción (76).

Diversas etimologías se señalan a la voz protocolo: para unos procede de *protos*, primero, principal; *colon*, que unos traducen por lugar y otros por parte o miembro. Hay quienes entienden que protocolo deriva de *collatio*, voz latina que significa comprobación.

Esta disputa etimológica justifica las diferentes acepciones que se le señala, así Gonzalo de las Casas dice: “El instrumento en que el Notario público consigna los contratos que pasan ante él y entre las partes. El libro que forma el mismo funcionario con todos los protocolos que autoriza en un año. El formulario que contiene las reglas de etiqueta y diplomacia con que tratan mutuamente los gobiernos. El registro donde se inscriben las deliberaciones y acuerdos de los Congresos y los resultados de las negociaciones diplomáticas” (77).

En Derecho Aragonés como acertadamente indica Dieste en su Diccionario aragonés, se distingue: la “*nota*” (“matriz ú original del instrumento otorgado ante notario público, firmado por el otorgante u otorgantes y los testigos, y autorizada por el notario que las custodia en su poder, y de la cual saca la copias que le pidan los interesados”), y las

(75) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 186.

(76) Vid. GARCÍA NOBLEJAS en “Los protocolos de más de cien años y su conservación”, *Estudios de Derecho Notarial*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Centenario de la Ley del Notariado, Volumen II, año 1965, pgs. 1 a 57. JIMÉNEZ ARNAU, *Derecho Notarial*, Pamplona, 1976, pgs. 179 y ss.

(77) *Diccionario*, voz Protocolo, tomo V, p. 317.

“*notas*” o “*protocolo*” (la colección de matrices u originales, cogidas y encuadernadas por orden de fechas y foliada, la cual lleva por cabeza un testimonio del notario testificante, que sirve como de portada y punto de partida para la datación de los instrumentos, cerrando el cuaderno o volumen otro testimonio, en el cual expresa el notario el número de actos que contiene, y los folios de que se compone”) (78).

En la actualidad se entiende como protocolo el libro o libros que recoge la actividad notarial anual y así se define en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Ley del Notariado de 1862: “la colección ordenada de las escrituras matri-

(78) Voz Nota y Notas, pgs. 436 y 437. Hay que precisar que estos requisitos se cumplen siempre en “los libros protocolos” aragoneses a partir de los Decretos de Nueva Planta 1707-1711 ya que Felipe V introduce principios de racionalización en los protocolos notariales, esto se traduce en: un mayor rigor (índices, numeración, calificación adecuada de los negocios jurídicos), uniformidad y mejor presentación. Contribuyó notablemente en relación a este último punto el Decreto, dictado por Felipe V, en Madrid, el 5 de agosto de 1707 (Ley VI, Libro X, Título XXIV de la Novísima Recopilación) por el que se exigía el curso de papel sellado para el otorgamiento de escrituras públicas:

“Habiendo resuelto, que en el reyno de Aragón (como en decreto anterior lo tengo mandado para el reyno de Valencia) se introduzca y corra el derecho de papel sellado, en la forma que hoy corre en Castilla, y dado orden para que se remita lo correspondiente al gasto que se necesita; ordeno al Consejo, expida la conveniente, á fin de que, así en la Chancillería como en todo el reyno, se actúe y despache el mencionado papel sellado, en la misma forma que se hace en Castilla” (el Decreto de Felipe IV, Madrid, 15 de diciembre de 1636 -Ley I, Libro X, Título XXIV de la Novísima Recopilación- exigió dicho requisito formal).

(*Novísima Recopilación de la Leyes de España*, facsímil de la edición de 1805. Edición del Boletín Oficial, 1974, Tomo V, p. 152).

Con anterioridad a esa fecha (1707) los libros protocolos son de menor tamaño (se emplea cualquier papel), en su encuadernación, con frecuencia, se aprovechan láminas de partituras musicales, los índices, que expresan por orden alfabético y numeración correlativa los negocios que contienen, no es habitual encontrarlos en el siglo XVII y los que se localizan no reúnen los criterios de ordenación antes citados, por ejemplo no aparecen en orden alfabético, así: el índice se divide en los doce meses del año (si se ha trabajado en todos ellos, y en años, si el protocolo recoge los negocios jurídicos testificados en más de un período anual) y en el apartado del mes correspondiente aparece una lista de negocios jurídicos en orden a la fecha de su otorgamiento. Y es especialmente difícil hallar estos índices en el siglo XVI y períodos anteriores (en Huesca y Zaragoza aún hay algunos que lo tienen pero en Teruel y Calatayud es extraño tropezar con protocolos que lo contengan).

ces autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso”. Y de los tres procedimientos que se han seguido para organizar los documentos públicos originales el que prevalece en España, frente al personal y al real, es el cronológico, por influjo de los glosadores que hacen triunfar la regla “prior tempore potior iure” (79).

b) Su regulación legal:

Es Pedro Segundo, en Cortes de Zaragoza de 1348, el que inicia una regulación del protocolo, pues con anterioridad el régimen legal se había centrado en el documento o carta, pero no en su registro. Se establece la obligación de extender *la nota en el registrum*, íntegramente y de propia mano por el notario y sin abreviaturas, dentro de los seis meses a partir de la formalización de la nota. Así:

52

“Establecemos y ordenamos que todos los notarios del Reino de Aragón, una vez que hayan recibido los documentos en sus protocolos o cuadernos, tienen hasta seis meses para incluirlos en su registro con su propia mano de forma completa e íntegra, es decir tienen que escribir con letras y no con abreviaturas ni obscuridades de los signos. De otro modo, el notario que proceda contrariamente a lo dicho o a algo de lo que se ha dicho sea despojado a perpetuidad del oficio de la notaría o escribanía” (80).

Al año siguiente se suaviza esta obligación y se permite que se extienda abreviadamente siempre que le anteciedera extendido en el registro un contrato del mismo género.

Pedro Segundo, Zaragoza 1349.

“[...] nos han demostrado que de la ordenación de dicha Corte se sigue un enorme y desmedido esfuerzo para los notarios, y gasto no escaso para las gentes, porque no pueden recoger de los notarios

(79) Vid. NÚÑEZ LAGOS, *Estudios de Derecho Notarial*, Tomo I, Madrid, 1986, pgs. 141 y ss.

(80) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 112.

los documentos tan rápidos como debieran. Por ello a instancia de todos los citados, ordenamos y establecemos que una vez que los notarios antedichos hayan ordenado en protocolos o registros suyo un contrato de cada género o especie, les sea permitido escribir y registrar los demás contratos semejantes o casi semejantes con abreviaturas, manteniendo, sin embargo, que no cambie de alguna manera la sustancia del contrato [...]" (81).

c) Inspección de los Protocolos:

De los Protocolos de los Notarios, y sus visitas.

Philipus Rex. Barbastri 1626.

"Por experiencia se han visto los daños tan grandes que se siguen á los regnícolas de no continuar los notarios en sus notas, y protocolos originales, los actos que testifican dentro del tiempo que les esta señalado por los Fueros segundo y tercero so la rubrica De Tabellionibus. y para mayor observancia dellos, y prevenir de remedio qual conviene en lo sobredicho. Su Magestad y en su Real nombre el Excelentísimo Conde de Monterrey [...] que de aquí adelante, el juez ordinario de cada Ciudad, Villa o Lugar del presente Reyno, con uno o dos Jurados, y un perito Letrado, ó el Notario que querrá escoger en los meses de Março y Setiembre de cada un año tenga obligación de visitar el Protocolo de cada una de los Notarios de su territorio; y no lo haciendo así incurra en pena de oficial delinquente en su oficio [...] Y si dicho Juez ordinario no halla en los actos del notario continuados, y firmados, como está dispuesto por fuero lo haya de condenar en las penas por Fuero estatuydas, y en las costas y daños [...]" (82).

53

d) Escritura autógrafa por parte del notario de las dos primeras líneas del documento, de la fecha y del nombre de los testigos. Ya se había dictado una norma semejante pero referida al documento como "carta". En esta ocasión se refiere también al original recogido en el libro protocolo.

Felipe IV, en Zaragoza 1646.

De lo que están obligados los Notarios de escribir de su mano en los protocolos.

"Para evitar las falsías que se pueden cometer en los protocolos: Su Magestad, de voluntad de las Corte, y cuatro Braços della, estatu-

(81) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 112.

(82) *Fueros...* Tomo I, p. 448.

ye, y ordena, que los notarios tengan obligación de aquí adelante en los actos, y escrituras que continuaren en los Protocolos escribir de su propia mano las dos primeras lineas dellos, la fecha, y calendario, y nombres de los testigos, cualesquiere abusos, y contrarios usos, que hasta ahora se hayan practicado [...]" (83).

e) Disposición del Protocolo (84):

Concebida la función del escribano como un oficio público lo lógico es que a la muerte del titular del oficio se extinga todo derecho al mismo, pero no ocurre así dadas las características que reviste dicha titularidad hasta prácticamente la Ley del Notariado de 1862, pues hasta esa fecha la función se considera objeto susceptible de comercio privado y el protocolo como propiedad exclusiva del notario que lo forma.

54

La titularidad, entendida según los parámetros anteriores, otorga por un lado un verdadero derecho de propiedad sobre la notaría por lo que es posible su transmisión tanto inter-vivos como mortis-causa y, por otro, un derecho de disfrute a través de su ejercicio, también susceptible de transmisión, si bien condicionada a que el adquirente fuera notario. Es decir se admite sin reserva el carácter patrimonial de los oficios notariales y el desmembramiento de la propiedad en dominio directo y útil. Ello, unido a que el protocolo es una importante fuente de ingresos, por la necesidad de acudir a él para la expedición de copias de los negocios jurídicos que contiene, previo pago de arancel, origina uno de los fenómenos más dañinos para la institución notarial como es el "tráfico de notarías".

Por otro lado, los Monarcas nombran a los notarios con gran prodigalidad, unas veces por afán de popularidad, y las más por la necesidad imperiosa de llenar las maltrechas arcas del Tesoro pues no hay que olvidar que los oficios

(83) *Fueros...* Tomo I, p. 496.

(84) *Vid. BONO en op. cit.*, pgs. 276 a 299.

notariales se proveen mediante exacción de una cantidad fija, que ha de abonar el que es elegido notario (85).

Tanto el carácter patrimonial de la profesión del notario como las características de su nombramiento contribuyen a que su número aumente de forma desmesurada y es esta multiplicidad la causa mediata del desprestigio notarial, ya que origina por un lado un descenso en el nivel moral y técnico de los notarios y por otro una más difícil subsistencia que les incita a cometer abusos en su ejercicio profesional, además de dedicarse a otros quehaceres que no benefician a la institución.

Pero esta situación no se da en los países del Fuero como Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia, donde los nombramientos se hacen con medida, sin dispensas en los requisitos exigibles a los aspirantes y sin el escándalo de la enajenación de oficios. Es, precisamente, el ejemplo de estos países lo que mueve a los Reyes a poner coto al desorden que reina en la función notarial en el resto de España.

55

En Aragón ya se expuso la preocupación de los Colegios y de la legislación no sólo por el ejercicio de la función notarial sino también por el nivel de sus candidatos y en coherencia con esa inquietud se hace difícil pensar en un tráfico de notarías que efectivamente, salvo excepciones, no se puso en práctica (86).

(85) Así en las Ordenaciones locales de Zaragoza ratificadas por Juan I en 1391, se exige al nuevo notario electo el pago de mil sueldos jaqueses.

(86) DÍESTE en su diccionario y en la voz "pertenencia-enajenación de las notas", pgs. 437-438, recoge lo que SESSE manifiesta en su decisión 147, así declara que el propietario de las notas puede vender a quien le pareciere, con tal de que el comprador tenga o fije su domicilio en el lugar donde radicaren aquéllas. Y en la decisión 146 declara que el notario puede disponer de sus notas lo mismo por contrato que por última voluntad ya que el Fuero único De provisión de notas de 1564 dispone lo siguiente: el notario Real que no tenga hijo, nieto o yerno notario, puede disponer por última voluntad de sus notas y las de sus predecesores, en favor de quien le pareciere, con tal de que no sean sacadas del pueblo de donde el testador fuere vecino.

Igualmente nos dice que Monter no considera prohibido por el Fuero 15 De tabellionibus, que el notario que no tuviese hijo, nieto ni yerno notario, disponga de

Tanto es así que la mayoría de los preceptos forales que regulan la disposición de los protocolos lo hacen sólo en el caso de fallecimiento del titular de la notaría, preocupándose ante todo, dado el valor de las notas protocolizadas, de la conservación y destino de las mismas, especialmente de que permanezcan en el lugar de origen y de que sean custodiadas por notario.

Si el hijo, el nieto o el yerno son notarios, al darse en la misma persona, la condición de heredero y profesional de la fe pública, coincide también en él la titularidad del dominio directo y dominio útil de la notaría por lo que el juez de oficio le encomienda los protocolos. En ausencia de hijos, yernos o nietos notarios, el protocolo se ha de entregar a un notario del lugar del fallecido o en su defecto de una localidad inmediata. En este caso los derechos arancelarios por copias extractadas de estos protocolos se reparten entre los herederos naturales y el notario depositario.

56

Las Disposiciones Forales que exponemos a continuación recogen las ideas anteriormente dichas, si bien hay que advertir que se dirigen fundamentalmente a los Notarios Reales y de forma subsidiaria y complementaria a los de Caja cuyo régimen está contenido en los estatutos de sus respectivos Colegios (87).

sus notas por contrato; sobre lo cual dice hay una Decisión del 30 de agosto de 1596, por la que se mandó entregar al comprador las notas vendidas con tal de que no se sacasen del pueblo donde radicaban.

Estos autores hablan de la posibilidad de transmisión por cualquier título, facultad que tiene todo notario por el carácter patrimonial de las notarías, aunque en estos textos se están refiriendo a los notarios Reales, prueba de ello es la mención que se hace del fuero que regula la situación del protocolo del notario Real.

Vid. MARÍN PADILLA en "Contrato y última voluntad se equiparan en Aragón, si lo dice la carta; si no, no", Separata de *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, Volumen I, 1992, pgs. 573 a 579.

(87) A modo de ejemplo en el tema que nos ocupa y tomando como representativas las Ordenaciones del Colegio de Zaragoza impresas por Juan Nogues en el año 1650, éstas recogen la posibilidad de transmisión tanto inter vivos como mortis causa pero sometidas en todo caso a las exigencias del Colegio. Así la Ordenación 12 dice: "Primeramente porque de tiempo inmemorial, y antiquísimo, de cuyo principio no ay memoria en la ciudad de Çaragoça, y en dicho Colegio se ha observado

Así:

Ferdinandus secundus, Montisoni, 1510.

“Item. Por quanto en el presente Regno se siguen muchos daños por encomendarse las notas, ó prothocolos de los notarios que mueren, á Notarios que no son domiciliado ni habitadores de los lugares donde los notarios muertos vivían y havitavan. Por tanto de voluntad de la Corte statuymos y ordenamos, que siempre que contesce- ra vacar algunas Notas por muerte, privación ó resignación, ó en otra qualquiere manera, los Iueces á quien pertenece fazer comisión de las dichas Notas, sean tuvidos dehazer comiisión de las

lo abaxo dispuesto, se estatuye y ordena que ninguna persona pueda entrar, ni ser nombrada ni admitida en colegial del, sino con una de las Notarias, y títulos de Notarios de Caxa del Numero de quarenta desta ciudad, que estuvieren vacantes por muerte de algun Colegial, vendición, donación, cesión, renunciación, ó disposición, ó otro legitimo derecho a su favor hecho, de cuya inclusión, derecho, y título, y de los demás derechos, títulos, calidades del que huviere de entrar, pretendiere ser Colegial, aya de contar y cuente, como se ha referido a los Mayordomos, Antiguos, Consejeros, Contadores, y Almosnero Secretario de dicho Colegio, ante los cuales se aya de presentar el que pretendiere ser Notario de dicho número, y ante aquéllos cuando se presenta, ha de loar mediante acto, todas las ordinaciones hechas, y hazederas por dicho Colegio, y ha de hazer los actos, y pruebas de las calidades, que las Ordina- ciones deste Colegio dispone y ordenan”. La Ordenación 26 preceptua: “Que nadie pueda deshazerle de sus notas, sin licencia del Colegio, ni imponer sobre ellas trehu- do, ni censo” y “Que el Mayordomo tome a su custodia las notas del colegial difun- to, y que el Comisario las aya de tener en su casa”.

La rigurosidad en la aplicación de los estatutos lo comenta MADDOZ en su *Dic- cionario geográfico, estadístico, histórico de España*, Tomo XVI, p. 608, Madrid, 1850: “Ha sido tan celoso este Colegio en observar sus estatutos que habiendo el Rey D. Felipe III mandado en 1648 mediante su abogado fiscal a los notarios del nume- ro y caja de esta ciudad, admitiesen en su seno sin más formalidad a Melchor Feli- pe de Chauz, y considerando la Corporación que el real mandato atropellaba sus fueros y ordinaciones, lo resistió, acudiendo a la corte del Justicia de Aragón pidiendo se revocase y anulase, como así se verificó mediante sentencia definitiva pro- nunciada por la misma Corte en 10 de diciembre de 1648”. “Por todo ello –sigue diciendo este autor– este Colegio puede considerarse como un monumento de las antiguas libertades aragonesas, y muy notable, tanto porque en las ordinaciones con que se gobierna, y datan de algunos siglos, se ven ya consignadas la mayor parte de las ideas y principios que la moderna civilización ha adoptado en esta clase de fun- cionarios, como porque a consecuencia de estas previsoras instituciones ha sido mira- do de siempre con las mayores consideraciones, habiendo pertenecido a él los hijos de las primeras y más distinguidas familias de la población [...] La confianza del pue- blo en estos notarios ha sido tal, que muchas veces las partes otorgantes volunta- riamente firman en blanco en sus protocolos al hacerse los contratos (extremo que hemos comprobado en los Protocolos custodiados en el Colegio Notarial de Zara- goza al encontrar folios en blanco firmados por particulares), sin haber ejemplar que ningún individuo de este colegio haya abusado de tan excesiva muestra de con- fianza”.

dichas Notas é encomendar al fijo de tal Notario, Nieto ó Yerno de aquel si sera Notario. E sino terna hijo, Nieto ó Yerno Notario, se haya de fazer comissión de aquellas á Notario domiciliado, vezino é habitador de la Ciudad, Villa, ó Lugar donde el Notario muerto vivia, é habitava. E si contecera en el dicho lugar donde el dicho notario habitava, no haver Notario, en tal caso la dicha comissión de las dichas Notas se haya de fazer á Notario vezino, é habitador del Lugar más propinquo donde el dicho Notario muerto vivia et habitava. E si el Iudge, ó Iudges á quien pertenece fazer las dichas comisiones, no las fara en la forma, é manera susodicha. En tal caso las dichas comisiones por ellos fechas contra la disposición del presente Fuero son nullas, é de ninguna efficacia, é valor: con esto empero, que salvos queden los privilegios otorgados a las Ciudades, Villas, Comunidades, é Lugares acerca las comisiones de las Notas. *E que en la presente disposición no sean comprehensas, ni se entiendan los Notarios de Caxa de las Ciudades de Çaragoça, é Huesca: e de otras ciudades, é villas del present Regno si las haura de aquí en adelante.* Las quales queden en su eficacia é valor, no obstant la presente disposición” (88).

Observancia n.º 12, Libro II, Fe de documentos.

“Así mismo advierte que –según costumbre– cuando muere un notario y sus notas o protocolos pasan a poder de otro por mandato del Juez o de otro modo, si en aquellas nota o protocolos se encuentra esta dicción, etc. –según la costumbre del reino– puede y debe poner todo aquello que su predecesor ponía en los documentos semejantes mientras vivía” (89).

Philippus Rex, Montisoni, 1564.

De Provisión de notas.

“Item. Añadiendo al Fuero de la provisión de las notas: su Magestad de voluntad de la Corte provee que qualquiere Notario Real que no tuvier hijo, nieto, ni yerno notario, pueda disponer y ordenar por testamento é última voluntad de sus notas y de sus predecesores, en la persona que bién visto le será. Con esto que las dichas notas no salgan del Lugar donde el tal Notario disponente dellas haurá vivido y habitado; y aquel en cuyo favor las notas serán dadas, sino fuere notario haya de elegir por comissario un Notario del mismo Lugar, si lo hoviere, y en su falta un otro Notario de uno de dos lugares más propinquos al dicho lugar, donde el tal Notario defuncto era vezino y habitador. A fin y efecto que las notas no se oculten, ni pierdan: y qualquiere puede haver razon de los actos que quisieren de aquellas” (90).

(88) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 192.

(89) *Fueros y Observancias...* Traducción, Tomo III, p. 205.

(90) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 406.

Philipus Rex. Tirassonae. 1592.

“Por cuanto por el Fuero hecho en la Cortes que se celebraron el año 1564 acerca de la sucession, y herencia de las Notas y Escrituras de los Notarios, está dispuesto, que cualquier Notario pueda disponer de sus notas en otra cualquier persona, que bien visto le fuere: de lo cual ha resultado grande daño, por venir muchas veces a poder de mugeres, que dexan facilmente sacar Escrituras y reconocer las Notas y Protocolos del Notario muerto, sin saber lo que importa. Su Magestad de voluntad de la Corte estatuye y ordena que en muriendo el Notario, no teniendo hijo y yerno, ni nieto que sea notario como está dicho, que el Juez ordinario de la Ciudad, Villa o Lugar, donde el dicho Notario muere, tome á su mano todas las Notas, y Escrituras: y las encomiende con juramento á algun Notario de las dichas Ciudad, Villa, ó Lugar. Y sino lo huviere, del Lugar más cercano á los dichos: para que las tenga con fidelidad guardadas. Dándole comision para sacar los actos que le pidieren: hasta que el que hubiere heredado dichas notas y escrituras, nombre notario, para sacar dichos actos. Al qual comisario se le encomienden dichas notas con inventario, y apoca del recibo de manera que no estén en poder de persona privada, sino de Notario, ó Juez” (91).

59

Carolus Rex Caesaragustae. 1678.

“Número cierto de los Notarios Reales y custodia de sus Notas. “[...] que aunque el Notario difunto dexe hijo, nieto, ó yerno que fueren Notarios respective, si viven en otro Lugar y hay Notario en la Villa, ó Lugar del Notario difunto, se encomienden, y entreguen por comission las notas al Notario que será vezino y habitador de las dichas Villa, ó Lugar de el Notario difunto; empero esto sea sin perjuizio de el drecho que tocara al heredero en las extractas, y venta de las de las Notas. Y en caso de que no huviere [...] se hayan de encomendar sus notas al Notario de la Villa, ó Lugar más cercano, y en igualdad de cercania, al hijo, nieto, ó yerno del difunto, si fuere Notario [...] que luego que muriese cualquier Notario sin dilación ninguna los Iusticia y los Iurados de las Villas y Lugares donde de donde sera vezino y habitador el Notario difunto, tomen y escriban por inventario instrumental las Notas [...] archivados en publica forma en el Archivo de la Villa [...] y la presente disposición solo se entienda de aquellas Villas y Lugares donde no haura Colegio de Notarios de el numero [...] Y quando en la ciudad de Çaragoça muera cualquier Notario Real, deva el zalmedina mediante su escrivano principal del Corte e dicho zalmedina, y juez ordinario de esta Ciudad, ocupar y tomar por inventa-

(91) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 443.

rio instrumental las notas de los dichos notarios difuntos [...] escribano principal, el cual tenga obligacion de tener en dicha escribania un libro, ó registro y poner en él las Notas que haura ocupado por inventario con los nombres y sobrenombres de los Notarios Reales, cuyas fueron; y asi mismo hazer y tener rubrica de los actos y escrituras que haura en dichas notas, y que siempre que sacare cualquier escritura en publica forma, los derechos de estas extractas se dividan en dos partes iguales la una para el dicho Escribano y la otra para los herederos o havientes drecho de dichas notas y no haviendo sea para el real monasterio de Santa Engracia forma [...] que para las demás ciudades de este Reino siempre que muriesen cualesquiere Notarios Reales en ellas, los Jurados de aquellas tengan obligacion de hazer dichos inventarios de las notas e dichos Notarios difuntos, tomando y ocupando a su mano; y asi que las huviere ocupado los archiven en los archivos de las dichas ciuades respectivas, y despues nombren Comisarios; y los utiles que proceden de las extractas se dividan igualmente entre los Notarios Comissarios, y herederos havientes drecho de las Notas; y el contenido desta disposicion Foral, solo se entienda, y sea respecto de aquellos Notarios Reales de tales Ciudades respective, que no dexaren en ellas hijo, nieto, yerno, que sean Notarios a quién se puedan encomendar por comission dichas Notas" (92).

4. El Derecho Aragonés como importante precedente de la Ley del Notariado de 1862

Al comenzar el siglo XIX el notariado español se encuentra en la situación ya comentada, y, en base a la Constitución de 1812 que había proclamado el principio de la unidad legislativa e influenciado por los criterios renovadores de las instituciones jurídicas propios de la época, surge un movimiento, que persevera a lo largo de los vaivenes de la agitada primera mitad del siglo XIX, y que aspira a unificar el notariado castellano y el de las regiones forales (93).

(92) *Fueros y Observancias...* Tomo I, p. 511.

(93) Vid. JIMÉNEZ ARNAU, *Derecho Notarial*, Pamplona, 1976, pgs. 145 a 169. BELLVER CANO, "Génesis y desenvolvimiento del Régimen Notarial Español", *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Diciembre 1935, pgs. 24 a 41.

Después de diversos Proyectos oficiales y después de publicarse la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y la Instrucción para redactar instrumentos públicos sujetos a registro del 2 de junio de 1861, se promulgó la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862, todavía en vigor.

Esta ley, que tiene como finalidad dignificar la función notarial desprestigiada por la permisividad del tráfico de notarías y todo lo que ello trae consigo, no resulta especialmente extraña a la institución notarial aragonesa, pues pone fin a dos grandes males que corroen la institución notarial y que desde antiguo ya no se dan en Aragón como es la confusión de la fe pública judicial y la extrajudicial por un lado y la enajenación de oficios por otro.

Así, la Ley del 62 parte entre otros de los siguientes principios (94):

— Reversión al Estado de los oficios enajenados. Ello no planteaba problemas para Aragón al limitar y llevar un control riguroso en la transmisión de las notarías.

— Separación de la fe pública judicial y la extrajudicial, dejando al notario la competencia extrajudicial. Basta recordar las fechas de las disposiciones forales aragonesas que ya cuestionan y resuelven el problema.

— Retribución por arancel. En Aragón la fijación de los honorarios de los notarios fue una de las primeras preocupaciones de los juristas aragoneses movidos por la doble finalidad de evitar abusos y fraudes por un lado y por otro fomentar la dedicación exclusiva a la profesión mediante una retribución justa y suficiente. Y esta remuneración se hacía mediante arancel de forma muy similar a la recogida por la ley.

(94) No se pueden dejar de mencionar cambios importantes como la centralización organicista a través del Ministerio de Gracia y Justicia, los Regentes de las Audiencias y de los Colegios Notariales o el reconocimiento del protocolo notarial como cosa pública (art. 36: "Los Protocolos pertenecen al Estado. Los Notarios los conservarán con arreglo a las Leyes, como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad"), aspectos no recogidos en las normas aragonesas.

Y en los demás aspectos no difiere en gran medida de los principios inspiradores del sistema documental aragonés. Así: el instrumento público original queda incorporado al protocolo del notario, y la eficacia del mismo opera a través de traslados o reproducciones; a estos traslados se les designa por la Ley y el Reglamento como copias; el protocolo es de carácter reservado ya que sólo las partes interesadas, o sus herederos o causahabientes, pueden conocer su contenido, mediante la obtención de las copias simples o autorizadas, totales o parciales a través de los testimonios, textuales (arts. 221 a 250 del Reglamento Notarial). Y sólo el notario puede librar copias del protocolo que custodie (art. 31 de la Ley), sin que se permita a los secretarios judiciales extender por diligencia o testimonio copias de actas o escrituras matrices (art. 222 del Reglamento).

62

Todo ello lleva a la consideración del Derecho aragonés como precedente importante de la Ley del Notariado de 1862, junto a la Ley francesa de 25 Ventoso del año 1811 (de gran repercusión en todo el notariado latino y nada original para los aragoneses que ya proclamaban sus mismos principios desde el siglo XIII).

5. El prestigio del Notariado Aragonés

Comparando las legislaciones casi coetáneas de Aragón y Castilla se aprecia una superioridad manifiesta de esta última. La consecuencia lógica hubiera sido que la institución notarial castellana fuera la de mayor perfección, pero no fue así. En la práctica, los hechos nos demostraron lo contrario.

Castilla no luchó abiertamente contra esos pequeños feudos que eran las notarías, ello supuso que proliferara su tráfico con las negativas consecuencias de la multiplicidad y bajo nivel que afectaban al prestigio de una profesión para cuyo acceso se exigía de hecho como requisito básico la

posesión del dinero necesario para comprar el oficio. Por tanto frente a los hechos no pudieron desarrollar su plena virtualidad las disposiciones promulgadas por Alfonso X y los Reyes Católicos.

En Aragón, a pesar de contar con escasas disposiciones, se mantiene el prestigio inicial de la institución notarial. Ello se debe a la existencia de dos clases de notarios: los de Número y Caja, de competencia extrajudicial, y los Reales o Generales, de competencia judicial, originando la creación de los colegios profesionales que, aparte de luchar por la independencia profesional de sus colegiados (notarios de número y caja) y de limitar la facultad de disponer privadamente del oficio, exigen a sus candidatos un alto nivel de formación que se acredita mediante examen que no se dispensa ni por ruego del Rey.

Así dice RODRÍGUEZ TRONCOSO que el conceder el título de notario de una villa aragonesa “no era una enajenación a título oneroso con el fin de hacerlo productivo como en Castilla porque lo que buscaban las ciudades y villas aragonesas era solamente tener notarios de su confianza, con garantías de probidad y suficiencia y que los justicias y ayuntamientos, al ejercer las prerrogativas de nombrar para tales oficios, jamás se dejaron arrastrar por mezquinas consideraciones, ni dieron entrada a cálculos egoístas ni ocasión a funestas parcialidades, ni voto por precio o respecto de precio alguno” (95).

Todo ello hizo aumentar mi confianza en relación con el trabajo que estaba realizando porque a la importancia y valor incuestionable, por su autenticidad y autoridad, de los protocolos notariales como fuente indirecta y de aplicación del Derecho se le añade, respecto a Aragón, la buena formación de sus notarios, autores de los documentos, que, por los requisitos exigidos para el acceso a la función, por la

(95) RODRÍGUEZ TRONCOSO, *Algunas consideraciones sobre los orígenes del notariado en el Alto Aragón...*, p. 260.

normativa reguladora de la profesión y por el carácter de su propia organización corporativa, aventajan en formación, comparativamente, a sus homólogos castellanos hasta la Ley Orgánica del Notariado del 28 de mayo de 1862.

Y en consecuencia, el estudio de los testamentos mancomunados contenidos en los protocolos notariales aragoneses, me permitió llegar al conocimiento de la existencia, frecuencia, contenido y significado de las figuras sucesorias que, conformando el contenido de los referidos instrumentos, reflejan la realidad práctica jurídica existente en cada momento y lugar, acreditando de forma fidedigna el derecho vivido en Aragón en aquella parte del ámbito sucesorio instrumentalizada por la vía del citado testamento.

INCIDENCIA DEL NUEVO CODIGO PENAL SOBRE LA CAUSA TERCERA DE INDIGNIDAD DEL ARTICULO 756 DEL CODIGO CIVIL

JOSÉ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Córdoba*

65

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. **II.** LA NATURALEZA PENAL DE LA INDIGNIDAD. **III.** EL NUEVO CÓDIGO PENAL Y LA CAUSA DE INDIGNIDAD DEL ARTÍCULO 756, 3.º CÓDIGO CIVIL.

I. Introducción

El tema que va a ser objeto central de este breve trabajo me ha surgido con ocasión del detenido estudio que he realizado de cada una de las causas de indignidad, singularmente de las contenidas en el artículo 756 C.c., al elaborar mi monografía sobre *La indignidad sucesoria en el Código Civil Español* (1), que, en el momento de redactar estas líneas, ha sido ya dada a la imprenta. En esta monografía ya me inclino por estimar que el nuevo Código Penal ha derogado tácitamente la causa 3.^a del artículo 756 C.c. Pero, no quedándome del todo tranquilo, he decidido volver sobre el tema, exponiendo ahora argumentos y razones que no recogí en la precitada monografía.

66

Antes de abordar el estudio específico del tema que nos ocupa, haré referencia a algunas cuestiones generales que parece oportuno tomar en consideración para mejor entender lo que después se dirá sobre la vigencia o derogación del artículo 756, 3.º de nuestro Código civil.

Nuestro Código civil reconoce de forma extraordinariamente amplia la capacidad para suceder mortis causa. Efectivamente, su artículo 744 contiene la siguiente proclamación "*Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la Ley*". La regla general es, pues, la capacidad para suceder; y la excepción, la incapacidad. Por tanto, salvo que la Ley determine lo contrario, cualquier persona (física o jurídica) que sobreviva al causante tiene reconocida la capacidad necesaria para sucederle, siempre que sea llamada a la sucesión de éste, bien como heredero, bien como legatario.

A la hora de exponer los obstáculos que la Ley opone a la capacidad para suceder, la doctrina tradicional ha venido aludiendo generalmente a tres figuras distintas:

(1) Edit. McGraw Hill, Madrid.

a) Las incapacidades absolutas. Son las del artículo 745 C.c., a cuyo tenor *“Son incapaces de suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30. 2.º Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley”*.

Baste con decir simplemente que en estos dos supuestos no nos encontramos ante casos de “incapacidad”, ya que ésta, al igual que la capacidad, sólo es predicable de quienes ya son sujetos de derechos, es decir, de quienes ya tienen personalidad jurídica; y resulta obvio que en ninguno de los dos casos contemplados por el artículo 745 C.c. se da este fenómeno. Efectivamente, no son personas físicas las que, con manifiesta impropiedad, ese precepto denomina *“criaturas abortivas”*, ya que no reúnen los requisitos del artículo 30 C.c. Tampoco son personas (jurídicas, en este caso) las del artículo 745, 2.º, ya que, al tratarse de entes de tipo asociativo o corporativo no permitidos por la Ley, no cabe la posibilidad de que ésta les atribuya la correspondiente personalidad jurídica (arg. ex arts. 35 y sgs. C.c.). Sería un contrasentido.

Por tanto, las que tradicionalmente han sido denominadas incapacidades absolutas no son tales, sino supuestos de hecho en los que falta *personalidad*, no capacidad. Y si esos entes del artículo 745 C.c. no pueden suceder, no es porque carezcan de capacidad, sino de existencia jurídica, es decir, porque no son sujetos de Derecho.

b) Las incapacidades relativas. Vienen contempladas en los artículos 752, 753 y 754 C.c. En estos preceptos se impide a determinadas personas (confesor en la última enfermedad, tutor, curador, Notario, cónyuge o ciertos parientes de éste o testigo del testamento) suceder por testamento al causante; y ello, porque la Ley presume —en este caso, *iuris et de iure*— que esas personas, por la especial situación en que se encuentran en relación con el testador, han ejercido una captación de la voluntad de éste a la hora de otorgar tes-

tamento, independientemente de que se haya o no producido en la realidad esa captación. Consecuencia de esta consideración que hace la Ley es que se impide a esas personas suceder *por testamento* al causante, si bien ello no conlleva la imposibilidad de que pueden suceder a otras (de ahí el calificativo de “relativas” con que se adjetiva a estas incapacidades), o al propio causante, pero abintestato.

Conviene poner de relieve, siquiera sea de pasada, lo poco adecuado que, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, resulta calificar a los supuestos de los artículos 752-754 C.c. de “incapacidades”, ya que —como dicen DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN— “no tienen por base una falta de condiciones necesarias para suceder en la persona afectada, sino una concreta situación en la que existe el peligro de captación de la voluntad del difunto para que la nombre sucesora” (2). Por todo ello, creo hubiera sido más correcto calificar estos supuestos legales de “prohibiciones”, que es lo que realmente son.

68

c) La indignidad, que —como dice ALBALADEJO— no es otra cosa que la tacha con que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprobables, y en virtud de la cual su autor queda inhabilitado para suceder al causante que los padeció, a menos que éste lo rehabilite (3).

Las causas de indignidad aparecen recogidas, fundamentalmente, en el artículo 756 C.c. Pero no es éste el único

(2) *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 6.ª edic., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 331. También se han manifestado, recientemente, en el mismo sentido MENA-BERNAL ESCOBAR, M.ª J. (*La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código Civil español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 49), para quien “cualquiera de los términos aludidos (“exclusión”, “prohibición”, “limitación”) parece más apropiado a la figura que se trata, que el de “incapacidad” con el que el Código alude a dichos supuestos juntamente con la indignidad”; y TIRAPU MARTÍNEZ y VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA (*La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código Civil*, Comares, Granada, 1996, pág. 31), que consideran también “más adecuado hablar de inhabilitación relativa o incompatibilidad”.

(3) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, t. V, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 187.

precepto que las contiene. Hay algunos otros que, indudablemente, encierran también supuestos de indignidad. Tal es el caso del artículo 713 C.c., que, refiriéndose al testamento cerrado, declara lo siguiente:

“El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento.

“En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito, y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda”.

Hay también autores que consideran que el artículo 111 C.c. contiene en su seno otra causa de indignidad (4). Según este precepto, en lo que aquí interesa, *no ostentará derechos por ministerio de Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor que haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme, o bien cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.* Por mi parte, también creo que, aunque parcial (por ir referida solamente a la sucesión intestada y a las legítimas), ya que la Ley priva al progenitor sólo de los derechos que le correspondieran *“por ministerio de la ley”* (no, por tanto, de los que pudieran corresponderle por testamento o, en su caso, contrato sucesorio) en la herencia del hijo, el artículo 111 C.c. recoge un auténtico supuesto de indignidad, ya que ofrece todas las características esenciales de ésta: sanción impuesta a una persona (progenitor) por su acción reproachable para con otra a la que está especialmente ligada (hijo o des-

(4) Tal es el caso de RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho Civil*, t. V, 5.^a edic., Bosch, Barcelona, 1993, pág. 66; y LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel, *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, pág. 67. Este último ve en el artículo 111 una causa más de indignidad, aunque “para el solo caso de la legítima y de la herencia *ab intestato* (el precepto no menciona a la sucesión voluntaria, y las causas de indignidad son de interpretación estricta)”.

cendientes), quedando esta última facultada (art. 111, párrafo penúltimo) para levantar esa sanción una vez haya alcanzado la plena capacidad, lo que nos pone de relieve su carácter de pena privada, típico de la indignidad.

Aunque tanto las incapacidades de los artículos 752-754 C.c. como la indignidad son de carácter relativo, es decir, aunque los afectados por cualquiera de esas causas de incapacidad, al igual que los indignos, no puedan suceder a una determinada persona, pero nada obsta, en principio, a que puedan suceder a cualquier otra, ello no significa, sin embargo, que ambas sean una misma cosa, ya que entre ellas existen muy importantes diferencias. Así, las denominadas incapacidades relativas rigen solamente en el ámbito de la sucesión testada, mientras que la indignidad despliega su eficacia también en el de la sucesión intestada; las incapacidades relativas se fundan en la presunción legal de que ha habido captación de la voluntad del testador, aunque realmente no haya existido tal captación, mientras que la indignidad se basa siempre en hechos realmente acaecidos; las incapacidades relativas limitan la libertad del testador, ya que éste no puede nombrar sucesor suyo (aunque así lo quiera) a las personas aludidas por los artículos 752-754 C.c. (5), en cambio la indignidad en nada limita la voluntad del causante, que, si quiere, puede rehabilitar al indigno, expresa o tácitamente; las incapacidades relativas no son una pena, ya que el sucesor no ha desplegado ninguna actividad vituperable contra el causante (o sus más allegados), en cambio la indignidad —como seguidamente veremos— tiene la consideración de pena privada por la realización de faltas del indigno contra el causante o personas más cercanas a éste, etc.

Vamos ahora a examinar brevemente el carácter de pena privada que la indignidad tiene.

(5) El artículo 755 C.c., que, obviamente, sólo rige para las incapacidades relativas de los artículos 752-754 C.c. (no para la indignidad), llega a afirmar: "*Será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se la disfraze bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta*".

II. La naturaleza penal de la indignidad

Puede decirse hoy que en la doctrina existe práctica unanimidad a la hora de tipificar la indignidad como una pena privada, es decir, como una sanción civil que el ordenamiento jurídico establece como respuesta a la conducta reprochable del indigno para con el causante (o personas allegadas a éste por vínculos de parentesco o familia).

En tanto que pena privada, la indignidad es hoy un tipo de sanción excepcional en nuestro Ordenamiento, que, en principio, ya no conoce más que penas públicas (6), por haber quedado en manos del Estado el monopolio del *ius puniendi*. La sanción que conlleva la indignidad es una pena civil: la pérdida de la herencia o del legado que la Ley dispone sufra aquél que, por su conducta moralmente rechazable, actuó contra el causante (o sus más allegados). Pero, aunque limitada al ámbito del Derecho privado, en la configuración de la indignidad está presente un principio general del Derecho (también penal), según el cual nadie debe sacar provecho de la propia inmoralidad (7).

Esa naturaleza de pena privada que la indignidad tiene ofrece, en relación con las sanciones típicamente penales, la coincidencia de que tanto en la una como en las otras no se da una función satisfactoria del derecho violado, ya que no tienden a reintegrarlo. De todas formas, la indignidad se diferencia de aquéllas por la clase de pena, y porque no todas sus causas estén tipificadas penalmente como delitos o faltas. Mas, a pesar de todo esto, no puede decirse que la indignidad no cumple también una función social de prevención y represión de actos ilícitos y moralmente reprobables,

(6) MAZEAUD (Henry, Leon et Jean): *Leçons de Droit Civil*, t. 4, 3.^a edic, por A. BRETÓN, edit. Montchrestien, París, 1980, pág. 54.

(7) BARASSI, L., *Le successioni per causa di morte*, 3.^a ediz., rev., Giuffrè, Milano, 1947, pág. 57; también CICU: *Derecho de Sucesiones. Parte General*, anotada por Albaladejo y traducida por González Porras, Studia Albornothoniana, V, Barcelona, 1964, pág. 202.

lo que, indudablemente, la acerca también a la finalidad de las sanciones típicamente penales.

Por ser la indignidad una pena privada, el cese de sus efectos queda enteramente en manos del ofendido, quien, mediante el correspondiente perdón, puede rehabilitar al indigno (art. 757 C.c.).

De esta naturaleza penal que la indignidad tiene derivan dos importantes consecuencias:

1.^a No hay más causas de indignidad que las tipificadas legalmente. Parafraseando el correspondiente principio de Derecho penal, podríamos también decir que “*nulla indignitas, sine lege*”; y ello porque la regla general es la capacidad (y la dignidad) para suceder (art. 744 C.c.), mientras que la incapacidad (y la indignidad) es la excepción. Por eso, la STS de 11 de febrero de 1946 (Cdo. 2.º) ha declarado que “los casos de duda que ofrezca [el art. 756 C.c.] ... en su interpretación y aplicación se han de decidir en favor del supuesto indigno, y este criterio ... se ha de mantener, porque, de una parte, “*in dubio pro benignitate habetur*”, y de otra ... como es norma general la capacidad y la dignidad o idoneidad “*ab initio*” para suceder, la excepción a esta norma, que, en definitiva, se traduce en una sanción o pena civil, se ha de interpretar restrictivamente ...” (8). Lógicamente, tampoco procederá la analogía.

2.^a Los efectos de la indignidad son puramente personales, es decir, afectan sólo al indigno, sin que, por tanto, puedan transmitirse a los herederos, hijos o descendiente de aquél, ya que la sanción que acarrea la indignidad, al igual que las verdaderas penas, es personal e individual, nunca familiar. A este planteamiento responde el artículo 761 C.c.: “*Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima*”.

(8) Este mismo criterio aparece recogido, más recientemente, en la STS de 26 de marzo de 1993 (Cdo. 3.º): “La jurisprudencia exige una interpretación restrictiva en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el artículo 756”.

Visto todo lo anterior, estamos ahora en condiciones de abordar la cuestión principal que nos planteamos en este trabajo: la incidencia que el nuevo Código Penal, aprobado mediante la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, ha tenido sobre la causa 3.^a del artículo 756 C.c.

III. El nuevo Código Penal y la causa de indignidad del artículo 756, 3.º Código civil

El artículo 756, 3.º C.c. es del siguiente tenor: *“Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 3.º El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa”*.

Además de causa de indignidad, es también causa de desheredación [arts. 852, 853 (en relación con los hijos y descendientes), 854 (para los padres y ascendientes) y 855 (en relación con el cónyuge)].

En su inicial redacción, el artículo 756, 3.º C.c. aludía a “pena aflictiva”, en vez de *“pena no inferior a la de presidio o prisión mayor”*. El presente texto procede de la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento (9). Pero su actualización fue breve, ya que la pena de presidio fue suprimida, nominalmente, en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la L.O. 8/1983, de 25 de junio. Hasta ese momento la pena de presidio (mayor o menor) se aplicaba solamente a los hombres, mientras que la de prisión regía solo en relación con las mujeres. En adelante, ambas penas quedaron refundidas en una sola (la de prisión), aplicable indistintamente a hombres o mujeres. El cambio producido, pues, no fue sustantivo, sino meramente nominal; de ahí que no tuviese ninguna

(9) Su artículo 3.º.3 establecía que “En el número 3 del artículo 756 se sustituye la expresión «pena aflictiva» por la de «pena no inferior a la de presidio o prisión mayor»”.

incidencia sobre el artículo 756, 3.º C.c., aunque éste continuase refiriéndose –la verdad es que ya con una cierta dosis de anacronismo– a la pena de presidio mayor. Pero el problema quedaba resuelto con el recurso simple a la interpretación lógica.

Antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995, la doctrina ha venido entendiendo que, para apreciar la causa de indignidad del artículo 756, 3.º C.c. era necesaria la concurrencia de los tres requisitos siguientes:

1.º Que haya habido acusación.

Por “acusar” no hay que entender aquí cualquier imputación hecha al causante de uno de los delitos que llevaría aparejada la correspondiente pena (por ejemplo, verbalmente o por escrito), sino solo la hecha formalmente mediante *querrela* interpuesta contra aquél, o, a lo más –continúa ALBALADEJO– mediante *denuncia* presentada contra él por quien esté exento del deber de denunciar en el caso (arts. 259 y sgs. LECrim), porque, si no lo está, viene obligado a denunciar, y resultaría inadmisibles que, por el cumplimiento de ese deber, pudiera ser tachado de indignidad (10).

¿Hay “acusación” calumniosa cuando lo que se ofrece, en cambio, es un falso testimonio? La doctrina ofrece planteamientos dispares.

(10) ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. X, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1987, pág. 228. Ya antes MUCIUS ESCAEVOLA (*Código Civil*, t. XIII, 5.ª edic., revisada por Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1943, págs. 398 y 399) se preguntaba si la acusación habría de ser una intervención en causa criminal, o si causaría el mismo efecto una calumnia lanzada fuera de los Tribunales, por escrito o verbalmente. “Si la cuestión –dice– se hubiera de tratar sólo en teoría, no dudaríamos en responder de un modo afirmativo, puesto que el mal propósito es idéntico en uno y en otro caso, y la reputación del ofendido se perjudica de igual suerte. Pero el Código se expresa con suficiente claridad, hablando de una acusación, que se declara posteriormente calumniosa, y este doble término no existe tan marcadamente en el delito de calumnia. Por otra parte, hay mucha diferencia en cuanto al grado de perversidad en el autor, toda vez que la calumnia se produce momentáneamente, sin verdadero intento de perjudicar, en muchas ocasiones, mientras la acusación requiere calma, propósito deliberado y actividad sostenida. Parece, por lo tanto, que el primer caso no es bastante grave para producir indignidad...”.

Hay quienes —como SÁNCHEZ ROMÁN— estiman que el verbo acusar “no debe tener una traducción estricta, semejante solo a la idea del querellante particular en juicio, es decir, el que mantiene la acusación dentro del procedimiento criminal, sino que debe entenderse de modo más genérico y comprender, no solo la *acusación*, sino la *denuncia*, y hasta toda otra intervención procesal más secundaria, de la cual resulte en definitiva el hecho de ser acusado el testador o intestado por el heredero o legatario de cuya indignidad se trate, ya declarando como testigo, ya como perito mediante acción que constituya acusación, o mediante omisiones conscientes de la verdad por él conocida que sirviera a exculpar debidamente al acusado y a dejar subsistente un acuerdo contra él” (11).

Por el contrario, hay también otro grupo de autores que se muestra partidario de rechazar la equiparación de la “acusación calumniosa” al falso testimonio. Así, VALVERDE desestimaba que el testigo pudiera caer en esta causa de indignidad, porque éste ni denuncia, ni acusa (12). En la doctrina más moderna, ALBALADEJO, cuyo planeamiento comparto, rechaza también la anterior equiparación en base a las siguientes razones: a) Que nuestra ley no recoge el caso, y como en sede de indignidad se impone una interpretación restrictiva, no hay razón para ampliar este cuando menos dudoso supuesto al falso testimonio; y b) Que, aunque tanto la acusación calumniosa como el falso testimonio contra el causante, presentan como componente común la nota de re-

(11) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. 1.º, 2.ª edic., Madrid, 1910, pág. 278. Vide también MUCIUS SCAEVOLA: *ob. cit.*, pág. 398. Más modernamente, son también del mismo parecer: LACRUZ (*Derecho de Sucesiones. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1961, pág. 248), que considera que el falso testimonio puede producir los efectos prácticos de la acusación; y VALLET DE GOYTISOLO (*Pa-norama de Derecho de Sucesiones*, t. II, Civitas, Madrid, 1984, pág. 311), para quien la palabra “acusación” debe ser entendida “en sentido vulgar, incluyendo en ella no sólo la querella, sino la denuncia y también la declaración testifical y la pericial”.

(12) *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V, 2.ª edic., Valladolid, 1921, pág. 435; también PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V, vol. 1.º, Edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1953, pág. 59.

sultar moralmente repulsivos, y ello incitaría a la equiparación, no hay que olvidar la existencia de otras muchas conductas moralmente vituperables y equivalentes en gravedad a ésta o a otras causas de indignidad sin que por ello sean calificables de tales (13).

Tampoco puede equipararse a la “acusación”, porque se encuentra en un plano muy distinto, la reclamación de la responsabilidad civil al causante. MUCIUS SCAEVOLA ofrece, en este sentido, las dos razones siguientes: a) Que el reclamante verdaderamente no acusa del delito; y b) Que defiende un interés privado, no compartido esencialmente con los que puede defender el reo (14).

2.º Que la acusación haya sido declarada calumniosa.

Si la Ley exige que esa acusación formal sea *declarada* calumniosa, es indudable que está haciendo referencia a la necesidad de un proceso penal que termine por sentencia firme en la que se recoja esa declaración, a menos que —como dice DÍAZ ALABART, siguiendo a ALBALADEJO— el indigno reconozca su calumnia, o que, por la razón que sea, ya no quepa juicio criminal por esta causa (15).

3.º Que el delito de que el sucesor hubiese acusado al causante tuviese señalado por ley una pena no inferior a prisión mayor.

Esto significa que, con arreglo al Código Penal recientemente derogado, el delito en cuestión debería tener señalada una pena de reclusión mayor, reclusión menor, o prisión

(13) *Comentarios...*, X-1.º, cit., pág. 230. Vide también Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, vol. IV, 2.ª edic., Tecnos, Madrid, 1982, pág. 425. También parece seguir este planteamiento, aunque con menos convicción, DÍAZ ALABART, *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1864.

(14) Ob. cit., pág. 397.

(15) Ob. y loc. ultim. cit.; ALBALADEJO: *Comentarios...*, X-1.º, cit., pág. 229. En contra de esta opinión, MUCIUS SCAEVOLA (ob. cit., pág. 339) cree que “sólo cuando previamente se haya declarado calumniosa la acusación, pueden los tribunales del orden civil conocer de ella a los efectos de la indignidad”.

mayor. Respecto de la pena de muerte, el artículo 15 CE la declara abolida, *“salvo lo que pudieran disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra”*. La legislación penal castrense aparece hoy recogida en el Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que contemplaba la posibilidad de aplicar la pena de muerte *“en tiempo de guerra”* (art. 24).

En la actualidad, la pena capital ha sido totalmente desterrada de nuestro Ordenamiento. Efectivamente, la L.O. 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, declara: *“Queda abolida la pena de muerte establecida para tiempo de guerra”* (art. 1.º).

Todo lo expuesto hasta el momento respecto del artículo 756, 3.º C.c. era mantenible, más o menos pacíficamente, hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal, aprobado por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, cuya Disposición final 7.ª dictamina que *“el presente Código entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado [BOE de 24 de noviembre de 1995] y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia.”*

77

“No obstante lo anterior queda exceptuada la entrada en vigor de su artículo 19 hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto”.

El nuevo Código Penal ha cobrado vigencia el día 24 de mayo de 1996, quedando derogado, en lo que aquí nos interesa, el anterior (Disposición derogatoria 1.ª). Ello nos plantea determinar en qué medida ha afectado este hecho al artículo 756, 3.º C.c.

Para tratar de alumbrar alguna solución coherente, conviene exponer algunos preceptos del nuevo Código Penal relativos a las penas a que se refiere el artículo 756, 3.º C.c. El artículo 32 del nuevo texto punitivo común determina que *“las penas que puedan imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son*

privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa". Lógicamente, la pena de prisión mayor, reclusión menor y reclusión mayor, aludidas en el artículo 756, 3.º C.c. estarían incardinadas entre las que el precitado texto punitivo califica de "privativas de libertad". Esta apreciación viene, además, corroborada por la declaración contenida en el artículo 35 del nuevo Código Penal: "*Son penas privativas de libertad la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*".

78

Si las cosas hubieran quedado así, ningún problema irresoluble se habría planteado al intérprete a la hora de tener que aplicar el artículo 756, 3.º C.c., ya que lo único que habría ocurrido sería que las penas que con arreglo al viejo Código Penal recibían la denominación de reclusión menor y reclusión mayor habrían quedado embebidas en una pena única, igualmente privativa de libertad, que ahora tendría el nombre genérico de **prisión**. Estaríamos, pues, ante una situación semejante a la que se produjo cuando la L.O. 8/1983, de 25 de junio, reformadora del viejo Código Penal, suprimió –tan solo nominalmente– la pena de presidio, que dejó refundida en la de prisión.

Pero el legislador penal de 1995 no se ha limitado a un simple cambio de nombre de las penas privativas de libertad, sino que ha ido mucho más lejos. Efectivamente, el artículo 36, párrafo 1.º, del nuevo Código Penal (en adelante, NCP) nos dice: "*La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código*". Además, el artículo 33 NCP, en lo que a nosotros interesa, contiene las siguientes declaraciones: "*1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. 2. Son penas graves: a) La prisión superior a tres años... 3. Son penas menos graves: a) La prisión de seis meses a tres años*".

En cambio, el Código Penal recientemente derogado, en la Escala General de penas que recogía su artículo 27, cla-

sificaba a éstas en: graves, leves, comunes a las dos clases anteriores, y accesoria. Las de prisión mayor, reclusión menor, y reclusión mayor tenían la consideración de *graves*. Como pena *leve* figuraba sólo el arresto menor, que tenía una duración de uno a treinta días (art. 30).

De todo lo anterior se deduce que el catálogo de penas del artículo 27 del viejo Código Penal ha quedado totalmente derogado y sustituido por otro nuevo que en nada se parece al anterior. Efectivamente, el nuevo Código Penal por ninguna parte alude a la **prisión mayor** (ni a las dos modalidades de reclusión), que es la pena-límite que toma como punto de referencia la causa de indignidad del artículo. 756, 3.º C.c. ¿Qué significado puede tener este hecho en el ámbito civil? ¿Puede entenderse que la vieja pena de prisión mayor (y las de reclusión) ha quedado sustituida por la pena de “prisión” a que aluden los artículos 35 y 36 NCP, ya que ambas serían privativas de libertad? ¿Sería aplicable en este caso el artículo 756, 3.º C.c. a todos aquellos supuestos en que se hubiera imputado al causante un delito al que, según el nuevo Código Penal, correspondiese aplicar una pena de prisión superior a seis años (16), cuando la acusación era declarada posteriormente calumniosa?

Por lo que se refiere a la primera de las dos últimas cuestiones planteadas, creo que no es posible mantener la idea de que la pena de prisión mayor, tomada como punto de referencia por el artículo 756, 3.º C.c., ha quedado sustituida por la genérica pena de “prisión” a que ahora hace referencia el nuevo Código Penal, porque ello significaría admitir algo tan ilógico como que pudiera resultar indigno quien hubiese acusado al causante de cualquier delito que llevase hoy aparejada la pena de prisión, sea cual fuere su duración (de seis meses a veinte años); piénsese, por ejemplo, en el caso de que el causante haya sido acusado de un

(16) Al hablar el 756, 3.º C.c. de “pena *no inferior* a... prisión mayor” está poniendo el límite en los seis años y un día (art. 30 viejo C.P.). Por tanto, cualquier pena superior a los seis años entraría ya dentro de ese límite.

delito que hoy pueda tener asignada una pena de prisión no superior a seis años, y que esa acusación haya sido posteriormente declarada calumniosa. Esto chocaría con el criterio de nuestro legislador civil, que, a la hora de diseñar la causa de indignidad del artículo 756, 3.º C.c., rechazó que pudiera producirla la acusación –posteriormente declarada calumniosa– de cualquier delito que llevase aparejada una pena privativa de libertad, con independencia de la duración de ésta. Muy por el contrario, nuestro legislador civil sólo tuvo en cuenta a aquellos delitos que, por su gravedad, tuviesen señalada una pena de prisión superior a los seis años.

Tampoco creo sea posible considerar que haya indignidad ex artículo 756, 3.º C.c. en todos aquellos casos en que se acusó al causante de un delito al que, con arreglo al nuevo Código Penal, correspondería aplicar una pena de prisión superior a los seis años. Una de las razones que me anima a pensar así es que, aunque tanto la vieja pena de prisión mayor (y las de reclusión) eran tan privativas de libertad como la actual de “prisión”, en cambio ambas presentan una duración muy diferente. Efectivamente, el artículo 30 del viejo Código Penal (en adelante, VCP) señalaba para la prisión mayor un plazo de seis años y un día a doce años; en cambio, el artículo 36 NCP establece, con carácter general, que la pena de prisión tendrá –salvo excepciones– una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años. Además, el artículo 33 NCP sólo distingue, a los efectos que aquí interesan, entre una prisión superior a tres años (pena grave), y una prisión de seis meses a tres años (pena menos grave). Es apreciable, pues, la inexistencia, en esta materia, de una correspondencia entre lo que dictamina el vigente Código Penal y lo que determinaba el antiguo; cosa lógica, si tenemos en cuenta –reiterémoslo una vez más– que el catálogo de penas del viejo artículo 27 ha sido derogado y sustituido por otro nuevo y radicalmente distinto. Por consiguiente, las penas privativas de libertad contenidas

en aquél (arresto menor, arresto mayor, las prisiones, y las reclusiones) han dejado de tener existencia jurídica (17). Siendo esto así, no parece posible pueda jugarse hoy con estas penas en ningún sentido, ni en ningún ámbito (por tanto, tampoco en el civil), salvo que la Ley pudiera determinar especialmente lo contrario.

Otra razón que creo puede invocarse en favor del planteamiento que defiende viene dada por el hecho de que el nuevo legislador ha variado los criterios de penalidad en relación con los que fijaba el Código Penal recientemente derogado. Delitos que, con arreglo a éste, tenían señalada una pena privativa de libertad, han pasado a tener hoy otra de muy distinta duración. Citaremos algunos ejemplos. El artículo 485 VCP establecía que “el que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentase a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la *pena de reclusión menor*”. En cambio, este mismo delito, contemplado en el artículo 223 NCP, tiene hoy una penalidad notablemente inferior: “El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de *prisión de seis meses a dos años*, sin perjuicio de que los hechos constituyan un delito más grave”.

Otro tanto puede decirse del delito que venía tipificado por el artículo 419 VCP (“El que de propósito causare a otro la mutilación o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, la esterilidad o deformidad, será castigado con la *pena de prisión mayor*”), si lo comparamos con el artícu-

(17) Que esas penas han perdido vigencia es algo que aparece corroborado por el principio “*nulla poena sine lege*”, que aparece hoy recogido en el artículo 2.1. NCP: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración”. Con arreglo a este principio, no resulta, pues, admisible considerar indignos ex artículo 756, 3.º C.c. a quienes hayan acusado al causante de un delito que es imposible pueda tener hoy señalada una pena que ha dejado de existir.

lo 150 NCP, que, para el mismo supuesto, establece ahora una “*pena de prisión de tres a seis años*”.

Observamos en estos dos casos, que han sido tomados como simples botones de muestra, que ha habido una variación –a la baja– de la nueva penalidad, lo que puede decirse constituye un rasgo general del Código Penal de 1995. Y no debemos perder de vista que, cuando el legislador civil estableció la causa 3.^a de indignidad del artículo 756 C.c., lo hizo teniendo en cuenta solamente aquellas conductas que, *con arreglo al Código Penal entonces vigente*, llevaban aparejada unas penas privativas de libertad de gran entidad: siempre superior a seis años.

82

Otra consecuencia derivada del hecho de que el legislador penal actual se ha apartado radicalmente del antiguo catálogo de penas es que, atendiendo a la simple duración temporal de éstas, existen hoy delitos que podrían estar o no incurso en la causa de indignidad del artículo 756, 3.^o C.c. Tal sería, por ejemplo, el caso del artículo 409 VCP, que señalaba para el inductor al suicidio la pena de prisión mayor, y que, por tanto, podría dar lugar a la indignidad ex artículo 756, 3.^o C.c. En cambio, este mismo delito tiene hoy señalada (art. 143.1 NCP) una pena de prisión de cuatro a ocho años, con lo que, al haber casos en que no se estaría por encima de los seis años, no sería posible decretar la indignidad ex artículo 756, 3.^o C.c. (18). ¿Qué hacer en un supuesto así? Creo que en ningún caso sería aquí posible apreciar la indignidad; y ello, porque, además de lo ya dicho, no debe perderse de vista que el artículo 756, 3.^o C.c. fija la causa de indignidad con relación a *delitos* que tienen claramente señalada una determinada penalidad, siempre superior a seis años de prisión, cosa que no ocurre aquí.

(18) Lo mismo cabría decir si comparamos la penalidad del artículo 411 VCP, que castigaba al que practicaba un aborto sin consentimiento de la mujer con la pena de prisión mayor, y la que, para el mismo supuesto, establece hoy el artículo 144 NCP: prisión de cuatro a ocho años, más inhabilitación.

Con el afán de querer aplicar a toda costa el artículo 756, 3.º C.c., puede haber también quien piense que el problema que ha planteado la entrada en vigor del NCP podría quedar resuelto con el simple hecho de considerar indigno al que hubiere acusado al causante de delito al que, *según la sentencia penal*, le resulte impuesta una pena de prisión superior a seis años. Con este planteamiento se pretendería salvar el problema que suscitan en el NCP aquellos delitos que tienen señalada una pena cuyo límite más inferior está por debajo del que correspondía a la pena de prisión mayor, mientras que el límite superior cabría dentro de esta última o la sobrepasaría; por ejemplo, los casos anteriormente expuestos de los artículos 143.1 y 144, ambos del NCP, que señalan una pena de prisión de cuatro a ocho años para los delitos que tipifican.

Un planteamiento como el anterior no tiene sentido, porque quien así pudiera pensar olvida algo muy importante: que el artículo 756, 3.º C.c. exige, para que pueda apreciarse indignidad, *que la acusación de delito hecha al causante haya sido declarada calumniosa*, lo que viene a significar que no hubo tal delito (era falsa la acusación), y si no lo hubo, malamente pudo el Juez establecer pena alguna para el causante en ninguna sentencia.

Todo lo anterior abona la solución por la que venimos abogando: que no resulta hoy posible apreciar conductas indignas (por reprochable que pueda moralmente parecer) en base al supuesto contemplado en el artículo 756, 3.º C.c.

Quizás también, con la misma intención de poder considerar hoy la causa de indignidad del artículo 756, 3.º C.c., pueda haber quien estime que el problema podría venir resuelto a través de la Disposición Transitoria 11.^a NCP, que, en su punto 1, apartado c, dice lo siguiente: "*Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas: c) La pena de prisión mayor, por la de prisión de tres a ocho años*". Según se desprende de este precepto, parece que ningún in-

conveniente habrá en declarar indigno a quien acusare al causante de un delito que tuviese señalada en el NCP una pena de prisión de tres a ocho años, si la acusación era posteriormente declarada calumniosa, por ser esa pena equivalente a la antigua de prisión mayor.

Mas no creo que pueda mantenerse seriamente un planteamiento de este tipo. Hay razones más que suficientes para rechazarlo

1.^a La anterior equivalencia de penas solamente la establece la Disposición Transitoria 11.^a NCP para el caso en que hayan de ser aplicadas "*leyes penales especiales o procesales*" por la jurisdicción ordinaria. Nuestro Código Civil no es una Ley de ninguna de estas dos clases, aunque la indignidad tenga carácter penal, pero ya dijimos que se trataba de una pena *privada* o sanción *civil*. Pena o sanción, sí, pero de naturaleza privada o civil.

84

2.^a No puede intentarse la aplicación analógica de lo establecido por la Disposición Transitoria 11.^a,1.c NCP, por ser algo que viene radicalmente prohibido por el artículo 4.2 C.c.: "*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*". Lo mismo cabría decir del artículo 4.1 NCP, conforme al cual "*Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*".

Solamente, pues, hubiera sido posible aplicar la equivalencia de penas establecida en la Disposición Transitoria 11.^a, 1.c, si este texto legal hubiera sido redactado con carácter general, y no sólo para las "*leyes penales especiales o procesales*", cosa que, por las razones que fuere, el legislador de 1995 no hizo. Con ello derogó –tal vez sin quererlo– la causa de indignidad del artículo 756, 3.^o C.c.

Por lo tanto, para que esta causa de indignidad recupere la vigencia perdida, será necesaria una nueva acción legisla-

tiva que adecue el artículo 756, 3.º C.c. a la nueva legislación penal. Para evitar, además, caer en situaciones como las que han motivado este trabajo, creo que lo más razonable sería que, en la eventual nueva redacción que pueda recibir el artículo 756, 3.º C.c., no se haga referencia a penas, sino a un espacio temporal de éstas; técnica ya empleada por el legislador de 1981 cuando, a la hora de tipificar las causas de separación legal del artículo 82 C.c., se refirió a “*la condena privación de libertad por tiempo superior a seis años*”. Con una solución legislativa como la que apuntamos se evitaría que, producido un nuevo cambio de la legalidad penal, ello pueda repercutir en el ámbito de aquellas normas no penales que hagan referencia a penas privativas de libertad.

LA AUTOCONTRATACION EN LAS FUNDACIONES (LOS CONTRATOS ENTRE LA FUNDACION Y SUS PATRONOS Y APODERADOS) (1)

RAFAEL VERDERA SERVER

*Departamento de Derecho Civil
Universitat de València*

87

SUMARIO: **I.** CONSIDERACIONES PRELIMINARES. **II.** EL RÉGIMEN NORMATIVO DE LA AUTOCONTRATACIÓN EN LAS FUNDACIONES. **III.** LA AUTOCONTRATACIÓN DE LOS PATRONOS. **A.** Delimitación subjetiva del régimen de autocontratación. **B.** Delimitación objetiva del régimen de autocontratación. **C.** La autorización previa del protectorado. **E.** Efectos de la autocontratación sin autorización del protectorado. **IV.** LA AUTOCONTRATACIÓN DE LOS APODERADOS.

(1) Este trabajo fue, en lo esencial, presentado como comunicación a las *Noves Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar (Girona), durante los días 19 a 21 de septiembre de 1996. Consecuentemente, ésta es la fecha que, en principio, determina las referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

I. Consideraciones preliminares

La problemática derivada de los supuestos de autocontratación constituye una materia que carece de un tratamiento normativo homogéneo en nuestro sistema. En efecto, no se ha fijado un criterio general para la resolución de los diversos casos que puedan plantearse (2). Naturalmente, no es pretensión de estas notas el replanteamiento de la teoría general de la autocontratación. Su propósito resulta mucho más limitado y modesto, pues se trata simplemente de analizar el régimen normativo de esa figura en el ámbito de las fundaciones, y, más concretamente, conforme a los criterios establecidos en la regulación estatal (3). Ante todo, parece conveniente precisar que a la noción de autocontratación se le adjudica aquí una función puramente instrumental y se emplean los parámetros aceptados por la doctrina (4) y la jurisprudencia (5) para su delimitación. En los tribunales (6),

88

(2) A la hora de explicar este dato de política jurídica, varias son las indicaciones que pueden sugerirse: desde el carácter relativamente novedoso de la toma en consideración de estas cuestiones, hasta la peculiar configuración que cada situación reviste, lo cual hace difícil establecer reglas generales y válidas para todo conflicto.

(3) El artículo 26 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (en adelante, LF) no se encuentra mencionado expresamente en la disp. final 1.^a por lo que, en principio, sólo es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

(4) Un tratamiento monográfico de la figura puede encontrarse en DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato*, Tecnos, Madrid, 1990; e interesantes sugerencias en DÍEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979 (reimp. 1992), pp. 199-214.

(5) La delimitación de la noción de la autocontratación es analizada por los más variados órganos y jurisdicciones. Entre las más recientes que se pronuncian acerca de la noción de autocontrato, *vid.* STS (sala civil) de 29 de septiembre de 1994 [Ponente: Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (R.A.J. 6988)]; STS (sala de lo social) de 9 de mayo de 1991 [Ponente: Sr. D. Rafael Martínez Emperador (R.A.J. 3794)]; STS (sala de lo social) de 14 de diciembre de 1990 [Ponente: Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla (R.A.J. 9789)]; STS (sala cuarta) de 19 de mayo de 1985 [Ponente: Sr. D. Manuel Garayo Sánchez (R.A.J. 3072)]; y RDGRN de 21 de mayo de 1993 (R.A.J. 3931). Son naturalmente muchas más las decisiones que, sin formular declaración general acerca de la categoría, efectúan alguna aplicación de la misma.

(6) *Vid.* SAP de Barcelona de 4 de enero de 1995 [Ponente: Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos (Ar.C. 125)].

acogiendo la construcción dogmática, se acepta que el fenómeno del autocontrato o contratación consigo mismo concurre cuando una persona por su sola actuación, mediante una sola decisión, compromete simultáneamente dos patrimonios distintos cuya titularidad o representación ostenta. Aun siendo conscientes de que los perfiles de la figura condicionan, de manera directa, la mayor o menor amplitud de supuestos a examinar, no parece pertinente replantear una cuestión de tan hondo calado e implicaciones.

Desde la perspectiva de los supuestos calificables de autocontratación, conviene observar que en este punto la regulación de las fundaciones demuestra una cierta flexibilidad. No se limita a aludir a autocontratación, sino que el artículo 26 LF precisa que la misma se puede producir tanto por la actuación del patrono en nombre propio como de un tercero, es decir, lo que la doctrina denomina, respectivamente, representación simple y representación doble (7).

89

Sin embargo, estudiar el régimen de la autocontratación en las fundaciones exige una precisión ulterior. No se pueden perder de vista en ningún momento las características de la relación que une a la fundación con sus patronos y con los apoderados. La cuestión, como puede intuirse, se conecta con un aspecto que afecta a una serie más amplia de casos: se trata del problema de la llamada representación orgánica y, más en general todavía, de la actuación de las personas jurídicas (8). Desde este punto de vista, la problemática de la autocontratación en las fundaciones se acerca a la que se puede verificar en relación a otras técnicas de organización, como las asociaciones y las sociedades. Ahora bien, existe un factor que sólo concurre en las fundaciones y que condiciona decisivamente todo el planteamiento normativo de las mismas (y también de la autocontratación). La peculiar estructura orgánica de las fundaciones, con la

(7) Por todos, *vid.* DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato*, cit., pp. 75 ss.

(8) Sobre la cuestión, *vid.* Díez-PICAZO, *La representación*, cit., pp. 70-74.

acumulación de funciones en favor del patronato, dificulta el establecimiento de mecanismos de control de la actuación de este órgano. Este problema no se suscita de la misma manera en otras organizaciones jurídicas, donde existen otros órganos que pueden recíprocamente controlarse (*cfr.*, por ejemplo, art. 67 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada). En las fundaciones, en cambio, la organización carece de cualquier base asociativa y se desvincula absolutamente de sus fundadores y de sus beneficiarios.

Determinada con este sentido puramente instrumental la noción de autocontratación, debemos analizar cuáles son las posibles soluciones que legalmente pueden establecerse. En pura hipótesis, cabe partir como extremos opuestos desde su radical prohibición hasta su total admisibilidad, sin aceptar en uno u otro caso matiz alguno. Naturalmente, los criterios normativos no presentan esa taxatividad sino que suelen introducir elementos correctores de diverso signo, que alteran la regla básica. En este sentido, es habitual el recurso a nociones como la (in)existencia de conflicto de intereses o la necesidad de una autorización judicial o de cualquier otro órgano.

Esta descripción nos permite constatar dos aspectos de desigual importancia: por un lado, subraya el carácter político-jurídico de la decisión normativa de cada legislador; en otras palabras, el régimen de la autocontratación no desvela una consecuencia institucional del sistema, sino que queda al arbitrio del legislador (con mayor o menor coherencia) la determinación de su alcance; por otro lado, aunque se ha advertido que la mayoría de ordenamientos se inclinan por soluciones intermedias, no deja de tener importancia la necesidad de establecer la regla general, o, si se quiere, subsidiaria, para aquellos casos en que los criterios complementarios no puedan entrar en acción (9).

(9) Cabe plantear que, en realidad, la concurrencia o la falta de ciertos elementos constituye la auténtica regla general; en otras palabras, el enfoque correcto no sería el del texto (tomar como punto de partida una regla de admisibilidad o inadmisibilidad de la autocontratación), sino el criterio que determina la admisibilidad o la inadmisibilidad de la misma (por ejemplo, inexistencia de conflicto de intereses). Es cierto que, en la mayoría de supuestos, las consecuencias de una u otra postura no difieren significativamente. Mas la relevancia del planteamiento subyacente se revela cuando no puede acreditarse o verificarse la concurrencia del criterio que condiciona la (in)admisión de la autocontratación. En tales supuestos, hay que volver a la que se considera regla general en la materia, aunque haya quien defienda que, en

La cuestión del criterio general ha preocupado al legislador estatal. En el Proyecto de Ley, la norma relativa a la autocontratación se formulaba con carácter prohibitivo, admitiendo como salvedad el supuesto de autorización del protectorado. En su tramitación parlamentaria en el Congreso, el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) propuso redactar el precepto en sentido inverso y así quedó establecido en el artículo 26 LF que “[l]os patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del protectorado”. Con ello se pretendía evitar que, dada la frecuencia con la que entidades públicas y privadas que forman parte del patronato celebran contratos con esa fundación para subvencionarla o ayudarla económicamente, la autocontratación se sometiera a prohibiciones, pareciendo más adecuado el sistema adoptado.

El artículo 14 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco (en adelante, LVascF) se estructura con carácter prohibitivo, pues dispone que los miembros del órgano de gobierno no pueden contratar con la fundación, sea en nombre propio, sea en nombre de tercero, salvo autorización del protectorado. La norma ha sido desarrollada por el artículo 39 del Decreto 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento y del Protectorado del Registro de Fundaciones (en adelante, DFVasc). En otras normas autonómicas no hay previsión acerca de la autocontratación de patronos y apoderados, con lo que la cuestión debe resolverse como una aplicación más de la diligencia exigible a los mismos en el desempeño de su cargo [cfr. arts. 12 de la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas (modificada por Ley 21/1985, de 8 de noviembre); 16 de la Ley 7/1983, de 25 de junio, de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego (modificada por Ley 11/1991, de 8 de noviembre); y 11 de la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias].

realidad, lo mismo da que el criterio no exista como que no se pruebe, con lo que ese criterio mantiene su validez; y quizá en última instancia sea más correcto, porque ese criterio siempre existirá (o no: por ejemplo, o hay conflicto de intereses o no lo hay), y lo que resulta meramente accidental es su demostración.

II. El régimen normativo de la autocontratación en las fundaciones

92

En la normativa estatal, el régimen de la autocontratación en las fundaciones se concreta en dos planos distintos. Por una parte, el artículo 26 LF (10), y por otra, el artículo 15 del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal (en adelante, RF), ambos bajo la rúbrica “[a]utocontratación”. El carácter sumamente escueto del precepto legal justifica el mayor detalle del artículo 15 RF, cuyo contenido constituye el objeto principal de estas líneas. Pero debemos subrayar inmediatamente que el artículo 15 RF, además de establecer el régimen normativo de la autocontratación de los patronos, introduce un elemento ulterior al regular la situación derivada de la actuación de los apoderados, generales o especiales, de la fundación. Esta referencia reglamentaria a los apoderados, que carece de base legal, se plantea en unos términos completamente distintos por lo que respecta a los sujetos afectados, al objeto de la limitación y los requisitos de la autorización. Pero, a mi juicio, la diferencia fundamental radica en que, cuando se trata de autocontratación de los patronos, el control tiene carácter externo a la fundación; y, en cambio, en relación a la autocontratación de los apoderados, ese control es interno a la fundación en cuanto es asumido por el propio patronato. Es evidente que el grado de autonomía (o heteronomía) de la fundación en uno u otro caso ofrece una diversa intensidad. Estas consideraciones hacen conveniente un análisis separado de ambas hipótesis de autocontratación.

(10) De manera indirecta, existe otra alusión a la autocontratación en el artículo 33 LF, al establecer el plazo (y su régimen) para resolver la concesión de la autorización que menciona el artículo 26 LF.

III. La autocontratación de los patronos

Desde un punto de vista general, es preciso efectuar una serie de observaciones que contribuyan a situar adecuadamente en el marco de las fundaciones el problema de la autocontratación de los patronos (11). En primer lugar, aunque existen, como hemos visto, normas legales y reglamentarias que de manera directa se ocupan de esta cuestión, la cuestión de la autocontratación debe ser, a mi juicio, analizada en un plano más amplio. En efecto, los artículos 26 LF y 15 RF deben relacionarse con el conjunto de normas que determinan los poderes (y las obligaciones) de los patronos y del protectorado, puesto que no son piezas aisladas e independientes sino que forman parte de un sistema más amplio. En particular, me parece absolutamente necesario contrastar esa regulación, por un lado, con los preceptos que se ocupan de la diligencia (y la responsabilidad) exigible a los patronos en el desempeño de su cargo (art. 15 LF) y de los mecanismos de enajenación de los bienes fundacionales (art. 19 LF), y, por otro, con los que se refieren a las funciones y competencias del protectorado en orden a facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación y a asegurar la legalidad de su funcionamiento [arts. 32.1 LF y 22.5.i) RF].

93

Por todo ello, la omisión, salvo en la Ley vasca, de cualquier referencia a la autocontratación en las leyes autonómicas no implica la carencia de regulación sobre la materia. Basta con aplicar los parámetros de diligencia exigible a los patronos en el ejercicio de su cargo para verificar si en un supuesto concreto donde se produce una autocontratación, éstos han actuado negligentemente y se ha producido un daño a la fundación. De este modo, a falta de una norma explícita, el sistema gana en coherencia interna. No cabe

(11) Aunque estas consideraciones afectan directamente a la posición de los patronos, son trasladables, con las debidas matizaciones, a los supuestos en que la autocontratación se plantea en relación a los apoderados de la fundación.

plantear entonces la existencia de un control previo del protectorado (o autorización) en todos los casos de autocontratación: ese control puede producirse en ciertos casos de autocontratación, pero por razones diversas (por ejemplo, enajenación de la dotación).

También resulta destacable la posición sistemática del artículo 26 LF. La norma se sitúa en el capítulo V del título I de la Ley de Fundaciones, dedicado al “[f]uncionamiento y actividad de la fundación” (12). Esta colocación debe subrayarse porque el legislador contaba con otra posibilidad sistemática, no carente de argumentos a su favor. Cabía la ubicación de la norma junto a las que se ocupan del órgano de gobierno, de sus funciones y de sus deberes (13). Con ello, la regla sobre autocontratación hubiera enlazado más directamente con la conducta exigible a los patronos en el desempeño de su cargo, configurándose claramente como un límite a sus facultades. Téngase en cuenta que el artículo 26 LF ofrece una amplitud en su contenido que puede llegar a solaparse con las reglas destinadas a la enajenación y gravamen de los bienes y derechos fundacionales (14). Como veremos, en ocasiones las cautelas previstas para uno y otro supuesto pueden coincidir y reiterarse. La decisión del legislador estatal no es absolutamente desacertada, en la medida que la autocontratación se suscita en relación al funcionamiento y actividad de la fundación, pero creo que su ubica-

(12) También el artículo 15 RF se encuentra en el capítulo III, bajo la rúbrica “[d]el funcionamiento de la fundación”. Obsérvese que en el Reglamento de Fundaciones no existe un capítulo dedicado al patronato y sus funciones.

(13) Este era precisamente, como recuerda CABRA (“Comentario a los arts. 21 a 26”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre Editorial/Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 234), el planteamiento en la primera versión del Anteproyecto de Ley de Fundaciones, elaborado por la Comisión Redactora constituida al efecto en julio de 1990 en el Ministerio de Asuntos Sociales.

(14) Que se encuentran sistemáticamente situados en otro capítulo distinto, el cuarto, bajo la rúbrica “[p]atrimonio de la fundación”, como si la enajenación de esos bienes no formara parte del funcionamiento de la fundación.

ción en el capítulo dedicado al órgano de gobierno hubiera contribuido a destacar aún más su sentido y finalidad (15).

A. Delimitación subjetiva del régimen de autocontratación.

Aparentemente, pocas dudas puede suscitar la determinación de qué sujetos quedan vinculados por el régimen de autocontratación impuesto por la Ley de Fundaciones. Sin embargo, una consideración más detenida obliga a concluir que existen diversos aspectos que el laconismo de los preceptos legales y reglamentarios no resuelve adecuadamente.

De entrada, es evidente que las limitaciones impuestas a la autocontratación afectan a los patronos de la fundación. El desempeño del cargo de patrono respecto a determinada fundación supone que la contratación con la misma se halle sometida a ciertas restricciones. Obsérvese que, naturalmente, se trata de una situación relativa: no basta ser patrono, sino que se debe ser patrono de la fundación con quien se pretende contratar y justamente en ese período temporal (16). En principio, cualquier otra persona (salvo que sea apoderada), por vinculada que esté con la fundación, puede contratar con plena libertad con la misma: en esta situación se encuentra, por ejemplo, el fundador de la fundación, en tanto no sea patrono, o el secretario del patronato, siempre que, como permite el artículo 12.1.II LF, ese cargo recaiga en una persona que no sea miembro del patronato.

95

La Ley de Fundaciones sólo exige con carácter necesario la existencia del patronato en cuanto órgano de gobierno de la fundación. Sin embargo, la doctrina ha sugerido que cabe la posibilidad de

(15) Lo que resulta inadecuado es el criterio del art. 22 RF que, al compendiar las atribuciones del protectorado, sitúa la autorización “a los patronos para que puedan contratar con la fundación ya sea en nombre propio o de un tercero” entre las “funciones en relación con el patrimonio de la fundación” (apartado 5) y no entre las “funciones en relación con el patronato” (apartado 4).

(16) Nada importa que se haya sido patrono antes de la eventual autocontratación, ni tampoco que se pueda prever que esa persona llegue a ser patrono de la fundación en cuestión.

configurar una estructura orgánica más compleja mediante la creación estatutaria de órganos de colaboración con el patronato o incluso de control de su actuación (17). Este planteamiento tiene un cierto apoyo normativo en la Ley de Fundaciones que alude en el artículo 23.1 LF a los “órganos de gobierno, dirección y representación” y en el artículo 25.3 LF a los “órganos de gobierno”. El problema surge en tales hipótesis cuando se pretende aplicar a los miembros de esos órganos el estatuto jurídico del patrono y, en concreto, las limitaciones a la autocontratación. La solución depende, pues, de una toma de postura sobre un aspecto más general. Conviene retener, sin embargo, dos elementos: por una parte, hay que plantearse en qué medida la existencia de ese tipo de órganos no debe suponer una disminución de las funciones de control del protectorado, entre otras, sobre la autocontratación; y, por otra, debe destacarse la dificultad de extender el régimen restrictivo del artículo 26 LF a otros individuos que, en puridad, no pueden calificarse como patronos; cuando se ha pretendido alcanzar ese resultado, aun sin base legal, se ha resuelto explícitamente (*vid.* art. 15.5 RF).

96 La primera cuestión surge en la medida que la Ley de Fundaciones sitúa a los patronos en una posición respecto a la misma que, en rigor, no corresponde tanto a los mismos, individualmente considerados, como al patronato en cuanto órgano de gobierno. La Ley asume que se trata de un supuesto de autocontratación, pero, con carácter general, esa situación sólo puede afirmarse parcialmente. El gobierno de la fundación corresponde al patronato, y no a un patrono en particular (18). Los artículos 12.2 y 17.2 LF resultan concluyentes en este sentido, al atribuir al patronato, el primero de ellos, el cumplimiento de los fines fundacionales y

(17) *Vid.* DE PRADA GONZÁLEZ, “Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones”, *Revista Jurídica del Notariado*, 1994, n.º 11, julio-septiembre, pp. 208-209; y “Los estatutos y su modificación”, *Derecho Privado y Constitución*, 1996, n.º 8, enero-abril, pp. 104-105.

(18) Con carácter general, acerca de las funciones del patronato, *vid.*, por todos, DE LORENZO, “Comentario a los arts. 12 a 16”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre Editorial/Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 103 ss.; NIETO ALONSO, “El órgano de gobierno de las fundaciones de interés gallego. Notas en torno al patronato”, *Derecho Privado y Constitución*, 1996, n.º 8, enero-abril, pp. 145 ss; y SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Pamplona, 1977, pp. 63 ss.

la administración (en sentido amplio) de los bienes y derechos de la fundación, y el segundo, la administración (ahora en un sentido más estricto) y disposición del patrimonio fundacional, con sujeción a los estatutos y a la propia Ley. Salvo que exista una delegación de facultades del patronato en uno o más de sus miembros (art. 14.1 LF), la actividad de la fundación se desarrolla a través del patronato y no mediante patronos individualmente considerados. Téngase en cuenta, además, que no cabe delegación de facultades en los casos en que se exige autorización del protectorado y esto es cabalmente lo que sucede en caso de autocontratación.

El eventual conflicto podría plantearse si todos los patronos trataran de prevalerse de su situación, pero no parece que la situación sea comparable cuando es uno solo el que contrata con la fundación. En efecto, dada la exigencia de pluripersonalidad en el órgano de gobierno fundacional (art. 13.1.I LF), la autocontratación sólo se planteará, en sentido estricto, cuando todos los miembros del patronato contraten a la vez con la fundación. Mas es preciso reconocer que esta situación no se dará habitualmente en la práctica (19). Sin duda, es más frecuente que sea uno solo de los miembros del patronato quien pretenda entablar una relación contractual con la fundación.

97

A mi juicio, la hipótesis en que está pensando el artículo 26 LF es precisamente la contratación con uno solo de los patronos, y no con todos ellos. La dicción del artículo 26 LF no resulta concluyente, pues aunque habla de “los patronos” en plural, no exige que se refiera a todos los que integran el órgano de gobierno. En el artículo 15.2.c) RF sí se alude, con más claridad, a la contratación con “el patrono”.

(19) Evidentemente, la coincidencia que se da entre diversos sujetos a la hora de formar parte del órgano de gobierno de una fundación no tiene por qué reproducirse cuando se trata de contratar con la misma. Como es lógico, cuanto mayor sea el número de patronos (y obsérvese que la Ley de Fundaciones no establece límite máximo), más probable será que quienes pretendan contratar con la fundación no sean todos los que integran el patronato.

En estas hipótesis, cabe cuestionar si el control efectuado por el protectorado no pudiera haber sido sustituido, con mayor ventaja para la fundación, por el control efectuado por el propio patronato. El artículo 15.3.a) LF ofrece un criterio legal para una situación que guarda una cierta semejanza con la aquí descrita (20): ante la eventual responsabilidad de uno de los patronos, la acción puede ser entablada por el patronato “previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado” (21). Siquiera previsto alternativamente, como sucede en el artículo 15.3 LF este criterio hubiera dotado de mayor flexibilidad y autonomía la actuación de las fundaciones, sin perjuicio de la responsabilidad o cese de los patronos en caso de actuación negligente (22).

Por otra parte, el mencionado laconismo de la Ley de Fundaciones (y, aquí también, del Reglamento de Fundaciones) se advierte también en la concreción de las personas afectadas por el régimen restrictivo de autocontratación. Sólo se menciona a los patronos, sin efectuar precisión al-

(20) El artículo 15.3.a) LF plantea graves problemas para su aplicabilidad a los supuestos en que el legislador pretende su utilización [por ejemplo, ¿quién determina la exclusión en la votación de los patronos afectados? Obsérvese que, en cambio, el artículo 14.2.1) del Decreto 248/1992, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones de Interés Gallego, no excluye del acuerdo motivado a ningún patrono], pero el análisis de esta cuestión no es de este lugar. Séame permitida, por ello, la remisión a SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, *El Patronato*, cit., pp. 189-190.

(21) Ciertamente, la aplicación del criterio del artículo 15.3.b) LF a los supuestos de autocontratación no plantea idénticas dificultades que en el caso de ejercicio de acción de responsabilidad contra uno de los patronos. La exclusión del patrono afectado por esa acción entraña una previa decisión del órgano de gobierno que puede no coincidir con la posterior valoración judicial, ocasionando graves problemas de articulación de estos mecanismos. En cambio, cuando se trata de autocontratación, el patrono que pretende contratar con la fundación puede ser perfectamente identificado y, consiguientemente, excluido del acuerdo del patronato en orden a la celebración de ese concreto contrato.

(22) Piénsese que, en un caso de representación legal, cuando existe conflicto de intereses con uno de los padres, la patria potestad es ejercida por el otro, y sólo cuando el conflicto se plantee con los dos titulares de la patria potestad se acude al mecanismo del defensor judicial (*cfr.* art. 299.1.º C.c.).

guna acerca de la contratación con la fundación de aquellas personas que guarden una estrecha vinculación con los patronos (23).

El problema se puede plantear en relación a los parientes más cercanos del patrono (cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes). También cabe analizar qué sucede cuando quien contrata con la fundación es una persona jurídica en la que el patrono goza de capacidad decisoria o de una posición prevalente (24). En los casos en que estas hipótesis pueden reconducirse a los casos de autocontratación mediante persona intermedia o interpuesta (*cfr.* arts. 1.459 C.c., 16.2 LORCA y 6.I de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Inversiones de Institución Colectiva), existen en el ordenamiento jurídico mecanismos suficientes para sancionar esa contratación. El recurso a los negocios en fraude de ley, la analogía con el artículo 1.459 C.c., etc., ofrecen instrumentos adecuados para la represión de estas conductas. Sin embargo, me parece discutible que la limitación del artículo 26 LF pueda extenderse, a falta de previsión normativa, a otros supuestos de los expresamente recogidos. En otras palabras, las cautelas del artículo 26 LF

99

(23) En su vertiente fiscal, el propio legislador ha precisado más la cuestión, con referencias a cónyuges, parientes o personas interpuestas: *vid.* artículos 42.3.I y 43.I LF.

(24) La cuestión ha sido prevista expresa y detalladamente por el artículo 16.2 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, reguladora de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro (en adelante, LORCA). Según dicho precepto, “[l]os vocales de los consejos de administración, así como sus cónyuges, ascendientes o descendientes y las sociedades en que dichas personas participen mayoritariamente en el capital, bien de forma aislada o conjunta, o en las que desempeñen los cargos de presidente, consejero, administrador, gerente, director general o asimilado, no podrán obtener créditos, avales ni garantías de la Caja respectiva o enajenar a la misma bienes o valores de su propiedad o emitidos por tales entidades sin que exista acuerdo del consejo de administración de la Caja y autorización expresa del Banco de España o de la Comunidad Autónoma respectiva, según proceda. Esta prohibición no será aplicable a los créditos, avales o garantías para la adquisición de viviendas concedidas por la Caja con aportación por el titular de garantía real suficiente y se extenderá en todo caso no sólo a las operaciones realizadas directamente por las personas o entidades referidas, sino a aquellas otras en que pudieran aparecer una o varias personas físicas o jurídicas interpuestas. Tampoco será de aplica-

no pueden aplicarse sin más a los casos en que la fundación contrata con personas, sean físicas, sean jurídicas, vinculadas, siquiera estrechamente, a los patronos.

El artículo 39.1 DFVasc sí se refiere al supuesto en que un miembro del órgano de gobierno quiera contratar con la fundación "a través de cualquier persona física o jurídica interpuesta" y somete esa hipótesis al mismo régimen previsto para los casos de contratación en nombre propio de ese miembro.

La posición del protectorado merece una referencia especial. La Ley de Fundaciones confía al mismo la autorización para la contratación de los patronos con la fundación entendiéndolo que el patronato supone el único órgano de esa entidad. Cabe plantear, en consecuencia, cuál es la posición del protectorado de la administración en relación a la fundación: *en mi opinión, no se integra en la estructura orgánica de la misma, sino que su posición obedece a un mantenimiento del control administrativo sobre estas entidades* (25). En consecuencia, nada impide que la fundación contrate con la administración que ejerce el protectorado sobre la misma. No debemos hablar aquí de autocontratación, aunque es evidente que las cautelas administrativas que establece la Ley de Fundaciones (por ejemplo, art. 19 LF) ofrecerán una menor intensidad cuando la relación contractual se pretenda establecer precisamente con quien ejerza el protectorado.

B. Delimitación objetiva del régimen de autocontratación.

Objetivamente, la autocontratación de los patronos aparece perfilada en el artículo 26 LF (y también en el art. 15.1 RF) por dos elementos: por una parte, debe pretenderse la conclusión de un contrato entre la fundación y un patrono; y, por otra, el patrono puede actuar en nombre propio o de un tercero.

La aplicación de los parámetros de los artículos 26 LF y 15 RF requiere, en primer lugar, que se quiera establecer

ción respecto a los representantes del personal, para los cuales la concesión de créditos se regirá por los convenios laborales, previo informe de la comisión de control".

(25) La STC 49/1988, de 22 de marzo (B.J.C., 1988, n.º 84, abril) admite que las leyes prevean "un tipo de acción administrativa, el protectorado, para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman".

una relación contractual entre fundación y patrono. De entrada, ello supone una primera duda: ¿en qué sentido se utiliza la referencia al contrato en esos preceptos? ¿En un sentido estricto o en un sentido amplio? La respuesta a esta pregunta condiciona el ámbito de aplicación de esta normativa. Obsérvese que el legislador es reiterativo en el empleo de expresiones “contractuales”, tanto en la rúbrica como en el texto de los diversos preceptos que dedica a la cuestión. En particular, al determinar los motivos por los que el protectorado puede denegar la autorización, el artículo 15.4 RF revela que se está pensando fundamentalmente en relaciones de contenido económico. Pero no podemos olvidar que en este ámbito la referencia a la autocontratación, aunque aplicada preferentemente a los contratos, puede considerarse equivalente a la de negocio (bilateral) celebrado consigo mismo (26). Además, el Reglamento de Fundaciones alude también a negocio jurídico que, como es notorio, es categoría más amplia que la de contrato (27).

Lo que resulta francamente criticable es aludir, como hace el artículo 15.2.a) RF, al “negocio jurídico de autocontratación”. No existe un negocio (o contrato) de autocontratación sin más, sino que se trata de una cuestión que no incide en la estructura o el tipo del contrato. La autocontratación puede concretamente plantearse en relación a cualquier contrato en función de las partes que intervienen o de los patrimonios que resultan afectados por esa relación (28).

(26) Vid. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato*, cit., pp. 11 ss., esp. pp. 14 ss.

(27) Quizá vaya siendo hora que nos replanteemos uno de los tópicos más ampliamente asentados en la doctrina civilista como es el carácter exquisitamente dogmático de la categoría del negocio jurídico. Sin manifestar una opinión a favor o en contra del fenómeno, parece evidente que, por diversos motivos, la noción de negocio jurídico se introduce en el lenguaje normativo con lo que puede volver a suscitarse el problema de su transcendencia y alcance.

(28) Es cierto, no obstante, como afirma DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS (*El autocontrato*, cit., p. 15), que la relevancia del autocontrato (y del conflicto de intereses) se plantea de diverso modo en función del carácter oneroso o gratuito del contrato.

La referencia a la posibilidad de que el patrono actúe en nombre propio o de un tercero, si bien puede considerarse innecesaria, permite resolver de manera inequívoca la cuestión de la relevancia de la doble representación. Ese tercero en cuyo nombre actúa el patrono puede ser cualquier persona, física o jurídica, fundacional o no.

La cuestión puede ser especialmente llamativa cuando el patrono ostenta un cargo representativo en relación a otra persona con intereses claramente opuestos a los de la fundación. Nótese que la existencia de un eventual conflicto de intereses (del patrono o de quien es representado por éste) con la fundación no es causa explícita de cese del patrono, pero es evidente que, cuando esta situación sea permanente y no se actúe de modo favorable a la fundación (29), se incurrirá en la carencia de diligencia exigible a todo patrono [cfr. arts. 15.1 y 16.2.d) LF]. Acaso sea conveniente, al amparo de la libertad estatutaria que permite el artículo 16.2.h) LF, introducir esa circunstancia como causa explícita de cese en el cargo (30).

102 El artículo 14 LVascF también se refiere a la contratación de los miembros del órgano de gobierno con la fundación, sea en nombre propio, sea en nombre de tercero. Pero el artículo 39 DFVasc omite el problema de la doble representación y analiza los casos de contratación "en nombre propio o a través de cualquier persona física o jurídica interpuesta", que, evidentemente, no equivale a lo previsto en la norma legal.

A pesar de la transcendencia de las anteriores cuestiones, considero que la principal dificultad en cuanto a la delimitación del ámbito objetivo sometido al régimen de los artículos 26 LF y 15 RF estriba en su coordinación con el resto de preceptos que se ocupan de la contratación de la fundación.

(29) Si se conduce de modo favorable a la fundación, la anomalía surgirá en las relaciones del patrono con la otra persona en cuyo nombre actúe.

(30) Más radical es la solución en el ámbito de las sociedades anónimas: el artículo 132.2 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establece que "[l]os administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general".

En efecto, aunque estén situadas en un capítulo dedicado al “[p]atrimonio de la fundación”, las reglas que someten a diversas cautelas los actos de la fundación en orden a su patrimonio no excluyen la posibilidad de que a través de los mismos se verifique un autocontrato. Ciertamente, en la medida que los enfoques son absolutamente distintos nada impide que concurren las reglas sobre autocontratación (cuando quiera contratar con la fundación un patrono, en nombre propio o de un tercero) y sobre enajenación y gravamen de los bienes fundacionales (cuando el contrato se refiera a uno de esos bienes).

Con ello, nos encontramos ante un solapamiento de planos normativos: entre ambos criterios existe una zona común que cae tanto bajo la esfera de uno como de otro parámetro. Más gráficamente, puede indicarse que nos encontramos ante círculos (normativos) secantes. Dada esta eventual coincidencia en orden a los presupuestos de aplicación de cada regla, hay que preguntarse cómo debe procederse en aquellos casos en que un mismo supuesto cae bajo esa doble regulación. Ante todo, debe observarse que este concurso normativo no parece haber sido advertido por el legislador pues no ofrece mecanismo alguno para evitar esa coincidencia.

El problema resulta aún más complejo en la medida que los efectos de esa duplicidad normativa pueden también coincidir. Como hemos venido reiterando, dado el inequívoco sentido del artículo 26 LF, la consecuencia legal inmediata de la verificación de un supuesto de autocontratación radica en la necesidad de la previa autorización del protectorado. Cuando se trata de enajenación o gravamen de los bienes fundacionales, una (no la única) consecuencia puede ser también la exigencia de previa autorización del protectorado. En concreto, se requiere esa previa autorización para comprometer en árbitros de equidad, celebrar transacciones, enajenar o gravar en relación a ciertos bienes o derechos (art. 19.1 y 3 LF). La delimitación de esos bienes se efec-

túa alternativamente: a) que formen parte de la dotación; b) que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (31); o c) que representen un valor superior al veinte por cien del activo de la fundación que resulte del último balance anual. El propio artículo 19.1 LF exceptúa la necesidad de autorización en los casos de “disposición de donaciones o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma”.

La autorización previa se configura en la Ley de Fundaciones como el máximo elemento de control durante el funcionamiento ordinario de la fundación, y por ello se quiere justificar ante la especial relevancia de los bienes o derechos enajenados o gravados. Pero la intervención administrativa, siquiera sea *a posteriori*, no cesa en otros supuestos de enajenación o gravamen. Así, para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los mismos, y objetos de extraordinario va-

(31) La concreción de este elemento se ha producido reglamentariamente. El artículo 4.1.II RF, aplicable a la enajenación de bienes inmuebles y por remisión al gravamen de los mismos (art. 5.1 RF), a la enajenación y gravamen de bienes muebles (art. 7.1 RF) y a la enajenación y gravamen de valores (art. 8.1 RF), determina que existe esa vinculación directa “cuando dicha vinculación es contenida en una declaración de voluntad expresa, sea del fundador, del patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realiza una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados”. El artículo 4.1.III RF admite que esa vinculación también “podrá realizarse por resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial”.

A nadie se le puede escapar la importancia de esa vinculación en cuanto supone un régimen mucho más riguroso para la disposición de los bienes, con un mayor control del protectorado. Por ello, no deja de ser significativo que pueda ser el propio protectorado (llamado a verificar ese control) el que pueda efectuar, aunque sea motivadamente, esa declaración.

Sistemáticamente el precepto plantea diversos problemas. Por ejemplo, ¿qué sucede en caso de enajenación y gravamen de establecimiento mercantiles o industriales? El artículo 6 RF impone una aplicación de las previsiones de los artículos 4 y 5 RF. ¿Se aplica el artículo 4.1.III a la enajenación y gravamen de bienes muebles? Para rechazar esta aplicación hay un apoyo tanto en la estructura del artículo 4.1 RF como en la letra del artículo 7.1.II RF que sólo se refiere al artículo 4.1.II RF, y no al artículo 4.1.III RF.

lor, que no puedan incluirse en lo previsto en el artículo 19.1 LF, debe darse cuenta inmediatamente al protectorado (art. 19.2 LF). La misma exigencia se prevé para comprometer en árbitros de equidad o para celebrar transacciones respecto a esos bienes (art. 19.3 LF). También respecto a estos contratos es perfectamente posible pensar en supuestos de autocontratación, si bien los efectos difieren entonces en su intensidad (comunicación inmediata y autorización previa).

Finalmente, todas las anteriores operaciones y toda alteración superior al diez por ciento del activo de la fundación debe hacerse constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico (art. 19.4 LF).

Para que respecto a estos supuestos sea posible el solapamiento normativo es preciso que se refieran a contratos con los patronos. Si el contrato se pretende realizar con cualquier otra persona, su marco normativo es exclusivamente el artículo 19 LF, y no el artículo 26 LF. Debemos centrarnos, pues, en aquellos supuestos en que el interesado en la enajenación o en el gravamen del bien o del derecho fundacional (o en el compromiso o la transacción correspondiente) sea un patrono, en nombre propio o de un tercero.

Se reproducen aquí similares problemas a los apreciados en relación al artículo 26 LF a la hora de delimitar el ámbito de aplicación del artículo 19 LF (32). La cuestión estriba también en determinar qué debe entenderse por enajenación y gravamen y a qué bienes y derechos se refiere.

(32) Sobre dicho precepto, *vid.* COBO GÁLVEZ, "Comentario a los arts. 17 a 20", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre, Editorial/Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 162-169; y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, "El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen. Comentario al artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994", *Revista General de Derecho*, 1996, n.º 619, abril, pp. 3309-3327. Obviamente, la cuestión de los actos de disposición del patrimonio fundacional es objeto de un extenso tratamiento en los derechos autonómicos, tanto en el plano legal como en el reglamentario, pero el estudio de esa materia no puede realizarse aquí con la profundidad que requiere.

Habida cuenta de la amplitud que muestra la Ley de Fundaciones, superando anteriores restricciones, en cuanto a los bienes y derechos que pueden ser de titularidad fundacional (*cfr.* art. 17.1 LF), hay que concluir que pueden estar sometidos a las cautelas del artículo 19 LF “toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica” que constituyan el patrimonio de la fundación. Más concretamente, *me parece que ello implica que también el dinero de que sea titular la fundación puede quedar sujeto a esos mecanismos de control.* La cuestión no admite dudas en cuanto que el artículo 10.3 LF diferencia, respecto a la composición de la dotación, entre las aportaciones dinerarias (cuya cuantía se fija en pesetas) y las no dinerarias (que también se cuantifican en pesetas y que deben especificar los criterios de valoración utilizados).

Con ello se advierte la importancia de precisar en qué consiste la enajenación o gravamen de esos bienes. Aunque en una primera aproximación pueda pensarse que el legislador se está refiriendo a la disposición de bienes distintos al dinero (33), no hay razón suficiente *de lege data* para proceder a una restricción de ese alcance. Esas cantidades dinerarias pueden formar parte de la dotación, estar directamente vinculadas al cumplimiento de los fines fundacionales o *representar un valor superior al veinte por cien del activo fundacional conforme al último balance anual* (34). No tiene

(33) El planteamiento criticado en el texto parece ser la postura del Reglamento de Fundaciones y de OLMOS VICENTE, “Novedades en materia de protectores, patronatos, patrimonio y registro”, en AA.VV., *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, coord. Ignacio Olmos Vicente, Fundación Futuro, Madrid, 1995, p. 80.

(34) Puede ser cuestión controvertida si una suma dineraria es, o no, uno de los “objetos de extraordinario valor” que menciona el artículo 19.2 LF, sometiendo su enajenación y gravamen a un requisito de comunicación inmediata al protectorado. La duda no difiere de la que se suscita en relación a la actuación de los menores emancipados (*cfr.* art. 323.I C.c.). Prescindiendo de si ese “extraordinario valor” tiene carácter absoluto o relativo atendiendo al concreto patrimonio fundacional, hay que destacar que el límite cuantitativo del artículo 19.1 LF (veinte por ciento del activo de la fundación que resulte del último balance anual) reduce considerable-

buen sentido que una fundación pueda quedar absolutamente descapitalizada a través de la decisión de su patronato en aquellos casos en que las aportaciones fundacionales, iniciales o posteriores, han consistido en sumas pecuniarias. ¿Es lógico que para enajenar una finca rústica carente de valor se requiera, cuando menos, dar cuenta inmediata al protectorado y la disposición de cuantiosas sumas de dinero no quede sometida a ningún control? Claro está que ello no nos debe hacer incurrir en el defecto contrario que supondría que cualquier disposición dineraria de la fundación debiera estar sometida a cierto control administrativo. Las pautas que en este punto brinda la Ley de Fundaciones y que antes hemos mencionado son suficientes siempre que de las mismas no se excluya al dinero. En conclusión, creo que también ciertas (pero no todas) disposiciones de dinero por parte de la fundación deben incluirse en los supuestos englobados por el artículo 19 LF. Aunque el artículo 19.1 LF hable de “enajenación y gravamen” (por influencia del artículo 19.3 LF), en realidad hay que someter a autorización cualquier “disposición” (cfr. art. 17.2 LF) de bienes y derechos fundacionales, incluido el dinero, que cumpla las exigencias del artículo 19.1 LF (35). Cuestión distinta es hasta qué punto, dadas las características del dinero, pueda identificarse una cierta suma de dinero a los efectos de reunir los

107

mente la transcendencia de la discusión, aunque sea sometiéndolo a un requisito más riguroso como es la previa autorización del protectorado. La duda acerca del régimen aplicable (comunicación posterior inmediata u otro) sólo se plantea para cantidades inferiores a ese veinte por ciento. Téngase en cuenta que el artículo 7.2.II RF considera “objetos de extraordinario valor aquellos bienes muebles que hayan sido declarados bien de interés cultural o estén incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles o que posean relevancia para el Patrimonio Histórico Español conforme al artículo 1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, así como aquellos otros en los que concurran características únicas o excepcionales en cuanto a su autoría, procedencia, diseño, forma o composición material”. Esta aclaración reglamentaria da a entender que, en principio, dentro de esos bienes de extraordinario valor no se incluyen las sumas de dinero.

(35) Obsérvese que en ese mismo apartado, en su inciso final, se habla correctamente de “disposición de donaciones [*rectius*, bienes donados] o subvenciones”.

requisitos que prevé el artículo 19 LF. De todo ello se deriva también la importancia de determinar la concurrencia de lo dispuesto en el artículo 19.1 LF y la mayor autonomía de que goza la fundación cuando esos criterios no se constatan.

Es evidente que con este planteamiento la importancia de prever un régimen específico para la autocontratación decrece considerablemente. El control que se impone en función de las características del acto reduce los peligros derivados de la autocontratación y cuestiona la necesidad de una norma particular para esa situación.

Más difícil resulta incluir en el ámbito del artículo 19 LF la prestación de servicios por parte de la fundación. En principio, no parece que el objetivo de ese precepto haya sido precisamente ocuparse de esa cuestión. La realización de servicios por la fundación se acerca, por lo general, al cumplimiento de los fines fundacionales a través de esa concreta actividad, con lo que no se reputan justificadas las medidas de control administrativo previstas en ese artículo 19 LF.

El silencio de la Ley de Fundaciones en el artículo 26 contrasta con los indicios que se detectan en el artículo 15 RF acerca de los caracteres del objeto que deben subsumirse en su ámbito de aplicación. El apartado 2.c) habla tanto de “los recursos económicos destinados al negocio jurídico” como del “valor actual del bien o servicio que se desea contratar con el patrono”. Con ello está dando a entender que (al menos, algunas de) las hipótesis típicas de autocontratación son aquellas en las que el patrono suministra un bien o un servicio a la fundación. Si además se parte de una interpretación restrictiva del artículo 19 LF que excluya la disposición de dinero de la fundación, el cuadro quedaría perfectamente dibujado: el artículo 19 LF se aplicaría a los casos de (básicamente) enajenación o gravamen de bienes o derechos no consistentes en dinero, y el artículo 26 LF a la disposición de dinero en favor de patronos a cambio de un bien o servicio por su parte. Pero ya hemos destacado

los inconvenientes de esta lectura, propia de una cierta desconsideración acerca del carácter del dinero como bien y de una sobrevaloración de cualquier otro bien o servicio, así como de una interpretación de la disposición de los bienes y derechos condicionada por la enajenación y el gravamen.

Más general, y por ello, más adecuado, es el artículo 15.4 RF al referirse simplemente a “valor de la contraprestación” y “valor de la prestación” a cargo de la fundación por cuanto no prejuzga la entidad de esas prestaciones y permite una remisión al artículo 1.088 C.c.

No podemos dejar de criticar el planteamiento del artículo 19 LF y, aun en mayor medida, de su desarrollo reglamentario (arts. 4-10 RF). Esas normas utilizan diferentes criterios en la delimitación de su ámbito de aplicación. El primer elemento (y, acertadamente, el más decisivo) destaca la importancia del bien o derecho en orden a la actuación de la fundación (*cf.* art. 19.1 LF), basándose en criterios que prescinden de la concreta entidad del bien y se centran en su cuantía (valor superior al veinte por ciento del activo de la fundación), su finalidad (directamente vinculados al cumplimiento de las finalidades fundacionales) o su origen (componentes de la dotación fundacional). Aceptada esta delimitación, la referencia contenida en el artículo 19.2 LF a bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor, no se inserta en la misma lógica. Se reproduce, con ciertas variaciones y mejoras, la delimitación del artículo 323.I C.c., que en ese otro contexto es la única precisión acerca del ámbito objetivo de actuación de los menores emancipados. Pero se trata, como es obvio, de un planteamiento absolutamente anacrónico que confiere una desmesurada importancia a los bienes inmuebles. A pesar de que el régimen de control del protectorado es de menor intensidad (sólo comunicación inmediata y *a posteriori*), hubiera sido más adecuado mantener la línea iniciada por el artículo 19.1 LF y acudir a criterios similares (36).

Los problemas de este recurso a categorías anacrónicas se verifica al describir el acto o el mecanismo por el que incide en esos

(36) En cambio, COBO GÁLVEZ (“Comentario”, *loc. cit.*, pp. 166-167) se inclina por la postura contraria: prefiere el planteamiento del artículo 19.2 LF al del artículo 19.1 LF.

bienes. Aquí no hay diferencias entre los párrafos 1 y 2 del artículo 19 LF: en ambos casos se habla de enajenación y gravamen, expresión empleada también en el artículo 323.I C.c. y que, aunque se adapta bastante bien al artículo 19.2 LF, dada la materialidad de los bienes fundacionales allí descritos, presenta graves dificultades en su aplicación al artículo 19.1 LF, porque en este precepto los bienes fundacionales pueden presentar una mayor variedad que obstaculice la aplicación de esas categorías tradicionales, al menos en su sentido más estricto. Lo que no me parece adecuado es que en este contexto se quiera reducir el ámbito de los bienes y derechos fundacionales sujetos al régimen del artículo 19.1 LF apelando a los *concretos mecanismos de disposición que contiene ese precepto*.

Estas objeciones se acrecientan porque el desarrollo reglamentario ha procedido con cierta promiscuidad y se ha centrado especialmente en los criterios del artículo 19.2 LF, con ligeras referencias a los caracteres contenidos en el artículo 19.1 LF. En efecto, en el plano reglamentario lo decisivo no es la inclusión de un determinado bien o derecho en la enumeración del artículo 19.1 LF, sino en las *categorías previstas en el artículo 19.2 LF*. Este planteamiento, que pudiera tener su sentido dada la diferente transcendencia de cada uno de los bienes mencionados en el artículo 19.2 LF, presenta un defecto fundamental, cual es el de presuponer que todos los bienes y derechos, que en el artículo 19.1 LF se hallan descritos no en su materialidad, sino por otras circunstancias, se encuentran aludidos explícitamente en el artículo 19.2 LF. En otras palabras, que los bienes y derechos incluidos en el artículo 19.1 LF pueden identificarse con la serie acogida en el artículo 19.2 LF, esto es, que todos son bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los mismos y objetos de extraordinario valor caracterizados por formar parte de la dotación fundacional, por estar directamente vinculados al cumplimiento de las finalidades fundacionales o por entrañar un valor superior al veinte por ciento del activo de la fundación.

Sin embargo, con ese planteamiento se convierte en inútil un precepto más general como es el artículo 17.1 LF, que no pone cortapisas a las características de los bienes y derechos de la fundación, siempre que sean susceptibles de valoración económica; y, en última instancia, se reproducen las dificultades de caracterización del dinero de que sea titular la fundación. Como venimos observando, de qué sirven las cautelas en orden a la enajenación de los bienes expresamente mencionados en el artículo 19.2 LF, si una suma de dinero que reúna los requisitos del artículo 19.1 LF puede ser libremente dispuesta por el patronato, sin control alguno: ¿dónde hay mayor peligro para la conservación del patrimonio fundacional? No

puede replicarse que en esas hipótesis lo que deberá suceder es que los patronos que actúen lesionando esa integridad patrimonial se verán separados de su cargo y sometidos a la acción de responsabilidad (*cfr.* arts. 15 y 16 LF). Esa misma consecuencia se puede perfectamente establecer en caso de, por ejemplo, enajenación de un bien inmueble y el legislador introduce cautelas adicionales.

A mi juicio, en la interpretación del artículo 19.1 LF se debe poner el acento en las características funcionales y causales de los bienes y derechos de la fundación. Esto significa que debe atenderse a que formen parte de la dotación fundacional, o que estén directamente vinculados al cumplimiento de las finalidades fundacionales o que supongan un valor superior al veinte por ciento del activo de la fundación. En cuanto a la identificación de esos bienes, no parece adecuado acudir, tal y como ha sucedido en el Reglamento de Fundaciones, a una enumeración como la del artículo 19.2 LF que no tiene vocación de exhaustividad: para determinar qué bienes pueden reunir las características del artículo 19.1 LF no se debe acudir al artículo 19.2 LF, sino al artículo 17.1 LF, que permite que se trate de “toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica”.

Buena parte de los problemas que aquí se plantean en cuanto a la interpretación del artículo 19 LF están motivados por la proyección de un concepto, como es la enajenación y gravamen, que si bien resulta adecuado a los bienes enumerados en el artículo 19.2 LF, no debía haber sido utilizado en relación a una categoría de bienes y derechos mucho más amplia, como es la que, por aplicación del artículo 17.1 LF, utiliza el artículo 19.1 LF (37). En consecuencia, la enajenación y el gravamen de que habla también el artículo 19.1 LF deben ser entendidos en sentido amplio, acomodando su significado a la heterogeneidad de bienes y derechos, que siendo titularidad de la fundación, puedan reunir los requisitos previstos en ese apartado. Este planteamiento concuerda perfectamente con la referencia a la “disposición” del patrimonio fundacional que el artículo 17.2 LF asigna al patronato (*cfr.* también art.) 19.1 *i.f.*).

Insisto en que este planteamiento no pretende un mayor sometimiento de la actividad fundacional a los controles administrativos. Antes al contrario, entiendo que legalmente la fundación se encuentra sujeta todavía a excesivas cautelas y desconfianzas, que se han visto acrecentadas por la postura del Reglamento de Fundaciones. Se trata, más simplemente, de evitar que se produzcan situaciones incongruentes ante la particular función que puede revestir el dine-

(37) Ese concepto se ha utilizado incluso en la rúbrica del artículo 19 LF y de los artículos 4-10 RF.

ro. El planteamiento tradicional basado en la dicotomía bienes muebles-bienes inmuebles hace tiempo que ha perdido vigencia y si se quiere garantizar adecuadamente la consistencia del patrimonio fundacional es preciso atender a las funciones que, citadas en el artículo 19.1 LF, cumple cualquier clase de bien o de derecho.

Hay otro factor que quizá pueda explicar la actitud del legislador acerca del dinero de que es titular la fundación. La Ley de Fundaciones ha superado anteriores actitudes restrictivas en orden a esa titularidad: no impone su conversión en deuda pública o criterio equivalente que suponga la imposibilidad de negociar sobre el mismo. Pero esta libertad, que, en mayor o menor medida, había ido lográndose en ciertas clases de fundaciones, se plantea aparentemente sin límites. De un régimen de intervención absoluta se pasa a otro en donde no se mencionan reglas especiales. Ante ello cabe mantener la absoluta liberalización de la posición de la fundación respecto a esos bienes, o una aplicación de los criterios funcionales y causales del artículo 19.1 LF, para evitar la descapitalización de la fundación.

112 Vistas las posibilidades de coincidencia de un mismo contrato bajo el régimen de los artículos 19 y 26 LF desde la perspectiva de sus presupuestos de aplicación, es preciso analizar la cuestión en función de sus efectos. En consecuencia, hay que determinar qué sucede cuando, sea por el artículo 19 LF, sea por el artículo 26 LF, se requiere autorización previa del protectorado; y qué ocurre cuando el artículo 19 LF impone comunicación inmediata al protectorado y el artículo 26 LF mantiene la autorización previa.

Cuando se requiere por esa doble vía (arts. 19 y 26 LF) la autorización previa del protectorado, debemos observar que *prima facie* las razones que impulsan al órgano administrativo a concederla no tienen en principio que coincidir. Es posible que un mismo acto sea intachable a los efectos de la enajenación de un bien fundacional y, en cambio, no lo sea en orden al régimen de la autocontratación. Mas si se tiene en cuenta el desarrollo reglamentario de ambos preceptos nos encontraremos con que esa primera impresión comienza a disiparse y debe tenerse en cuenta que es precisamente en el ámbito reglamentario donde esas reglas muestran su auténtica transcendencia.

El protectorado denegará la autorización previa para la autocontratación, según el artículo 15.4 RF, cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono (*cfr.* art. 13.4 LF) y cuando la contraprestación que deba recibir la fundación sea inferior a la que vaya a efectuar (38). En el caso de enajenación o gravamen de bienes fundacionales, la *autorización previa* se plantea cuando se reúnen los ya mencionados requisitos del artículo 19.1 LF. Con carácter general, respecto a estos supuestos (no para los previstos en el art. 19.2 LF), el artículo 19.1 faculta al protectorado para que exija “que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes” en la enajenación o el gravamen.

a) Enajenación de bienes inmuebles (art. 4 RF). El artículo 4.2 RF, en sus apartados b) y c), exige, por un lado, “[m]emoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto de la enajenación y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta la enajenación e indicación del destino del importe”, y, por otro, “[u]na valoración de los bienes o derechos con arreglo a criterios de mercado”. Con la referencia a ese “destino del importe” se evidencia que se está pensando fundamentalmente en aquellos casos en que la fundación se desprende de ciertos bienes inmuebles para obtener a cambio una cantidad de dinero (básicamente, pues, venta de inmuebles fundacionales) y no otro bien.

Tras establecer estas exigencias, el Reglamento no precisa las causas por las que el protectorado puede autorizar o denegar la autorización previa. Se limita a indicar que el protectorado puede solicitar una valoración pericial (art. 4.3 RF). Con ello nos encontramos huérfanos de criterios acerca de la fundamentación de la decisión del protectorado (39): ¿es posible que se niegue la autorización cuando la fundación pueda obtener por el bien inmueble un precio superior a su valoración en el mercado, y a la inversa, que

(38) No deja de ser llamativo el riguroso tratamiento económico de los patronos: la fundación sólo puede contratar con los mismos cuando aquélla obtenga un beneficio (o, al menos, no experimente pérdidas). En otras palabras, los patronos no sólo no cobran por el ejercicio del cargo, sino que si contratan con la fundación no pueden obtener beneficio alguno.

(39) Ni siquiera al determinar las atribuciones del protectorado respecto al patrimonio de la fundación en el artículo 22.5 RF se añade precisión alguna a la cuestión.

se conceda la autorización a pesar de que el importe establecido sea inferior al del mercado? En este punto parece que habrán de tenerse en cuenta, con carácter primordial, las “razones en que se fundamenta la enajenación” alegadas por la propia fundación.

b) Gravamen de bienes inmuebles (art. 5 RF). Aunque el artículo 5.3 RF se remite en cuanto a procedimiento y documentación necesarios para el establecimiento del gravamen a lo previsto en el artículo 4 RF (relativo, como hemos analizado, a la enajenación de bienes inmuebles), el artículo 5.2 RF requiere que se expresen otras circunstancias:

— respecto a los préstamos hipotecarios (40), hay que determinar expresamente su cuantía y el destino del principal, la valoración del bien (gravado) conforme a los criterios empleados por las entidades de crédito, los intereses pactados y el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada.

— respecto a usufructos, derechos de superficie u otra clase de gravámenes, hay que expresar el valor de los derechos reales que se pretende constituir, conforme a las reglas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, la duración y los elementos y condiciones esenciales del gravamen.

En ciertos aspectos, estas previsiones son reiterativas en relación a las contenidas en el artículo 4.2 RF y presentan el mismo defecto que esa norma: no determinan las causas por las que el protectorado puede negar o aceptar el gravamen de los bienes fundacionales.

c) Enajenación y gravamen de establecimientos mercantiles o industriales (art. 6 RF). En la medida que el artículo 6 RF se remite para la enajenación y el gravamen de establecimientos mercantiles o industriales (41) simplemente a lo previsto en los artículos 4 y 5 RF (42), son extrapolables a este contexto las objeciones que allí se efectuaban respecto a la oscuridad que preside las decisiones del protectorado.

(40) Evidentemente, el gravamen es la hipoteca. La referencia al préstamo, si bien es comprensible desde una perspectiva vulgar, no parece excesivamente técnica. El artículo 5.2.a) RF sugiere que el importe del préstamo es el precio del gravamen.

(41) Dada la sistemática del Reglamento de Fundaciones, este artículo 6 RF parece referible a los casos en que la fundación es titular directa de un establecimiento mercantil o industrial. Con ello, nos encontramos ante las más claras manifestaciones del complejo fenómeno de la fundación-empresa. Cuando la titularidad de la fundación sobre cierto establecimiento se articule mediante participación en una sociedad, el régimen aplicable es el de los artículos 8 y 9 RF.

(42) Obsérvese que se produce una asimilación entre el tratamiento normativo de los bienes inmuebles y el de los establecimientos mercantiles o industriales. No se introduce matización alguna atendiendo a las características del establecimiento mercantil o industrial.

d) Enajenación y gravamen de bienes muebles (art. 7 RF). A pesar de la generalidad con que se aborda esta categoría, debe subrayarse su carácter residual pues sólo atiende a los bienes muebles que no sean valores o participaciones en sociedades (*cfr.* arts. 8 y 9 RF).

La enajenación y gravamen de estos bienes muebles de la fundación se produce básicamente mediante una remisión a las pautas sentadas en relación a la enajenación y gravamen de los bienes inmuebles: de los cinco párrafos del artículo 7.1 RF, cuatro se remiten a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 RF. Sin embargo, a mi juicio, en este punto lo más significativo estriba en el único apartado del artículo 4 RF para el cual se rechaza esta aplicación. En efecto, por obra de esas remisiones, se aplican a la enajenación y gravamen de bienes muebles los apartados 2.a) y b), 3, 4 y 5 del artículo 4 RF y el artículo 5.2 RF. En lo que ahora interesa, ello significa que se exige la “[m]emoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto de la enajenación y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta la enajenación e indicación del destino del importe”, pero no se requiere la “valoración de los bienes o derechos con arreglo a criterios de mercado”. La no exigencia de esta valoración, aunque puede ser suplida por la valoración pericial a solicitud del protectorado *ex* artículo 4.3 RF, dificulta aún más el conocimiento de los criterios con arreglo a los que la autoridad administrativa va a fundamentar su decisión. Acaso se busque con ello acentuar la flexibilidad de la enajenación y el gravamen de los bienes muebles, pero, además de responder a una concepción económicamente superada de esos bienes, presenta el grave riesgo de crear más problemas de los que resuelve.

e) Enajenación y gravamen de valores (43) (art. 8 RF). En primer lugar, se observa una diferencia en relación a la enajenación y gravamen de otros bienes muebles: el protectorado “podrá exigir que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes” (art. 8.1.I RF). Esta facultad del protectorado no se prevé, en cambio, en el más general artículo 7 RF (44).

(43) Para la determinación del porcentaje del veinte por ciento previsto en el artículo 19.1 LF, el artículo 8.1.II RF prevé acertadamente la acumulación de “las enajenaciones de valores efectuadas desde la aprobación del último balance anual hasta la aprobación del siguiente” (*cfr.* art. 9.2.II RF). La única observación que debe efectuarse es que la regla no se debe limitar a las enajenaciones, sino que también debe aplicarse a los gravámenes.

(44) No creo que pueda entenderse equivalente a la remisión al artículo 4.2.b) RF, que sí se prevé en el artículo 7.1.IV RF, porque esa misma remisión ya se incluye en el artículo 8.1.IV RF.

Además, en caso de valores de cotización bursátil, se debe adjuntar valoración de los mismos de acuerdo con la cotización media del último trimestre. Si no cotizan en bolsa, hay que acreditar su valor por certificación de perito. Si son valores negociables, su valor será el teórico al tiempo del último balance aprobado (art. 8.3 RF).

De gran interés resulta la previsión del artículo 8.4 RF, similar a la del artículo 4.7 RF. En caso de valores de cotización bursátil, se puede solicitar al protectorado una autorización para enajenar los mismos (o los que los sustituyan) en cualquier momento durante el ejercicio a cuyo comienzo se efectúa la solicitud. Para conceder esta autorización, el protectorado debe analizar "si las circunstancias del caso lo hicieran aconsejable" y que la enajenación se efectúe "por un precio superior al de adquisición (45), salvo que circunstancias de mercado aconsejen lo contrario", extremo éste que debe mencionarse en la solicitud de autorización y en el escrito de concesión. En caso de concesión de esta autorización, el patronato debe comunicar trimestralmente al protectorado las enajenaciones y los gravámenes efectuados y éste puede revocar la autorización "si considera perjudiciales aquéllos para los intereses de la fundación, sin perjuicio de la eficacia de las operaciones ya efectuadas".

Desde la perspectiva que ahora interesa, la importancia del artículo 8.4 RF no sólo estriba en la flexibilidad que aporta al régimen de control del protectorado, sino en su consideración del beneficio experimentado por la fundación a través de la operación. En efecto, la regla básica se limita a la concesión de esta particular autorización en aquellos casos en que la fundación obtenga un beneficio a través de la diferencia entre el precio pactado y el de adquisición.

f) Enajenación y gravamen de participaciones en sociedades mercantiles (art. 9 RF). Tratando de seguir el esquema de la Ley de Fundaciones, el Reglamento establece un régimen diferente en función de si la participación se refiere a sociedades mercantiles personalistas o no personalistas, y, en aquel caso, si la participación es mayoritaria o no. Pero no en todos los supuestos se exige autorización previa del protectorado.

La autorización previa del protectorado se requiere, como en los casos anteriores, para la enajenación (46) o el gravamen de partici-

(45) Obsérvese que basta que este precio de enajenación sea superior al de adquisición, aunque puede ser inferior al de mercado.

(46) Extrañamente, en el artículo 9 RF no se ha previsto la aplicación de la regla contenida en el artículo 8.1.II RF para la determinación de una enajenación o gravamen superior al veinte por ciento del activo patrimonial de la fundación, aunque existe una solución similar para el caso de adquisición de participaciones minoritarias (*cfr.* art. 9.2.II RF).

paciones mayoritarias (47) en sociedades mercantiles no personalistas cuando se verifiquen los criterios del artículo 19.1 LF (48). Se debe proceder conforme a lo dispuesto en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 4 RF y, así mismo, se exige la documentación prevista en el artículo 4.2.a) y b) RF, esto es, en lo que ahora importa supone que no se requiere la “valoración de los bienes o derechos con arreglo a criterios de mercado” del artículo 4.2.c) RF.

La exigencia de *puesta en conocimiento* del protectorado se plantea con carácter residual, a pesar del tenor del artículo 19.3 LF. En efecto, ese requisito no se establece respecto a toda operación relativa a cualquier bien o derecho de la fundación que no reúna los requisitos del artículo 19.1 LF (formar parte de la dotación, estar directamente vinculadas al cumplimiento de los fines fundacionales o representar un valor superior al veinte por cien del activo fundacional conforme al último balance anual). Ha de tratarse, además, de un bien inmueble, establecimiento mercantil o industrial, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores u objetos de extraordinario valor. Dada la estructura de la norma, cualquier enajenación de un bien inmueble o de un establecimiento mercantil o industrial debe ser puesta en conocimiento del protectorado. Pero sólo cuando los valores mobiliarios supongan una participación significativa o sea un objeto de extraordinario valor se requiere el cumplimiento de esa exigencia. En todo caso, téngase en cuenta que cuando la alteración sea superior al diez por ciento del activo de la fundación, debe hacerse constar

117

(47) La noción de participación mayoritaria es precisada en el artículo 9.3 RF: “aquella que represente más del cincuenta por ciento del capital social o de los derechos de voto, computándose a todos los efectos tanto las participaciones directas como las indirectas”.

(48) ¿Qué sucede si se trata de una participación no mayoritaria en una sociedad mercantil no personalista y se cumplen los requisitos del artículo 19.1 LF? En mi opinión, se deberá aplicar el artículo 8.1 RF, con independencia de que se trate de una participación significativa o no. El carácter mayoritario o significativo de la participación se predica de la sociedad mercantil “participada” y nada revela acerca de la importancia de esa participación en el activo de la fundación, su vinculación al cumplimiento de los fines fundacionales o su integración en la dotación.

en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico (49) (art. 19.4 RF).

En otras palabras, la enajenación y el gravamen de valores mobiliarios que entrañen una participación no significativa o no tengan un extraordinario valor (y que no supongan una alteración superior al diez por ciento del activo de la fundación) representan el ámbito donde en mayor medida el control administrativo pierde intensidad.

Brevemente, veamos las características de las operaciones que requieren comunicación inmediata al protectorado:

a) Enajenación de bienes inmuebles (art. 4 RF). La comunicación de la enajenación al protectorado debe efectuarse en el plazo de diez días, siendo acompañada “de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico” (art. 4.6 RF).

b) Gravamen de bienes inmuebles (art. 5 RF). Según el artículo 5.4 RF, la comunicación del gravamen al protectorado también debe efectuarse en el plazo de diez días, detallando “todas las circunstancias concurrentes” que establece el artículo 5.2 RF, ya mencionado.

c) Enajenación y gravamen de establecimientos mercantiles o industriales (art. 6 RF). La remisión a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 RF implica que sean de aplicación a estos supuestos las previsiones relativas a la puesta en conocimiento del protectorado de la enajenación y el gravamen de bienes inmuebles.

d) Enajenación y gravamen de bienes muebles (art. 7 RF). Como hemos señalado anteriormente, ha de tratarse de bienes muebles de extraordinario valor y no han de concurrir las circunstancias que requieran autorización previa. La enajenación o el gravamen se comunicará al protectorado en el plazo de diez días hábiles desde su formalización (50); por remisión al artículo 4.6.II RF, debe acompañarse “una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico”.

e) Enajenación y gravamen de valores (art. 8 RF). A diferencia de la enajenación y gravamen de otros bienes muebles, cuando se trate de valores mobiliarios que representen participaciones signifi-

(49) Obsérvese que ya no se trata de una comunicación inmediata de la operación (art. 19.2 LF), sino de un reflejo de la misma en un determinado momento temporal: “al término del ejercicio económico”.

(50) Obsérvese que en este supuesto se indica que los diez días deben ser “hábiles” y que el plazo comienza con la “formalización” de la enajenación o gravamen (o su establecimiento).

cativas (51) en el capital de entidades mercantiles o industriales o de tenencia de bienes inmuebles, hay que acompañar la comunicación inmediata (52) de “una exposición de las circunstancias concurrentes” (art. 8.2.I RF). Obsérvese que no se trata aquí de una facultad del protectorado como la prevista en el artículo 8.1.I RF, sino de una exigencia legal.

En caso de valores de cotización bursátil, al formular la comunicación inmediata se debe acreditar el importe de la cotización del día anterior al de la venta, cuya fecha deberá hacerse constar. Si no cotizan en bolsa, hay que acreditar su valor por certificación de perito. Si son valores negociables, su valor será el teórico al tiempo del último balance aprobado (art. 8.3 RF). Mas lo que no indica el Reglamento es la transcendencia de la diferencia, sea a favor, sea en contra de la fundación, entre el importe de la cotización o su valor pericial y el efectivamente pactado por el patronato.

f) Adquisición, enajenación y gravamen de participaciones en sociedades mercantiles (art. 9 RF).

La importancia de este artículo 9 RF radica en que no se limita, como el resto de preceptos reglamentarios analizados, a referirse como posibles negocios a la enajenación y el gravamen, sino que alude también a la adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas. En esa hipótesis, el Reglamento entiende que no se requiere autorización previa, sino que basta con ponerlas en conocimiento del protectorado en cuanto se produzcan (*cfr.* art. 9.2 RF). Hay que destacar que en este punto el Reglamento no se apoya en el artículo 19 LF: la Ley de Fundaciones establece en su artículo 22.3 la exigencia de puesta en conocimiento del protectorado de las operaciones de adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades no personalistas. Pero el problema surge porque en el artículo 22.3 LF, con independencia de la cuantía comprometida en la operación, se limita a exigir una puesta en conocimiento del protectorado. ¿Qué régimen se debe aplicar si la suma invertida representa más del veinte por ciento del activo patrimonial de la fundación? ¿El artículo 22.3 LF o el artículo 19.1 LF? Evidentemente, por lo dicho hasta aquí, la aplicación de este último precepto me parece mucho más justificada.

(51) Participaciones significativas son, con arreglo al artículo 8.2.II RF, las que “representen más del veinticinco por ciento del capital social o de los derechos de voto, computándose a estos efectos tanto las participaciones directas como las indirectas”.

(52) Nótese que, a diferencia de los supuestos anteriores, en los que se establecía un plazo de comunicación de diez días, en este caso (y en el del art. 8.3 RF) se habla, con mayor fidelidad a lo dispuesto en la Ley de Fundaciones (*cfr.* art. 19.2 LF), de dar cuenta “inmediatamente” al protectorado.

Como establece el artículo 9.2 RF, se exige puesta en conocimiento del protectorado de: a) la adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas (*cfr.* art. 22.3 LF) (53); b) la enajenación y el gravamen de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas, cuando no reúnan los requisitos del artículo 19.1 LF. En estos supuestos, la comunicación debe ser acompañada “de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico, así como cualesquiera otros extremos relevantes que el patronato estime necesarios para una adecuada información” (54).

De la regulación de la participación en sociedades mercantiles personalistas prevista en el artículo 9.4 RF, merece destacarse que se debe proceder a su enajenación en dos supuestos: a) cuando la participación sea mayoritaria y el patronato no pueda efectuar la transformación en una forma jurídica que limite su responsabilidad en el plazo prefijado (no inferior a dos meses); b) cuando la participación sea minoritaria. En ambos supuestos, a la hora de fijar el plazo de venta, “el protectorado debe considerar que no se produzca quebranto patrimonial a la fundación”. Ahora bien, el incumplimiento por parte del patronato del requerimiento de enajenación efectuado por el protectorado no repercute en la titularidad de esa participación por la fundación, sino que, en su caso, supone el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos.

La exposición de los supuestos de autorización previa y puesta en conocimiento del protectorado en relación a ciertas operaciones sobre los bienes y derechos de la fundación pone de relieve una serie de consideraciones que son de utilidad al compararlas con las que se derivan del régimen de la autocontratación de los patronos.

En efecto, ni la Ley ni el Reglamento de Fundaciones suministran criterios que permitan con carácter general pre-

(53) El artículo 9.2.II RF asimila “las adquisiciones de participaciones mayoritarias que se efectúen en un solo acto” y “la adquisición de participaciones minoritarias que, acumulada a adquisiciones anteriores, dé lugar a que la fundación ostente una participación mayoritaria en una sociedad mercantil no personalista” (*cfr.* art. 8.1.II RF).

(54) Tampoco fija el artículo 9.2 RF (*cfr.* apartados 2 y 3 del art. 8 RF) un plazo de comunicación al protectorado. Simplemente se exige que se efectúe “en cuanto se produzcan” los actos que la motivan.

decir el sentido de la decisión administrativa (55). La única previsión general es que “[l]as resoluciones han de ser siempre motivadas” (*cfr.* art. 4.4 RF). No son tampoco excesivamente exigentes a la hora de determinar los datos que debe suministrar la fundación para proceder a la disposición de esos bienes y derechos. El artículo 19.1 LF se limita a permitir que el protectorado exija “que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes”. Más en particular, no se generaliza la determinación del valor de esos bienes conforme a criterios de mercado y, cuando se exige esta precisión, no se condiciona, como sí ocurre en el artículo 15.4.b) RF, la resolución del órgano administrativo.

¿Cuáles son las razones que pueden explicar este planteamiento normativo? En última instancia, parece que se pretende evitar un absoluto maniatamiento de las posibilidades de las fundaciones de operar con cierta libertad en el tráfico jurídico-económico, que se hubiera producido de exigir que en cualquier operación la fundación obtuviera un beneficio. Pero quizá hubiera sido conveniente establecer de antemano criterios y parámetros de decisión en relación a la resolución del protectorado, para evitar incertezas y discriminaciones.

El régimen de las donaciones se sitúa en unos parámetros normativos completamente diferentes. Sin necesidad de replantear la polémica naturaleza de la donación, el criterio de la Ley de Fundaciones resulta plausible en la medida que atendiendo al carácter gratuito de la misma, unifica su tratamiento al de las herencias y los legados. Aparte de lo previsto en la frase final del artículo 19.1 LF, la cuestión de las donaciones entre fundación y patrono debe, por tanto, plantearse en otros términos.

Nada impide que un patrono done a la fundación a cuyo órgano de gobierno pertenece. Es más, parece que ésta puede ser una de las formas de designación por las que se pasa a formar parte del patronato, incluso con posterioridad al negocio fundacional. El artículo 20 LF se plantea únicamente la hipótesis de fundación-donataria. Más compleja resulta la donación de la fundación en favor del patrono (fundación-donante). El principal obstáculo se encuentra en la prohibición de remuneración que pesa sobre los

(55) En su tramitación parlamentaria, sí se intentó establecer las causas por las que el protectorado podía denegar la autorización, *vid.* COBO GÁLVEZ, “Comentario”, *loc. cit.*, pp. 167-168.

patronos (art. 13.4 LF). Ahora bien, si esa atribución gratuita se articula en tanto que cumplimiento de la finalidad fundacional, y se actúa con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios (art. 21 LF), la cuestión puede cambiar de cariz. Sin embargo, esta hipótesis se encuentra limitada en su transcendencia fiscal si el patrono es a la vez fundador: el art. 42.3.1 LF no considera entidad sin fin lucrativo aquella en la que el fundador y su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado inclusive sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades o gocen de condiciones especiales para beneficiarse de sus servicios. Obsérvese que la limitación sólo se predica de los fundadores de esas entidades y no de los miembros de sus órganos de gobierno en cuanto tales. Para éstos, el artículo 43.1 LF sólo establece, como limitación que excluye los beneficios fiscales, la falta de interés económico en los resultados de la actividad, por sí mismos o a través de persona interpuesta. En todo caso, con mayor razón, el negocio de donación en favor del patrono debe quedar sometido a los requisitos del artículo 19 LF, si se verifican los presupuestos objetivos allí descritos.

C. La autorización previa del protectorado.

Cuando se pretende analizar cualquier solución normativa, suele ser importante no perder de vista otras posibilidades que el legislador tenía a su disposición porque permiten entender de una manera más certera el sentido de la concreta regla adoptada. Esta perspectiva se revela especialmente interesante en el ámbito de las fundaciones, porque entre la absoluta libertad y la rígida prohibición de la autocontratación, la autorización previa del protectorado manifiesta también una particular interpretación de la autonomía de las fundaciones y de su control administrativo. En este mismo sentido, hay que destacar que la exigencia de autorización previa supone una de las posibles medidas de control administrativo, pero que se podían, aun dentro del ámbito administrativo, haber adoptado otras.

Los caracteres del mecanismo de control previsto para el caso de autocontratación de los patronos son básicamente dos: por una parte, su carácter previo, y, por otra, su carácter administrativo. Más adelante analizaremos la incidencia de la autorización (o de su falta) en la estructura del negocio celebrado.

La autorización debe concederse con carácter previo. La cuestión es de importancia porque desde este punto de vista temporal existían otros mecanismos, que además inciden de otro modo en la estructura del negocio. En efecto, en lugar de la autorización previa del protectorado, se podía haber establecido una comunicación inmediata de la operación al órgano administrativo (*cfr.* art. 19.2 LF) o una simple constancia de la operación en el registro de fundaciones al término del ejercicio económico (*cfr.* art. 19.4 LF). Estas posibilidades, no adoptadas por el legislador, revelan el interés del mismo por someter a un mayor control las operaciones que los miembros del órgano de gobierno de fundación efectúa con la misma. Dejando al margen la hipótesis de la prohibición absoluta (*cfr.* art. 22.1 LF), la autorización previa constituye la máxima manifestación de control por el protectorado que recoge la Ley de Fundaciones.

123

En cambio, la comunicación inmediata o la constancia de la operación despliegan su eficacia de un modo diverso. La administración no supedita con su decisión la validez del acto, pero el conocimiento que tiene del mismo puede permitirle desencadenar una acción de responsabilidad o de cese contra los patronos. De esta manera, el protectorado puede utilizar esos mecanismos para verificar la actuación diligente de los patronos: no salimos, por tanto, del sistema instaurado con carácter general por el artículo 15.1 LF.

¿Es aplicable analógicamente la posibilidad de conceder una autorización anual, prevista en el artículo 4.7 RF (*cfr.* también art. 8.4 RF), en los supuestos de autocontratación? La cuestión es muy dudosa. Se trata de una posibilidad prevista para supuestos excepcionales, en función del fin o de la actividad fundacional. Hay que reconocer que, en principio, esta posibilidad no parece revestir la misma importancia en los casos de autocontratación, aunque también es evidente que pueden existir supuestos-límite. Obsérvese además que los preceptos dedicados a la enajenación y gravamen de los bienes muebles y de participaciones mayoritarias excluyen de su remisión al artículo 4 RF su apartado 7.

La autorización es, además, concedida o denegada por el protectorado. Se instaura en consecuencia un control de carácter administrativo que resulta tanto más significativo cuanto que supone el rechazo de la atribución de ese control a otros entes, sea a la propia fundación [*cfr.* art. 15.3.a) LF o artículo 15.5 RF], sea a la autoridad judicial (*cfr.* art. 20.3 LF). La solución de la intervención administrativa revela que el legislador continúa manteniendo una concreta visión de las relaciones entre la fundación y los poderes públicos y que perpetúa ciertas instancias de control más propias de anteriores épocas (56).

Es evidente que, en comparación con otras organizaciones jurídicas, la peculiar estructura orgánica de la fundación incide de manera directa en su régimen normativo. A causa de la carencia de una base asociativa, la acumulación de funciones (y también de poder) que se produce en el seno del patronato no tiene parangón con otras personas jurídicas y obliga a extremar controles que en otros casos son atribuidos a otros órganos dentro del concreto esquema organizativo.

La exigencia de autorización del protectorado se puede relacionar asimismo con la exigencia de diligencia del patronato. En aquellos casos en que el protectorado conceda su autorización para la autocontratación existe un fuerte argumento para excluir la responsabilidad de los patronos por tal acto, en la medida que han actuado con el mínimo de diligencia exigible.

El problema del control del patronato existe sin duda. Ahora bien, lo que, a mi juicio, no resulta tan claro es que

(56) PIÑAR MAÑAS señala que “[l]a Constitución [de 1978] no impone, pero en absoluto prohíbe, la existencia del protectorado. Puede incluso afirmarse que en el núcleo esencial del derecho de fundación institucionalmente garantizado por la Constitución cabe identificar la presencia de la acción pública de protectorado como elemento no extraño al sistema” (“Comentario a los arts. 32 a 39”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre Editorial/Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 288).

ese control deba tener la intensidad y las características del que establece nuestra Ley de Fundaciones. Resulta difícil determinar hasta qué punto las funciones, que en otras organizaciones son asumidas por la pluralidad de sus miembros, puedan ser adecuadamente ejercidas por el protectorado sin producir una entorpecedora intromisión en la esfera de autonomía de las fundaciones.

La Ley de Fundaciones perfila el control administrativo con carácter necesario, sin admitir, salvo excepciones muy concretas (*cfr.* art. 20.3 LF), mecanismos alternativos. Acaso hubiera sido más adecuado que ese control se estableciera con carácter subsidiario, esto es, a falta de una previsión expresa del fundador en orden a la existencia de órganos de control de la actuación de los patronos. Nada se opone a la existencia de esos órganos de control y probablemente dispongan de mejores y más eficientes mecanismos para examinar la actuación de los patronos. Cuando a través de estas vías se establezca un control interorgánico en el seno de la fundación, la necesidad de acudir a un control externo y previo se revela menor. Sin perjuicio de las funciones fiscalizadoras de la administración que con carácter posterior puedan efectuarse, el sistema que ahora se comenta no difiere en exceso del que normativamente se ha adoptado en relación a la actuación de los apoderados en el artículo 15.5 RF.

La duda surgirá en aquellos casos en que exista ese órgano estatutario de control de la actuación de los patronos y se obtenga su autorización o conformidad para la autocontratación: ¿se elimina la necesidad de contar con la autorización (previa) del protectorado? Dados los términos en que se expresa nuestra Ley, no parece que actualmente pueda excluirse la autorización del órgano administrativo, sin perjuicio de que, aunque no lo exija el Reglamento, el parecer de ese órgano interno de control, pueda ser tomado en consideración.

Centrándonos ahora en la concreta articulación de la autorización del protectorado, hay que comenzar por resaltar

que se trata de una cuestión confiada absolutamente al desarrollo reglamentario (*cfr.* apartados 2-4 del art. 15 RF). El laconismo del precepto legal implica su silencio acerca de qué documentación debe aportarse con la solicitud, del plazo en que debe ser resuelta y las causas por las que puede negarse la autorización.

La sistemática del artículo 15 RF aconseja analizar como problemas separados tres cuestiones diversas, alterando ligeramente su orden: los elementos formales que debe reunir la solicitud de autorización, las razones en que el protectorado puede basarse para denegar la autorización y, por último, los aspectos procedimentales de la decisión de la administración.

126

A) En cuanto a la solicitud de autorización para autocontratar, el artículo 15.2 RF establece, en primer lugar, cuál es el sujeto obligado a cursarla. A pesar de que la limitación afecta a los miembros del órgano de gobierno, es el patronato en cuanto órgano el que debe comunicarla al protectorado (57). La solicitud debe ser acompañada de diversos documentos:

a) “Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico de autocontratación”. Esta concreta exigencia no puede considerarse en absoluto un ejemplo de rigor jurídico. Por un lado, parece suponer que todos los contratos celebrados por la fundación se formalizan documentalmente. Por otro, alude, como hemos indicado antes, a una categoría inexistente: no hay un negocio jurídico abstracto que suponga un caso de autocontratación, sino que esta situación se verificará en cada caso concreto en función de los sujetos que intervienen en el mismo. La autocontratación puede producirse en relación a cualquier clase de contrato.

(57) En cambio, en el artículo 39.1 DFVasc son los miembros del órgano de gobierno de la fundación que pretendan contratar con ésta quienes deben presentar ante el protectorado la solicitud de autorización correspondiente.

Existe otro factor que contribuye a difuminar los perfiles de este requisito: ¿qué alcance tiene, en cuanto a su contenido, ese documento que pretende recoger el negocio donde se constate la autocontratación? ¿Cuál es el grado de concreción que resulta exigible para que nos podamos hallar efectivamente ante un supuesto de autocontratación y no de tratos preliminares? Obsérvese que de la respuesta que se dé a este interrogante depende la calificación de los actos realizados antes de la concesión o de la denegación de la autorización previa, pues, en el fondo, nos estamos planteando si ya existe, o no, contrato entre la fundación y el patrono.

b) “Certificación del acuerdo del patronato por el que se dispone la realización de la autocontratación”. La exigencia de un acuerdo del patronato resulta coherente con la circunstancia que la legitimación para cursar la solicitud le corresponda al mismo. Mas existe otro factor que explica, con un fundamento más sólido, el sentido de esta norma: el artículo 14.1 LF excluye de la delegación de facultades del patronato, además de la aprobación de las cuentas y del presupuesto, aquellos actos que requieran la autorización del protectorado. Como es evidente que la autocontratación es uno de estos actos, es consecuente la exigencia de un acuerdo del patronato.

El acuerdo del patronato acerca de la autocontratación no difiere de otras decisiones de este órgano. Salvo que estatutariamente se disponga un quórum reforzado, bastará con una decisión mayoritaria, conforme a las reglas que rigen el funcionamiento de los órganos colegiados (58). Tampoco hay especialidad alguna en orden al sujeto encargado de la certificación de ese acuerdo, función que normalmente recaerá en el secretario del patronato.

La falta de especialidades de este acuerdo debe ser destacada en otro sentido. En principio, nada impide al patrono o patronos beneficiados con la autocontratación concurrir

(58) Sobre la cuestión, *vid.* OLMOS VICENTE, “Novedades”, *loc. cit.*, p. 81.

a la formación de la decisión del órgano colegiado. Cuestión distinta, naturalmente, es que en su caso la exigencia de responsabilidad, a causa de su negligencia, les afecte de una manera más directa.

c) “Documento acreditativo de los recursos económicos destinados al negocio jurídico, así como justificación del valor actual del bien o servicio que se desea contratar con el patrono”. Esta exigencia revela que la hipótesis en la que está pensando el artículo 15.2 RF no es otra que la adquisición de bienes o servicios del patrono por parte de la fundación, a pesar del carácter más general del artículo 15.4.b) RF. Como he intentado demostrar antes, este planteamiento está supeditado a una determinada (y, a mi juicio, inadecuada) lectura del artículo 19 LF. Desde mi perspectiva, nada impide que nos hallemos ante un supuesto de autocontratación cuando el patrono desea adquirir un bien o derecho de la fundación, concurran o no los requisitos que prevé el artículo 19.1 LF. De lo contrario, existiría una serie de supuestos en los que verificándose un autocontrato pudiera no existir control del protectorado si no se dan los requisitos del artículo 19 LF: considero, por tanto, que la participación de los patronos en un contrato con la fundación repercute de manera necesaria en la exigencia de control administrativo.

No se indica en este caso qué origen tiene el documento acreditativo de los recursos (¿basta cualquier certificación bancaria?), ni cómo se puede justificar que efectivamente están destinados a cierto negocio y no lo están concurrentemente a otro.

Una transcendencia decisiva reviste la valoración del bien o servicio, porque de su comparación con los recursos económicos destinados se deducirá de forma directa el cumplimiento o el incumplimiento de uno de los motivos que justifican la denegación de la autorización por el protectorado.

Nada prevé el artículo 15 RF acerca de la posibilidad del protectorado de solicitar un informe pericial acerca del

valor del bien o servicio objeto de intercambio. La cuestión, en cambio, como hemos visto, sí aparece contemplada en los artículos 4.3 (al que se remite el Reglamento en otros supuestos) y 8.3.II RF. Ante el silencio normativo, no parece haber obstáculo en una aplicación analógica de esos criterios, que por lo demás puede explicarse por el hecho de que el protectorado entienda que los documentos presentados por el patronato no constituyen “justificación” del valor de esos bienes o servicios [art. 15.2.c) RF] o que la solicitud no se presente “debidamente documentada” (art. 15.3.II RF). Piénsese que, en la interpretación que aquí se defiende, ese informe pericial podrá solicitarse directamente en aquellos casos en que la fundación pretenda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes muebles, valores o participaciones en sociedades.

Del mismo modo, puede ser oportuna la aplicación (analógica o directa, según la posición que adopte la fundación respecto a la enajenación o el gravamen del bien) de la posibilidad prevista en el artículo 4.3 RF en su inciso final. En consecuencia, la solicitud de autocontratación será informada por el protectorado y si el informe es contrario, se dará traslado al patronato para que alegue lo que corresponda en un plazo de quince días.

Finalmente, cabe advertir que, habida cuenta de los motivos por los que el protectorado puede denegar la autorización (*cfr.* art. 15.4 RF), y a pesar del silencio del artículo 15.2 RF, puede ser conveniente indicar y acreditar explícitamente en la correspondiente solicitud que no concurren esos motivos denegatorios.

B) Las razones por las que reglamentariamente el protectorado puede denegar la autorización previa se recogen en el artículo 15.4 RF (59). Su mera lectura suscita dos

(59) La Ley de Fundaciones no suministra en el artículo 26 LF ningún criterio en cuya virtud puedan saberse las razones por las que el protectorado concederá o denegará la autorización para la autocontratación. La solución podía encontrarse en la exigencia de un desempeño diligente del cargo de patrono (art. 15 LF): cuando el

dudas de diferente alcance, previas al análisis de las concretas causas de denegación. Por un lado, hay que preguntarse por el carácter de esa enumeración: ¿tiene carácter de *numerus apertus* o de *numerus clausus*? Por otro, ¿cuál es el margen de flexibilidad del protectorado, una vez verificada la concurrencia de una de esas causas? ¿Puede conceder la autorización a pesar de la constatación de esa causa?

En primer lugar, por lo que respecta al sentido de la enumeración del artículo 15.4 RF, en la medida que instaura un control administrativo que limita la autonomía propia de los entes fundacionales, debe ser interpretada restrictivamente. En consecuencia, el protectorado sólo podrá negar su autorización cuando concurra una de las dos causas reglamentariamente previstas.

130

¿Qué sucede si el servicio que se desea contratar con el patrono a precio de mercado es objeto de una oferta excepcionalmente baja por un tercero (o por otro patrono)? La cuestión es dudosa, dado el sentido del art. 15.4.b) RF, pero si el precio del servicio inicialmente ofrecido por el patrono es su valor actual, me parece que deberá concederse la autorización. Cuestión distinta es que esa actuación del patronato evidencie negligencia y permita el ejercicio de la acción de responsabilidad por los daños causados.

En segundo lugar, y en la misma línea interpretativa, considero que la actuación de la administración una vez verificada la concurrencia o la carencia de las causas enumeradas en el artículo 15.4 RF está reglada. No puede el protectorado conceder la autorización si se constata una de esas circunstancias, ni negarla si no se aprecia su existencia. De lo contrario, carece de sentido la previsión reglamentaria de esos supuestos y se acentúa, más que la flexibilidad, la incertidumbre en torno al ámbito de actuación

autocontrato desvelara una actitud negligente del patrono, no cabía esa autorización. El artículo 15.4 RF ha concretado la previsión y se suscita la duda acerca de si ante un comportamiento negligente del patronato, distinto a los reglamentariamente previstos, el protectorado concederá su autorización.

del patronato y el grado de control de las decisiones del protectorado.

Las causas reglamentariamente establecidas para denegar la autorización son las siguientes:

a) “Cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del patronato”. La previsión entronca con el tajante (y criticable) artículo 13.4 LF, que prohíbe la retribución por el ejercicio del cargo de patrono (60). Así las cosas, puede pensarse que escaso alcance tiene el precepto reglamentario, en cuanto no hace sino recordar lo que ya dispone la Ley de Fundaciones. La principal virtualidad de la norma reglamentaria estriba en que sanciona los negocios de autocontratación que “encubran” una remuneración por el desempeño del cargo. Pretende, por tanto, recordar que la prohibición opera no sólo en los negocios que directamente la persigan, sino también en aquellos que por cualquier vía intenten un resultado parecido. Se trata de una aplicación de categorías generales de anomalías negociales (negocios fraudulentos, simulados, indirectos, etc.) y, por ello, hasta cierto punto innecesaria.

b) “Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación sea inferior al valor de la prestación que deba realizar la misma”. La comparación entre ambos valores deriva de lo previsto en el artículo 15.2.c) RF, pero, como hemos señalado, no puede identificarse con ese supuesto que se limita a la hipótesis en que la fundación adquiere un bien o servicio del patrono. El artículo 15.4.b) RF tiene un sentido más amplio y no condiciona en modo alguno el intercambio de prestaciones entre la fundación y el patrono.

La comparación entre los valores de la prestación y de la contraprestación que impone el artículo 15.4.b) RF reviste una indudable transcendencia en cuanto proporciona un

(60) Puede verse un análisis más amplio de ese precepto en SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, *El Patronato*, cit., pp. 143 ss.

criterio predeterminado, objetivo y general para la concesión o la denegación de la autorización del protectorado. En efecto, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de supuestos de enajenación o gravamen de bienes fundacionales (arts. 4-9 RF), aquí se establece una pauta concreta en orden a la admisión o el rechazo de la operación. Cuestión distinta es si esta decisión no peca de rigidez en la medida que sólo permite los supuestos de autocontratación cuando la fundación experimenta un beneficio con la operación. Piénsese que una regla próxima a la aquí analizada como es el artículo 8.4 RF establece como criterio general la enajenación de valores a un precio superior al de adquisición, “salvo que circunstancias de mercado aconsejen lo contrario”. No deja de ser curioso el silencio reglamentario en la determinación de las pautas decisorias para unos supuestos que, sin duda, van a ser más frecuentes, como los previstos en los artículos 4-9 RF, y la concreción que se establece en casos marginales como, en el fondo, suelen ser los de autocontratación.

En última instancia, esta regla parece explicarse a la vez desde dos puntos de vista. Por una parte, se presenta como el corolario de la prohibición de remuneración de los patronos, entendida aquí ya no como prohibición en relación al ejercicio del cargo, sino también en todas sus relaciones con la fundación, lo que en realidad no impone la Ley. Por otra parte, constituye una aplicación de los criterios que rigen la admisibilidad de las hipótesis de autocontratación: la inexistencia de conflicto de intereses entre el representado y el representante se aprecia sólo en la medida que aquél (la fundación) no experimenta una pérdida económica con la operación.

El artículo 39.1 DFVasc exige que el miembro del órgano de gobierno de la fundación que desee contratar con ésta aporte “la documentación necesaria que justifique suficientemente la inexistencia de contraposición de intereses en relación con la contratación a llevar a cabo”. Esta previsión tiene, evidentemente, un carácter más amplio que la contenida en el Reglamento de Fundaciones.

C) El artículo 15.3 RF se ocupa de cuestiones relativas fundamentalmente al procedimiento administrativo que se debe seguir para la concesión o la denegación de la autorización del protectorado. La norma presenta numerosos puntos de coincidencia con el artículo 4.4 RF y constituye una aplicación de las pautas del artículo 33 LF.

El protectorado dispone de un plazo de tres meses (61) para resolver la solicitud (62). El transcurso del plazo sin que hubiese recaído resolución expresa permite entender estimada la solicitud (*cfr.* art. 43 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Para que el acto presunto surta efectos frente a la Administración y a los particulares, se exige certificación del mismo (*cfr.* art. 44 Ley 30/1992), con lo que evidentemente se amplía el período temporal previsto en el artículo 33 LF y puede repercutir negativamente en la gestión de la fundación (63).

133

El planteamiento de la Ley estatal en orden a la autorización en caso de autocontratación mediante el silencio administrativo no constituye excepción aislada, sino que es una regla sentada por el artículo 33 LF con un carácter más amplio (*cfr.* arts. 19.1 y 2; y 20.2 y 3 LF (64). En cambio, en el artículo 37 LVascF (*cfr.*

(61) PIÑAR MAÑAS ("Comentario", *loc. cit.*, pp. 300-301) critica la duración del plazo que eventualmente puede resultar demasiado largo (por ejemplo, para enajenaciones que deben resolverse con rapidez). Y destaca que la innovación que suponía ese plazo respecto a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 ha dejado de serlo respecto a la de 1992. Sin negar el acierto de estas observaciones, conviene remitirse ahora a lo dispuesto en los artículos 4.7 y 10 RF, que pueden reducir el alcance de esa crítica.

(62) El artículo 15.3 RF no indica cuándo comienza a transcurrir ese plazo: el artículo 4.4.I RF toma en consideración la recepción de la solicitud. El artículo 37.1 LVascF se fija en "la fecha de presentación de la solicitud al protectorado".

(63) En este sentido, PIÑAR MAÑAS, "Comentario", *loc. cit.*, p. 302.

(64) PIÑAR MAÑAS ("Comentario", *loc. cit.*, p. 300) entiende que, como no existe en la Ley de Fundaciones una disposición expresa que establezca que los actos presuntos del protectorado no tendrán carácter positivo, carece de efectos reales la enumeración de supuestos que recoge el artículo 33 LF. El silencio positivo se aplica a todos los supuestos de solicitudes presentadas al protectorado. Téngase en cuenta, además, que la disp. adic. 2.^a RF se remite supletoriamente a lo dispuesto en el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de

art. 39.2 DFVasc), la autorización para el supuesto de autocontratación, que se entiende otorgado transcurrido el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud sin que haya resolución expresa, representa una singular excepción, pues “[e]n los restantes casos en los que se solicite la autorización o aprobación del protectorado, siempre que no haya recaído resolución expresa en el plazo arriba mencionado [tres meses], se entenderá desestimada la solicitud formulada”.

134 Ahora bien, ese plazo quedará interrumpido (o, quizá mejor, suspendido) cuando el protectorado estime, mediante acto motivado y notificado al patronato, la concurrencia de una de estas dos circunstancias: a) que no se reúnen los requisitos necesarios; b) que no se presente debidamente documentado. Los problemas de documentación no ofrecen grandes dificultades interpretativas: se trata de verificar si se cumplen las exigencias que en este sentido impone el artículo 15.2 RF. Más complejo es determinar qué alcance tiene la falta de requisitos necesarios de la solicitud para determinar la suspensión del plazo. Hay que entender que no puede estar refiriéndose a elementos sustanciales para autorizar la autocontratación (*cfr.* art. 15.4 RF), pues en tal caso lo que procede no es la suspensión de plazo, sino directamente la denegación de la autorización. Por ello, ha de referirse a aspectos de la solicitud, distintos a los documentales que prevé el artículo 15.2 RF: por ejemplo, la solicitud no es presentada por el patronato, o no se acredita adecuadamente su condición de tal, etc.

Obsérvese que la falta de requisitos necesarios de la solicitud o su presentación carente de la debida documentación significa que el plazo de tres meses para la resolución queda suspendido. No vuelve a iniciarse un nuevo plazo en el momento en que el patronato haya subsanado esos defectos, sino que continúa por el tiempo que reste (65). Esta

26 de noviembre, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.

(65) La solución en el artículo 15.3 RF no ofrece dudas. Más oscuro me parece el sentido del artículo 33 LF, en su inciso final, porque señala que “[e]l plazo

solución beneficia sin duda a la fundación porque no amplía el período de resolución del que dispone la Administración.

Finalmente, el artículo 15.3.II RF exige que las resoluciones del protectorado (sin distinguir su contenido positivo o negativo) sean siempre motivadas. Idéntica exigencia se contiene en el artículo 4.4.II RF, pero en esa norma tiene un alcance diverso por cuanto no se precisan, como hace el artículo 15.4 RF, criterios conforme a los cuales la Administración concederá o denegará la autorización.

E. Efectos de la autocontratación sin autorización del protectorado.

La autocontratación en la que se cumplen perfectamente los requisitos previstos en los artículos 26 LF y 15 RF no presenta problema alguno: el contrato despliega todos sus efectos en la medida que se trata de un acto totalmente válido y regular. No hay, pues, especialidad alguna destacable cuando se ha obtenido correctamente la autorización del protectorado. Los problemas surgen si se lleva a cabo la autocontratación sin contar con la preceptiva autorización previa del protectorado. En tal caso, ¿qué consecuencias se derivan? Se trata de determinar en qué medida la eficacia o la validez del negocio se ve afectado por la falta de ese elemento externo.

Como es sabido, diversas son las calificaciones que en supuestos similares han recibido esos actos y cabe encontrar razones de cierto fundamento en defensa de cada una de ellas (66). Conviene observar, desde una perspectiva general,

comenzará contar de nuevo desde el momento en que tales defectos se hayan subsanado”.

(66) Una buena exposición desde la perspectiva del autocontrato en DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato*, cit., pp. 158-190; y desde la perspectiva de la autorización previa en las fundaciones en LINARES ANDRÉS, *Patrimonio, funcionamiento y actividad de las fundaciones*, Valencia, 1994 [obra inédita cuya cita debo a la amabilidad de la autora].

que las peculiares circunstancias de cada caso de representación inciden de manera directa en la calificación que merece el negocio anómalo. En este ámbito general, los criterios en cuya virtud se admite la autocontratación suelen ser la licencia o autorización del representado o de otro sujeto y la ausencia de conflicto de intereses. La relación entre ambos criterios, no todo lo clara que sería de desear, no debe ser objeto de estudio ahora (67). Lo que nos debe preocupar es que legalmente se ha descartado la posibilidad de acudir como criterio de justificación de la autocontratación a la licencia de la fundación, en la medida que ésta se gobierna precisamente a través del patronato (68). Otro factor que debemos resaltar, por su incidencia en el tratamiento de la autocontratación de los patronos, se encuentra en el carácter de su representación en relación a la fundación. Califíquese, o no, de orgánica, son evidentes las diferencias que median entre la misma y la representación legal y la voluntaria y, en consecuencia, la dificultad de extrapolar pautas de solución dictadas para éstas últimas. Por ello, el problema de la autocontratación de los patronos se encuentra más próximo al que se suscita, por ejemplo, respecto a los administradores de las sociedades mercantiles, que a la autocontratación de los padres o los tutores.

En la regulación de las fundaciones existe un elemento normativo que debe ser tomado en consideración. El artículo 10 RF, bajo la rúbrica “[e]najenaciones y gravámenes defectuosos”, establece qué sucede cuando se ha procedido a una de las enajenaciones o gravámenes sin la autorización previa legalmente exigida.

(67) El problema fundamental estriba, a mi juicio, en precisar los criterios que permiten fundamentar la autorización y su subordinación a la (in)existencia de conflicto de intereses.

(68) Como se ha señalado anteriormente, ésta es la solución legal, que quizá debiera haber sido sustituida por un criterio de decisión del propio patronato, con exclusión del patrono afectado, y sin perjuicio de las consecuencias que generara un ejercicio negligente del cargo.

El primer problema que se suscita es si las reglas contenidas bajo esa rúbrica son aplicables, directa o analógicamente, a los supuestos de autocontratación de los artículos 26 LF y 15 RF. El principal dato que apoya la exclusión de la autocontratación del artículo 10 RF se encuentra en su posición sistemática: a continuación de los artículos 4-9 RF y refiriéndose a los supuestos previstos en el artículo 19.1 LF. Además, en otro caso en que se exige autorización previa, el del artículo 20, apartados 2 y 3, LF, la correspondiente norma reglamentaria, el artículo 11.4 RF, sí se remite expresamente a lo dispuesto en el artículo 10 RF.

No obstante, la cuestión dista de ser clara. Por un lado, el artículo 10 RF, a pesar de su posición sistemática, se presenta con un contenido general al referirse simplemente a enajenaciones y gravámenes defectuosos o realizados sin la preceptiva autorización. No prejuzga, pues, cuál es la razón por la que se exigía esa autorización. Si se tiene en cuenta que, en la interpretación que aquí se defiende, es conveniente una lectura amplia de esos artículos 4-9 RF que evite la exclusión de aquellos supuestos en los que la fundación adquiere bienes y servicios a cambio de cierta suma dineraria, se llegará a la conclusión que, por vía indirecta, ese artículo 10 RF se está refiriendo a unos casos más amplios de lo que inicialmente podía pensarse. Por otro lado, la remisión del artículo 11 RF al artículo 10 RF se explica fácilmente: por mucho que se quiera ampliar la noción de actos subsumibles en los artículos 4-9 RF, no parece posible incluir entre los mismos la aceptación de legados o donaciones con cargas, la repudiación de herencias o legados o la no aceptación de donaciones. Ésta es la razón que justifica su remisión a la que se considera norma general en la materia. Por eso mismo, parece plausible que la misma solución se aplique a los casos de autocontratación sin autorización previa del protectorado.

En consecuencia, considero que los criterios contenidos en el artículo 10 RF son de aplicación a los supuestos de

autocontratación de patronos, con lo cual disponemos de un importante elemento normativo para la delimitación del régimen jurídico de los casos en que se verifica sin autorización del protectorado.

A diferencia de lo que sucede en relación a la (falta de) autorización previa, nada se indica en el Reglamento acerca del incumplimiento por parte del patronato de la puesta en conocimiento del protectorado de los diversos actos en que se requiere tal comunicación. Probablemente, la única reacción que pueda plantear el protectorado se encuentre, en su caso, en la posibilidad de una acción de responsabilidad, conforme al artículo 15 LF, si esa actuación negligente de los patronos ocasiona un daño a la fundación. La actuación negligente, pero no dañosa, también puede suponer alguna consecuencia a instancia del protectorado: obsérvese que el artículo 16.2.d) LF permite el cese de los patronos “[p]or no desempeñar el cargo con la diligencia prevista” en el artículo 15.1 LF, “si así se declara en resolución judicial”; y el artículo 32.3 LF indica que el protectorado está legitimado para ejercitar esa acción, que no es una acción de responsabilidad [cfr. art. 16.2.e) LF].

La solución que instaura el artículo 10 RF en sus dos primeros apartados no deja de ser peculiar. Por un lado, al tener conocimiento de la realización de enajenaciones y gravámenes sin la correspondiente autorización, el protectorado debe requerir del patronato cuanta información considere conveniente; el patronato dispone de un plazo de quince días para suministrar esa información. Por otro, “a la vista de las circunstancias concurrentes, y ponderando especialmente la existencia de buena fe por parte de la fundación”, el protectorado resuelve “sobre la procedencia de subsanar el defecto o de entablar la acción de responsabilidad” prevista en el artículo 15.3.b) LF. La principal carencia que se plantea en este artículo 10 RF radica en la calificación del acto efectuado sin la preceptiva autorización. La norma sólo se preocupa de indicar que se trata de un defecto subsanable *a posteriori* y que puede dar lugar a la acción de responsabilidad de los patronos. Naturalmente, el protectorado puede optar por soluciones distintas a las expresamente cita-

das en el precepto: así, por ejemplo, nada impide que, “a la vista de las circunstancias concurrentes”, pueda negar la autorización, pero no ejercitar la acción de responsabilidad.

El problema de la calificación de la autocontratación sin autorización es el que presenta una mayor dificultad. Dados los términos en que se plantea el artículo 10 RF, no puede reputarse un acto perfectamente válido y eficaz: falta un elemento que incide de lleno en su transcendencia jurídica. Ahora bien, ¿hasta dónde llega la irregularidad del acto (69)? Con el sistema implantado por el artículo 10 RF y la admisión de la subsanación ulterior, no cabe afirmar que el acto sea nulo. Aun siendo cuestión dudosa, tampoco me parece que sea un acto anulable: el silencio de la Ley y del Reglamento en torno a la legitimación, a los plazos de ejercicio, etc., de la acción de impugnación de ese acto dificultan su asimilación al régimen propio y peculiar de la anulabilidad. A mi juicio, la calificación que más adecuadamente refleja el alcance de la autocontratación sin autorización es la que afirma la existencia de un negocio incompleto o en vía de formación y cuyo principal apoyo normativo se encuentra en el artículo 1.259 C.c. (70).

139

No se me ocultan dos objeciones a la anterior afirmación. Por un lado, la indefinición que supone referirse a un negocio incompleto, en la medida que se carece de un régimen normativo para los mis-

(69) CABRA (“Comentario”, *loc. cit.*, p. 237) distingue si el autocontrato se ha efectuado o no en contra del criterio del protectorado. En el primer caso, considera que el contrato es nulo: no cabe ratificación posterior si el protectorado denegó en su momento la autorización. En el segundo caso, cabe una convalidación posterior articulada por el protectorado como ratificación.

(70) Para un planteamiento general del problema puede acudir a Díez-PICAZO, “Comentarios al art. 1.259”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.ª ed., pp. 439-441; y RIVERO HERNÁNDEZ “Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator*”, *Anuario de Derecho Civil*, 1976, t. XXIX, fasc. IV, octubre-diciembre, pp. 1047-1136. Una aplicación de esos criterios en relación a los actos del patronato sin autorización del protectorado puede verse en CARRASCO PERERA, “Régimen jurídico privado de las fundaciones en el Proyecto de Ley de Fundaciones”, ponencia mecanografiada del Seminario sobre *Fundaciones, mecenazgo y sociedad civil en el umbral del siglo XXI*, Cuenca, julio 1994, p. 32; conforme, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “El patrimonio”, *loc. cit.*, p. 3323, nt. 33.

mos. Hasta cierto punto, esta incertidumbre se utiliza para evitar excesivos compromisos en cuanto a los efectos de ese negocio. Por otro lado, hay que destacar que el artículo 1.259 C.c. está pensado prevalentemente para unos supuestos en donde la ratificación o la autorización corresponde al propio representado, y, en el caso que aquí nos ocupa, el protectorado no puede identificarse con la fundación.

¿Cuál es la transcendencia de ese acto celebrado sin autorización en relación a los terceros? Conviene observar de inmediato que nos hallamos en el terreno de la autocontratación y ello puede imponer unas consecuencias distintas a las que habitualmente se predicán de otros actos efectuados sin la preceptiva licencia del protectorado.

En efecto, la introducción de mecanismos de protección de los terceros de buena fe se dificulta considerablemente habida cuenta de la posición que ocupa el patrono en la autocontratación (71). La cuestión no ofrece dudas cuando se trata de un caso de representación simple y el patrono contrata en nombre propio con la fundación. Más compleja es la solución en caso de representación doble (cuando el patrono contrata con la fundación en nombre de un tercero). En tal caso, la decisión acerca del alcance de la autocontratación (sin autorización) depende de la postura que se mantenga en torno a un problema tradicional en la representación, cual es la incidencia de la buena o mala fe del representante en la esfera jurídica del representado.

Al igual que sucede en otros casos de autocontratación, gran relevancia presenta la determinación de la incidencia de conflicto de intereses en la validez del acto. ¿Qué sucede si el protectorado comprueba posteriormente que, a pesar de la falta de autorización, el autocontrato reunía los requisitos exigidos para su admisión? ¿El acto es válido *ab initio* o sólo con la autorización posterior? En mi opinión, la autorización se integra en la estructura del acto, con lo

(71) Es oportuno tener en cuenta que la protección de terceros puede dotar de (cierta) eficacia a unos actos que estructuralmente presentan serias anomalías. En otras palabras, que en la tensión entre esos principios, puede darse prevalencia a la protección de los terceros, por encima de consideraciones exquisitamente dogmáticas.

que la inexistencia de conflicto es presupuesto necesario, pero no suficiente. Se hace necesaria su constatación por el órgano legitimado para ello, en este caso, el protectorado.

El planteamiento anterior encuentra confirmación en la regulación que el artículo 10.3 RF efectúa de la posibilidad de otorgamiento del acto en cuestión a través de fedatario y en documento público, sometido a la condición suspensiva de obtención de la autorización correspondiente. La falta de autorización no impide el otorgamiento del acto, en este caso, de autocontratación, pero afecta a la eficacia del mismo, que queda sujeto a la concurrencia ulterior de autorización por el protectorado. Con ello, se advierte que la autocontratación sin la autorización del protectorado no puede considerarse un acto plenamente eficaz.

IV. La autocontratación de los apoderados

141

El régimen de la autocontratación de los apoderados de la fundación se articula de un modo radicalmente distinto a lo que sucede respecto a los patronos. Carente de un apoyo legal explícito (72), su regulación queda limitada al artículo 15.5 RF. En verdad, la Ley de Fundaciones no se ha preocupado en exceso de establecer el marco normativo de los apoderamientos, a pesar de que el peculiar estatuto jurídico de los patronos augura una importante utilización de esa posibilidad, al menos en las fundaciones de cierta dimensión. En efecto, los obstáculos dispuestos para evitar la profesionalización del cargo de patrono (en particular, la prohibición de remuneración: *cfr.* art. 13.4 LF), en combinación con el rigor de la responsabilidad exigible (*cfr.* art. 15 LF), son factores que, en cuanto la fundación adquiera cierta im-

(72) Surge por ello la cuestión de saber hasta qué punto el Reglamento de Fundaciones no se extralimita en su desarrollo de la Ley, al introducir una cortapisa a la actuación de los apoderados.

portancia, aconsejan el nombramiento de apoderados, que efectúen una gestión profesionalizada y altamente cualificada, o la delegación de ciertas facultades en uno o más de los miembros del patronato (73) (*cfr.* art. 14 LF).

Evidentemente, no toda fundación dispone de apoderados. Mientras que el patronato constituye un órgano necesario (art. 12.1 LF), la existencia de apoderados es facultativa (“[e]l patronato podrá nombrar ...”: art. 14.2 LF); es más, se trata de una cuestión cuyo alcance puede ser delimitado por los estatutos, ya que se admite la disposición en contrario de los mismos (74). La prohibición de los estatutos sólo podrá ser eliminada por el patronato a través de la correspondiente modificación (art. 27 LF).

Se admite el nombramiento de apoderados tanto generales como especiales. Hay aquí aplicación de criterios generales, pero la cuestión reviste en orden a la autocontratación una indudable transcendencia por cuando el ámbito del apoderamiento condiciona la exigencia de autorización. Esta cuestión repercute, pues, en el ámbito subjetivo de aplicación de la necesidad de autorización. Evidentemente, esa exigencia afecta a aquellos sujetos en quienes concurra la condición de apoderados de la fundación; y al igual que sucede respecto a los patronos, sólo en tanto mantengan esa condición. Pero se requiere la concurrencia de un factor

(73) Se plantea en este punto la duda acerca de la posibilidad de retribuir al patrono que recibe esa delegación, en la medida que la misma ya no supone estrictamente “desempeño de su función”. Mas parece que por esta vía la remuneración queda vedada: cabe la delegación por ser patrono y, en última instancia, las facultades delegadas pueden incluirse en el marco del ejercicio del cargo. Ahora bien, esto no excluye que, a través del establecimiento de una relación contractual (que implica un autocontrato), los patronos puedan recibir una retribución siempre que esa relación contractual le imponga el cumplimiento de obligaciones que no se derivan del cargo de patrono (por ejemplo, estudios de mercado acerca de la viabilidad de comercializar ciertos productos).

(74) Dado que cabe la prohibición de nombrar apoderados, entiendo que también es admisible un efecto menor como es que los estatutos establezcan condiciones o restricciones para ese nombramiento: por ejemplo, los apoderados habrán de acreditar cierta titulación o experiencia; o prohibir el nombramiento de apoderados generales (o especiales).

adicional, no previsto para los patronos, ya que la autorización sólo se plantea en función del alcance del apoderamiento concedido. En consecuencia, no toda relación que trate de entablarse entre apoderado y fundación requerirá la correspondiente autorización. La limitación que afecta a los apoderados presenta, por tanto, un mayor grado de relatividad que la de los patronos. A mi juicio, condicionar el alcance de la limitación al ámbito del apoderamiento constituye una decisión acertada (75).

Lo que no especifica el artículo 15.5 RF es en nombre de quién actúa el apoderado. No parece haber inconveniente en aplicar las precisiones de los artículos 26 LF y 15.1 RF y entender que tanto puede obrar en nombre propio como de un tercero. Como hemos dicho anteriormente, se trata de una especificación útil pero que, en caso de omisión, no hubiera supuesto un criterio distinto.

¿Quién debe determinar si cierto contrato se encuentra dentro del ámbito de facultades de cierto apoderado? Aquí se plantea un grave problema de articulación de los mecanismos dispuestos en el Reglamento de Fundaciones. Lógicamente, no resulta adecuado atribuir esta decisión al propio apoderado, por el peligro de abuso que entraña; tampoco parece que deba ser competencia del protectorado, que, en esta materia, carece de funciones, o de los tribunales (sin perjuicio de la posibilidad de revisar ante los mismos cualquier decisión); lo más pertinente parece que sea el patronato quien determine si cierto autocontrato entra dentro de las atribuciones del apoderado que pretende participar en el mismo para así conceder o denegar su autorización. De este modo, la inclusión del autocontrato en la esfera de facultades del apoderado sería previa a la posibilidad de su autorización.

143

(75) No se establece legalmente límite alguno en cuanto al número de apoderados. Los casos de pluralidad de apoderados plantean problemas particulares, donde hay que tener en cuenta si todos los apoderados tienen el mismo carácter (especial o general) o la misma esfera de funciones.

Ahora bien, ¿cómo debe verificarse ese examen previo a la propia autorización? ¿De qué mecanismos dispone el patronato para controlar los contratos que celebren sus apoderados? Obsérvese que la autorización ha de ser previa, expresa y especial, por lo que, salvo que quiera considerarse subsanación de defectos, la comunicación del contrato ya celebrado se sitúa en otro plano. Por lo tanto, parece que el artículo 15.5 RF está indirectamente imponiendo una obligación complementaria a los apoderados: la de comunicar, antes de su conclusión, al patronato todos aquellos contratos en los que el apoderado actúa también como contraparte, sea en nombre propio, sea en nombre de tercero. Con esa información, el patronato debe determinar si el contrato se incluye en el ámbito del apoderamiento, por cuanto si entiende que es un acto ajeno al mismo nada debe autorizar. Sin embargo, la decisión del patronato es relevante en otro sentido: si considera que el acto no forma parte del ámbito de apoderamiento, no se exige su autorización, pero, en tal caso, puede estar afirmando la carencia de legitimación del apoderado para contratar pues el acto cae fuera de la esfera de sus competencias (76).

Por lo tanto, cuando un apoderado quiera contratar con la fundación a la que también representa, la comunicación de su intención al patronato debe conducir a uno de estos resultados:

a) Acto no incluido en el ámbito del apoderamiento: ese apoderado carece de legitimación para efectuarlo.

b) Acto incluido en el ámbito del apoderamiento: hay que obtener la autorización del patronato. Pero no se indican los criterios objetivos en cuya virtud pueda procederse a la concesión o a la denegación de la autorización. Ni siquiera se establecen los documentos que el patronato puede exi-

(76) La cuestión depende del alcance del apoderamiento. Si un apoderado especial (Ticio) plantea la contratación con otro apoderado especial (Cayo), la decisión del patronato acerca de la ajenidad del acto respecto a la esfera de facultades de Cayo no implica que Ticio no pueda celebrar el contrato con aquél.

gir (*cfr.* art. 15.2 RF). La aplicación de los criterios previstos en el artículo 15.4 RF en relación a los patronos resulta enormemente difícil por cuanto el estatuto jurídico del apoderado no presenta los mismos caracteres que el del patrono. Basta con plantear la posibilidad de retribución del apoderado (*cfr.* art. 1.711 C.c.) para darse cuenta de la inaplicabilidad del artículo 15.4.a) RF. En este punto, considero que deben resurgir los criterios generales que limitan la autocontratación cuando exista conflicto de intereses y de los cuales el artículo 15.4.b) RF no es más que una concreción. Por tanto, el patronato negará justificadamente su autorización cuando exista un conflicto de intereses entre el apoderado y la fundación. Nada impide, no obstante, que a pesar de la existencia de ese conflicto, el patronato conceda la autorización: la licencia del representado permite la autocontratación. Sin embargo, esa actuación del patronato puede causar un daño a la fundación, y de ser considerada como negligente, podría dar lugar al correspondiente ejercicio de la acción de responsabilidad (art. 15.3 LF). Si no se genera daño, pero hay negligencia del patronato, puede instarse el cese [arts. 16.2.d) y 32.3 LF].

145

La autorización para la autocontratación de los apoderados corresponde al patronato. Ésta es una importante e interesante diferencia en comparación con lo previsto en el artículo 26 LF. De este modo, se acentúa la autonomía de la propia fundación en detrimento de su control administrativo y plantea con renovada fuerza la posibilidad de instaurar controles internos también en los casos de autocontratación de patronos: acaso se haya pensado que el margen de discrecionalidad del patronato en cuanto a la vigilancia de los intereses de la fundación deba ser más amplio que el atribuido al protectorado. Pero, como hemos señalado, en caso de que la actuación del patronato sea negligente, siempre queda la posibilidad de llegar a exigir su responsabilidad conforme a lo previsto en el artículo 15 LF o su cese, al amparo del artículo 16.2.d) LF.

Así mismo, esta autorización parece diferenciarse de la prevista en el artículo 26 LF en orden a sus caracteres: ha de ser previa, expresa y especial. Estas dos últimas notas no figuraban entre las que explícitamente debía reunir la autorización del protectorado, pero ante la concreta articulación de su régimen en el artículo 15 RF, apartados 1 a 4, no hay inconveniente en afirmar su sustancial equivalencia. Con la precisión del artículo 15.5 RF se tratan de evitar autorizaciones genéricas e indeterminadas que, pese a tener carácter previo (por ejemplo, por ser simultáneas al apoderamiento), impiden un control adecuado por parte del patronato.

LA TEORIA SOBRE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN LA JURISPRUDENCIA, Y SU APLICACION AL AMBITO SUCESORIO

JAVIER TALMA CHARLES

*Profesor Ayudante de Derecho Civil en la Facultad de Derecho
de la Universidad de Cantabria*

149

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. **II.** INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS: FUENTES NORMATIVAS Y ESTADO DOCTRINAL DE LA CUESTIÓN. **1.** Fuentes normativas. **2.** La ineficacia de los testamentos: estado doctrinal de la cuestión. **2.1.** *La revocación no es un supuesto de ineficacia en sentido técnico.* **2.2.** *Invalidéz, e ineficacia.* **2.3.** *Inexistencia, nulidad radical y anulabilidad.* **III.** TIPOLOGÍA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD. **1.** Tipología de las declaraciones de voluntad viciadas en el ámbito sucesorio. **IV.** LA VIOLENCIA EN SUS DISTINTAS MANIFESTACIONES. **V.** LA INTIMIDACIÓN O AMENAZA. **1.** Concepto, fundamento y planteamiento de la cuestión en el ámbito sucesorio. **2.** Caracteres de la intimidación: su influencia a los

efectos de prueba. **3.** Requisitos de la intimidación. **3.1.** *La amenaza*. **3.1.1.** Las situaciones denominadas de miedo ambiental (terror ambiental). **3.1.2.** El temor reverencial no es invalidante pues no encierra dentro de sí una amenaza propiamente dicha. **3.2.** *Amenaza injusta (antijurídica, ilícita)*. **3.3.** *El mal ha de ser inminente y grave*. **3.4.** *El miedo o temor*. **3.5.** *El nexo de causalidad entre la intimidación, y la declaración de voluntad viciada*. **VI.** EL DOLO VICIO DE LA VOLUNTAD. **1.** Fuentes normativas y concepto. **2.** Planteamiento del problema: el dolo como eje o gozne situado entre la intimidación, y el error. **3.** Dolo penal y dolo civil; dolo bueno y dolo malo; dolo causante y dolo incidental. **4.** Elementos y requisitos del dolo vicio. **4.1.** *El ánimo de engañar ("animus decipiendi")*. **4.2.** *La conducta dolosa (insidia)*. **4.2.1.** La calificación de la conducta dolosa en el ámbito sucesorio. **4.3.** *La gravedad del dolo*. **4.4.** *La irrelevancia del daño en la configuración del dolo*. **4.5.** *De nuevo sobre el carácter axial o integrativo del dolo: la irrelevancia del error en la configuración del dolo*. **4.6.** *Nexo de causalidad existente entre el dolo, y la declaración de voluntad*. **5.** Prueba del dolo. Importancia de las presunciones a los efectos de prueba. **VII.** EL ERROR VICIO **1.** Concepto, fuentes normativas y planteamiento del problema en el ámbito testamentario. **2.** El carácter eminentemente restrictivo de la doctrina sobre el error. **3.** Los requisitos del error invalidante. **3.1.** *La excusabilidad*. **3.2.** *La esencialidad*. **4.** La tipología del error y sus consecuencias jurídicas. **4.1.** *El error de Derecho*. **4.2.** *El error en los motivos. En especial: el artículo 767-1.º C.c.* **4.3.** *El error "in negotio"*. **4.4.** *El error "in persona"*. **4.5.** *El error "in substantia"*. **4.6.** *El error "in qualitate"*. **4.7.** *El error "in quantitate"*. **4.8.** El error material, y el error de cuenta. **VIII.** LA VOLUNTAD VICIADA EN EL ÁMBITO SUCESORIO: RÉGIMEN JURÍDICO DE INEFICACIA. **1.** Régimen jurídico unitario para todos los tipos de vicio de la voluntad. **2.** El régimen de ineficacia se encontraría más próximo a la anulabi-

lidad, que a la nulidad radical. 3. Anulabilidad “sui generis” dada la diferencia existente entre los contratos (*inter vivos*), y los negocios jurídicos *mortis causa*. IX. CONSIDERACIONES CRÍTICAS FINALES: ANTE UN PROBLEMA DE VICIO DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA, LA SOLUCIÓN DE LA INEFICACIA TIENE UN CARÁCTER MARGINAL O RESIDUAL. 1. Las herramientas que el ordenamiento crea con carácter preventivo. 2. Las herramientas que el testador podrá utilizar durante su vida. 3. Soluciones alternativas que se podrían utilizar una vez fallecido el testador. 4. En último extremo cabría pensar que, en la práctica, llegar a probar la existencia del vicio será poco menos que imposible.

I. Introducción: planteamiento del problema

Se trataría de hacer un seguimiento de la teoría sobre los vicios del consentimiento, aplicada al ámbito testamentario, cuando la misma es utilizada en la práctica forense y llega hasta los Tribunales de Justicia, en concreto, a nuestro Tribunal Supremo.

De este modo podremos comprobar hasta qué punto dicha teoría funciona correctamente, o en qué medida cabría proponer alguna rectificación. Estudio que nos obligará a seguir el paralelismo existente entre los ámbitos contractual y testamentario, distinguiendo las peculiaridades propias de los negocios jurídicos *mortis causa* (particularidades que justifican el singular régimen jurídico de éstos).

Cabe preguntar si los principios inspiradores de toda esta materia se han de apoyar en *criterios psicológicos* (subjetivos, girando en torno al consentimiento como acto reflejo de la inteligencia, voluntad y libertad); o bien si la complejidad del tráfico jurídico impone también que se conjuguen

otros muchos factores (entre los que cabría destacar a título meramente ejemplificativo, los siguientes: *pacta sunt servanda*, estabilidad en la contratación, responsabilidad negocial, buena fe, confianza, apariencia, veracidad, seguridad jurídica y del tráfico, etc.).

Puede que el problema de fondo consista en situar el punto de equilibrio existente entre la ética, y el Derecho; entre el respeto a la personalidad (voluntad interna), a la par que se atiende a las necesidades sociales y del tráfico (voluntad declarada, que nos obliga a poner el acento en lo cognoscible, entendido según su significado social imperante en un momento histórico determinado). La justicia conmutativa es un *ideal* que se ha de construir sobre el imperativo de lo más *cotidiano*; pues el Derecho no deja de ser, en primer lugar, ordenamiento de lo *pragmático*, y esta lógica de lo universalmente *rutinario* declara, e impone, que la defensa de nuestro intereses, en principio, ha de ser una labor individual (aunque sólo sea por vía de la atención prestada, y la información recabada); sólo después de que cada sujeto haya hecho lo que, individualmente, se encuentra en su mano hacer, se podrá acudir al amparo del Derecho, y de los jueces. Como afirma el profesor DE CASTRO, “quien actúa socialmente ha de hacerlo responsablemente, *responsabilizándose de su conducta*. ... quien contrata queda obligado contractualmente, no sólo a lo consentido, “sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (art. 1.258)” (1).

A la hora de estudiar esta problemática en relación al ámbito sucesorio no se puede perder de vista que el testamento es un negocio jurídico cuya causa es el *ánimo de liberalidad*; también es *solemne*, *mortis causa* y *perfecto ab initio*, aunque sus efectos sólo se producirán después de acontecida la muerte del testador; además de *irrepetible* (una vez ocurrido el óbito). Desde el punto de vista gené-

(1) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid 1985, pp. 64, 65.

tico es *unilateral, personalísimo y no recepticio*, sin perjuicio de que sus beneficiarios, normalmente, sean una pluralidad de personas, patrimonialmente, completamente independientes entre sí. Peculiaridades del testamento que, sin duda, habrán de introducir variaciones con relación al punto de vista contractual sobre el que parece haberse elaborado la institución de la voluntad, y sus vicios.

La jurisprudencia recaída sobre esta materia de los vicios de la voluntad, si bien es abundante cuando hablamos en términos generales, pasa prácticamente desapercibida cuando la misma ha de referirse al negocio jurídico testamentario en concreto. Esto no obstante el grueso de la doctrina jurisprudencial sobre los vicios del consentimiento aunque, como acabamos de decir, se ha dictado con relación a los contratos, se puede aplicar sin ningún tipo de cortapisas a los testamentos, dado que aquella doctrina se suele referir a los *requisitos estructurales* necesarios para poder configurar el vicio en sí; es decir, la jurisprudencia nos suele decir, tan solo, cuándo y por qué hay violencia, dolo o error; y esa doctrina vale en todo caso (tanto para los contratos, como para los testamentos) ya que resulta indiferente que la violencia, dolo o error, una vez admitidos como tales (por haber cumplido los requisitos estructurales exigidos por el TS), se utilicen para que la víctima firme un contrato, o un testamento. De todos modos, a lo largo del presente trabajo y para ayudar al lector, subrayaremos con cursiva las escasas resoluciones que se refieran a los testamentos en concreto (o al ámbito sucesorio en general).

Vemos como el auténtico problema que tenemos planteado consiste en determinar las *consecuencias* que el vicio de la voluntad (que, en sí mismo, tiene la misma naturaleza, independientemente de que se aplique a contratos, o testamentos) produce en el ámbito sucesorio, para comprobar si hay alguna diferencia con relación a los negocios jurídicos *inter vivos*.

II. Invalidez e ineficacia de los testamentos: fuentes normativas y estado doctrinal de la cuestión

1. Fuentes normativas.

El Título III del Libro III del C.c. se refiere a las sucesiones. En su Capítulo I se estudian los testamentos. Y la Sección 10.^a de dicho capítulo inicial se intitula: “De la revocación e ineficacia de los testamentos” (arts. 737 a 743).

154

La doctrina mayoritaria afirma que el C.c., en esta materia concreta, no se distingue ciertamente por su técnica impecable. El epígrafe utilizado, para empezar, no es muy afortunado. Parece que se intentan contraponer dos ideas: la *revocación*, y la *ineficacia* (esta última voz, como sinónimo de invalidez); el artículo 743 añade otro concepto diferente al planteamiento inicial: la *caducidad*. Todo lo cual ha dado mucho hilo a torcer a la doctrina pues no se sabe a ciencia cierta si el legislador quiso distinguir entre supuestos de ineficacia originaria (nulidad), y sobrevenida (revocación, y caducidad); o bien entre una patología intrínseca al propio testamento (que, conceptualmente, debería calificarse como invalidez), y una patología extrínseca al negocio testamentario (que se concretaría en los supuestos de revocación y caducidad). En medio de este marasmo dogmático los autores también se preguntan si cabe aplicar al negocio jurídico testamentario la teoría general sobre la nulidad de los negocios jurídicos y, en concreto, si en materia de testamento también se pueden utilizar las categorías de *inexistencia*, *nulidad radical o absoluta*, y *nulidad relativa (anulabilidad o impugnabilidad)*. Debates que confirman cómo la teoría sobre la ineficacia negocial no se encuentra todavía suficientemente consolidada.

De los preceptos de Derecho positivo citados tan solo se puede extraer una consecuencia incontrovertible: aunque la Sección 10.^a parece querer estudiar la *ineficacia* de los testamentos con carácter general, salvo el artículo 743 (que po-

dría estar consagrando una aplicación restrictiva de la doctrina de la ineficacia en este ámbito), los restantes preceptos únicamente estudian la *revocación* del testamento. “De suerte que la doctrina legal sobre la ineficacia o invalidez de los testamentos, excepto en lo que se refiere a la revocación, ha de construirse sobre un gran número de preceptos dispersos a través de toda la reglamentación de la sucesión testamentaria” (2). Siendo esto así, y dada la escasez de normas que el C.c. dedica a esta materia, se hace preciso llenar el vacío acudiendo a la aplicación analógica de la normativa sobre la ineficacia contractual en general; pero *mutatis mutandis*, dada la distinta naturaleza y estructura que existe entre los negocios jurídicos *inter vivos* (bilaterales desde el punto de vista genético), y los *mortis causa*. La STS de 12-Nov.-1964, 5080, reconoce estas dificultades al afirmar que “nuestro ordenamiento civil, no recoge en un título o capítulo la doctrina relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos, con su gama de inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, denuncia, caducidad, etc., ni contiene tampoco una normación general sobre la ineficacia de los testamentos; por lo que habrá que inducirla de los diversos preceptos que a una y otra aludan, pero sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos, la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ser aquéllos, unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias”.

155

A los vicios del consentimiento testamentario (en general), se refieren los artículos 673, 674, 756-5.º, 6.º y 997 del C.c. Y aunque no se hable expresamente de error propio, los siguientes preceptos del C.c. aluden a, o regulan, esta problemática: 757, 767, 796, 798, 814, 862-1.º, 878 y 1.079 (que recoge un supuesto parecido al denominado error de

(2) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid 1957, p. 464.

cuenta). El error impropio se podría encontrar en los artículos 668, 675-1.º, 742, 768, 773, 797 y 1.081 del C.c.

Decíamos que en esta sección 10.^a el único precepto que, verdaderamente, se refiere a la ineficacia de los testamentos, es el artículo 743. Esta norma carece de precedentes legales (reproduce literalmente el artículo 921 del Proyecto de 1882), y tampoco tiene concordantes en los Códigos extranjeros. La regla se podría estar inspirando en el principio de conservación del negocio, y en el *favor testamenti*. El legislador quiere rechazar las causas de invalidez dudosas consagrando una presunción general de validez y eficacia de los testamentos (interpretación restrictiva de las causas de ineficacia); desde el ángulo contrario: en una materia tan delicada y trascendental como la testamentaria, no caben argumentos de analogía ni de interpretación extensiva (3).

156 Y la doctrina también se pone de acuerdo a la hora de afirmar que, a pesar de su tenor literal (“sólo en los casos *expresamente...*”), el precepto comprende dentro de sí tanto la nulidad *textual* (*expresa*), como la *virtual* (*tácita*: cuando no se cumplan los requisitos y formalidades exigidos por la ley para la validez y eficacia del testamento) (4).

El régimen de la nulidad también se encuentra recogido en el artículo 675-2.º C.c.: “El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley”. Lo que se dice del testamento vale para disposiciones singulares del mismo (STS de

(3) ALBALADEJO, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, IX-2, Madrid 1983, pp. 455, 456 / CAPILLA RONCERO, *Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento inválido*, ADC En-Mz. 1987, XL, Fasc. I, p. 11 / DE CASTRO GARCÍA, *CC doctrina y jurisprudencia*, III, Madrid 1991, pp. 424, 425 / FERNÁNDEZ NÚÑEZ, en LLEDO YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, II-2.º, Bilbao 1991, p. 793 / MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado...*, XII, Madrid 1950, p. 785 / O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, V, Madrid 1982, p. 180 / VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del CC*, Madrid 1989, p. 1198.

(4) Por todos: ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español. Sucesiones*, V, Madrid 1978, p. 395 / MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al CC español*, V, Madrid 1972, p. 943.

3-Mz.-1980). El precepto se justifica por los abusos que históricamente habían cometido los testadores introduciendo cláusulas prohibitivas de la impugnación. Pero se critica pues no parece añadir nada nuevo a los dispuesto por el artículo 792 C.c. Algún autor entiende que en el ámbito del precepto tan sólo entran las cláusulas radicalmente nulas (y no las disposiciones meramente anulables) (5).

2. La ineficacia de los testamentos: estado doctrinal de la cuestión.

Remontarnos al Derecho Romano no nos ayudaría a aclarar el intrincado panorama de la dogmática sobre la ineficacia, pues en aquella época el estudio del Derecho obedecía, más que a criterios conceptuales y sistemáticos, a planteamientos de tipo empírico; de suerte que en las fuentes romanas, en materia de invalidez e ineficacia del testamento, la doctrina que ha llegado hasta nosotros es sumamente fragmentaria pues en la misma se habla del testamento *ruptum* (por revocación), o *caducum* (por caducidad); y también del *nullum* (por falta de capacidad del testador, falta de institución de heredero, o vicio del consentimiento), *irritum* por *capitis diminutio*, *iniustum* (por defecto de forma), *dessertum* o *destitutum* cuando el instituido no llega a ser heredero, y *rescissum* o *inofficiosum* por preterición de legitimarios u omisión de póstumos. Pensando en concreto en los vicios de la voluntad testamentaria que a nosotros nos interesa estudiar en este momento, los mismos se trataban como indignidad sucesoria; pues la elaboración de una teoría general de la voluntad sucesoria es obra muy posterior en el tiempo, propia de la pandectística (6).

157

(5) SÁNCHEZ-CALERO, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, IX, 1-A, Madrid 1990, p. 199, citando a RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el CC español*, Granada 1986, pp. 89 ss.

(6) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho Hereditario*, Madrid 1990, pp. 244, 245.

Los autores modernos simplifican bastante la cuestión y, posiblemente siguiendo las directrices marcadas por el propio derecho positivo de esta Sección 10.^a (Capítulo I, Título III, Libro III), bajo el epígrafe común "... ineficacia de los testamentos", suelen englobar tres supuestos concretos, a saber: la revocación, nulidad y la caducidad.

2.1. *La revocación no es un supuesto de ineficacia en sentido técnico.*

158

Convendría comenzar destacando como, al contrario de lo que sucede en materia contractual, donde la fórmula de extinción por desistimiento unilateral es francamente excepcional por imperativo del principio de vinculación contractual (art. 1.091 C.c.), sucede exactamente lo contrario en el ámbito testamentario, negocio jurídico unilateral y no recepción por excelencia, que hace perfectamente posible (como consecuencia de su propia lógica estructural) su extinción por revocación unilateral del testador: el testamento es un negocio jurídico *esencialmente revocable*, tal y como afirma el artículo 737-1.º C.c. (recogiendo el principio romano *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*). Desgajamos, por tanto, la revocación del testamento de la teoría de la ineficacia (que por su propia naturaleza se refiere a supuestos patológicos), para encuadrarla sistemáticamente como uno de los supuestos (absolutamente normal, por lo demás) de extinción del negocio jurídico testamentario.

Con otras palabras, si la categoría de la ineficacia se debe entender como una valoración crítica de un determinado acto que, por ser censurable (pues se produce un desajuste entre el tipo legal hipotético, y el supuesto tal y como se ha verificado materialmente en la práctica), el ordenamiento establece las reglas necesarias para volver a la situación primitiva anterior a la constitución de tal acto; está claro que será posible diferenciar: a) La *ineficacia* (o *invali-*

dez) por un lado; discutiéndose (como veremos enseguida) si esta categoría general se puede subdividir, a su vez, en los siguientes tipos: *inexistencia*, *nulidad radical* y *anulabilidad*. En el ámbito testamentario uno de los supuestos de inexistencia podría estar integrado por la *caducidad* a que se refiere el artículo 743 C.c.; pues se trata de casos que no llegan a reunir todos los elementos estructurales necesarios para poder entrar a formar parte del mundo jurídico (arts. 689, 703, 704, 719, 720, 730, 731 C.c.). b) Y por otro lado habría que atender a las causas normales (institucionales) de *extinción del negocio* de que se trate; una de las cuales, pensando en los negocios *mortis causa*, sería la *revocación* (regulada en los arts. 737 ss. C.c.).

2.2. *Invalidez e ineficacia.*

A partir de aquí las dificultades se acrecientan, pues los autores comienzan a hacer distinguos conceptuales que en un terreno como el de la ineficacia negocial, todavía no suficientemente perfilado, no siempre ayudan a despejar el panorama. Se trataría, por tanto, de referirnos muy breve y claramente a la problemática, para no contribuir a una mayor opacidad del debate con nuestro trabajo (que, supuestamente, debería intentar aportar alguna dosis de claridad a la discusión).

Algún autor entiende que el epígrafe de la sección 10.^a quiere distinguir la invalidez, como *patología intrínseca* (p. ejem., supuestos de nulidad, falta de capacidad, o vicios del consentimiento); de la ineficacia, entendida esta categoría dogmática como *patología extrínseca* al negocio testamentario (p. ejem., la revocación) (7). Ya hemos advertido, y en este punto no hacemos sino seguir a la mejor doctrina, cómo “definir la ineficacia y situarla en el campo de los concep-

(7) ROCA SASTRE-MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona 1995, p. 280.

tos jurídicos constituye una tarea que no resulta nada fácil. Por lo pronto, la terminología usual no se encuentra fijada y es en muchas ocasiones equívoca”. Por ello el profesor DíEZ-PICAZO, después de analizar los términos nulidad, ineficacia e invalidez, concluye afirmando: “Como resumen de toda esta reflexión puede decirse que la acuñación de una terminología tiene siempre mucho de arbitrario, por lo que a la alternativa invalidez-ineficacia no es posible darle una respuesta categórica”. De este modo el citado profesor, estudiando en un epígrafe concreto la distinción existente entre la invalidez y la llamada ineficacia en sentido estricto, hace ver cómo tal diferenciación no parece útil, pues la terminología es arbitraria ya que el contrato inválido ha de ser también, por hipótesis, ineficaz (8). En definitiva, creemos que el estado actual de nuestra doctrina permite utilizar como sinónimos los términos invalidez, e ineficacia.

160

Esto no obstante, la diferenciación existente entre una patología intrínseca, y otra extrínseca, no está mal vista cuando pensamos en el negocio jurídico testamentario en concreto (encontrando, así, una de sus peculiaridades en relación a los contratos *inter vivos*); pues dicho enfoque corre paralelo a otro con indudable repercusión práctica en el ámbito sucesorio: la diferencia abismal que existe a la hora de hablar de la ineficacia del testamento en sí (de *todo* el testamento), o, simplemente, de *alguna* de sus disposiciones. Dice muy bien ARMERO DELGADO que “hay siempre una diferencia fundamental entre la nulidad del acto testamentario, que por ser total priva al testamento de todo efecto jurídico, como si no se hubiera otorgado, y la nulidad de las disposiciones que contiene, nulidad que aunque sea tan amplia que, por afectar a todas ellas, el testamento puede decirse que queda sin contenido, no privará a éste de un

(8) DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid 1993, pp. 424, 425, 431.

efecto de gran importancia, que es el de revocación de los testamentos anteriores" (9).

Una aplicación práctica concreta muy interesante de esta peculiaridad la encontraríamos en *la nulidad parcial del testamento*; técnica que el legislador utiliza con profusión (posiblemente inspirándose en el principio de conservación de los negocios, el *favor testamenti*; y también en la regla *utile per inutile non vitiatur*: debe preferirse la ineficacia parcial cuando se pruebe que el testamento se hubiera querido igualmente sin la parte viciada) (10). Además, como regla general, no hay que perder de vista que el propio artículo 743 se refiere a la ineficacia de los testamentos "en *todo* o en *parte*...".

2.3. *Inexistencia, nulidad radical y anulabilidad.*

Los problemas, empero, no se acaban pues, como avanzábamos antes, en esta materia la ley ofrece muy pocos datos y bastante confusos, por lo que los autores se preguntan si al negocio jurídico testamentario se le puede aplicar la distinción existente entre las categorías denominadas inexistencia, nulidad radical y anulabilidad; es decir, se discute sobre los distintos grados de invalidez del testamento: la ineficacia del testamento, ¿es una, o múltiple? Y en este último caso habría que determinar cuales son los distintos tipos de invalidez.

161

(9) ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, I, Madrid 1951, p. 545. En una línea parecida también se pueden consultar los siguientes autores y obras: DE CASTRO GARCÍA, *CC doctrina y...*, III, pp. 424, 425 / DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid 1990, p. 155 / ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, V, p. 395 / FERNÁNDEZ NÚÑEZ, en LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, II-2.º, Bilbao 1991, p. 791 / OSSORIO MORALES, *Manual...*, p. 464 / SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, VI, Jaén 1979, p. 360.

(10) En muchos supuestos concretos, por aplicación de la normativa sucesoria, el testamento como conjunto unitario sigue siendo válido y eficaz, no obstante alguna disposición concreta del mismo resulte ineficaz (sin que ello implique comunicación de dicha ineficacia al resto del negocio); a título meramente ejemplificativo cabría citar los siguientes preceptos: 672, 750 a 755, 781 ss., 826-2.º, 862 ss. C.c.

2.3.1. *Inexistencia.*

Parece que VALVERDE Y VALVERDE tan solo admite una única categoría: la *inexistencia*; para lo que se apoya en las siguientes consideraciones: "En que el Código no reconoce tal distinción ni admite tampoco distintos efectos al testamento nulo del artículo 673 o del artículo 687... Que de haber querido el legislador distinguirlo, hubiera dicho o hubiera expresado su voluntad de modo parecido a como lo ha hecho en los contratos... Que faltando la forma en ellos, el testamento es nulo con nulidad absoluta, y por eso dijimos en otro lugar, que el testamento hecho sin las formalidades de la ley le llama el código nulo y es más bien inexistente" (11).

162

Por el contrario DE BUEN entiende que en los testamentos sí es posible distinguir la inexistencia (a la que se referiría el art. 687 C.c.), de aquellos otros supuestos que lo son de nulidad (art. 673 C.c.); los efectos en cada caso no son los mismos ya que según el autor citado cuando, p. ejem., el Juez examina el testamento ológrafo para ordenar su protocolización, faltando algún requisito esencial, el propio Juez podrá rechazar el testamento, mientras que mediando vicio en el consentimiento, será necesario acudir a un juicio declarativo (12).

Ante esta problemática, y sin pretensiones dogmáticas, creemos posible hacer la siguiente puntualización: apoyándonos en la doctrina más difundida sabemos como, a pesar de que el término inexistencia tiene arraigo en nuestro sistema, su aceptación no debería conducir a un desajuste de la teoría de la ineficacia pues procede de la doctrina francesa como construcción doctrinal necesaria para obviar la dificultad del carácter taxativo de las causas de nulidad en el país vecino; problema con el que no es posible encontrarse en

(11) VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, V, Valladolid 1916, pp. 144, 145.

(12) DE BUEN, *Derecho Civil Español Común*, Madrid 1922, pp. 863, 864.

nuestro ordenamiento vigente. Por ello, y sin querer enredar más los debates dogmáticos ya suscitados al respecto sino, simplemente, intentando aprovechar la fuerza expresiva de cada término y su indudable arraigo en la práctica, cabría señalar cómo el término (y concepto) inexistencia podría reservarse, como tributo al necesario conceptualismo, para referirse a la patología consistente en la falta de algún requisito esencial del negocio (art. 1.261 C.c. en materia de contratos; arts. 670 y 687 C.c. en el ámbito testamentario). Mientras que el término nulidad radical tendría su raíz en el propio derecho positivo (art. 6-3.º C.c.), englobando dentro de sí todos los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas. La distinción, desde luego, es puramente convencional, pues igualmente se vulneran las normas de *ius cogens* omitiendo los requisitos estructurales del negocio que imperativamente ordena la ley; a mayor abundamiento, las consecuencias jurídicas en uno y otro caso habrán de ser las mismas (el modelo teórico de la inexistencia, se solapa con el de la nulidad radical).

163

2.3.2. *Nulidad radical o absoluta.*

La distinción existente entre los dos tipos (teóricos) de nulidad, absoluta y relativa, tiene una indudable trascendencia práctica, y por ello los autores discuten si ambas categorías son aplicables, o no, a los testamentos. En concreto, la cuestión a plantear sería la siguiente: el problema del testamento que adolece de vicios del consentimiento, ¿cómo se soluciona? ¿Por vía de la nulidad radical, o utilizando la técnica de la anulabilidad?

Algún sector doctrinal recomienda utilizar la técnica de la *nulidad radical* con relación a los negocios jurídicos *mortis causa* (13). Veamos sus razones: pensando que el testa-

(13) Además de los autores citados en el texto, cabría tener en cuenta a los siguientes: ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, I, Madrid 1951, pp. 111, 542 / ROCA SASTRE, Ramón M.ª y BADOSA COLL, Fernando, en ENNECCERUS y otros, *Tratado de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, I, Barcelona 1976, pp. 275, 280 ss.

mento es un acto *mortis causa* que produce efectos en un momento en que el testador ya no puede evitar sus consecuencias, cabría configurar los vicios del consentimiento testamentario como un verdadero delito civil sancionado con la pena de la nulidad radical (14). Por otro lado ESPÍN CÁNOVAS explica que “el negocio anulable es susceptible de convalidación... pero en el testamento no cabe expresar la voluntad convalidatoria más que a través de un nuevo testamento, una vez cesada la causa de nulidad (violencia, dolo, art. 673), por lo que al reunir los requisitos formales del testamento sería éste el que produjese efecto directamente” (15). Con lógica impecable FERNÁNDEZ NÚÑEZ afirma que la anulabilidad trata de dejar en manos de la víctima la legitimación activa para impugnar el negocio; de modo que “partiendo de esta idea parece que la anulabilidad tiene escasa proyección sobre el testamento, pues si el testador aprecia alguna irregularidad en su otorgamiento lo que puede hacer es revocarlo libremente sin necesidad de impugnar nada” (16). Algo parecido entienden Díez-PICAZO y GULLÓN cuando afirman que “la anulabilidad es acción que no tiene encaje en los testamentos, pues protege al contratante que ha sufrido el vicio (art. 1.302). El testador obviamente carece de ella, la protección de sus intereses se atiende mediante el poder de revocar el testamento viciado que en todo momento ostenta. Luego sus sucesores no están legitimados para actuar una acción que él no tenía” (17). VIÑAS MEY sostiene que “en nuestro Derecho existe una razón legal concluyente a favor de la nulidad. A tenor del artículo 767... el testamento otorgado con error en el motivo determinante

(14) DE COSSIO, *Dolo y captación en las disposiciones testamentarias*, ADC Abr.-Jun. de 1962, XV, Fasc.II, p. 278 / SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, IX, 1-A, Madrid 1990, p. 187.

(15) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, V, p. 396.

(16) FERNÁNDEZ NÚÑEZ, en LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, II-2.º, p. 799.

(17) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid 1995, p. 445.

de la disposición es necesariamente nulo” (18). El profesor DE CASTRO, seguido por otros autores (19), también entiende que los vicios de la voluntad testamentaria se corrigen más satisfactoriamente utilizando la técnica de la nulidad radical (y no tanto la impugnabilidad): “En efecto, en el testamento y en los negocios *mortis causa* de carácter no contractual, coincide el momento de la muerte de la víctima del vicio de la voluntad, con el de la eficacia del negocio mismo; siendo entonces el heredero quien está legitimado para ejercitar las acciones de anulación que corresponderían al testador, y aquí, ese heredero será normalmente el causante del vicio. ... Nuestro Código civil dispone: ‘Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude’ (art. 673); nulidad que en nada parece distinguirse de la resultante de no haberse observado en el testamento las formalidades legales (art. 687). El artículo 1.252 establece que en las cuestiones relativas a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la cosa juzgada es eficaz contra terceros. Una y otra disposición no parecen dictadas en favor de cualquier posible interesado; éste no fue la víctima del dolo, sino el testador, y, por ello, bastará la demostración del vicio para la declaración de la nulidad, con general eficacia. Parece, por todo esto, que no se le podrán aplicar las reglas del artículo 1.301. La acción, eso sí, como en todo supuesto de nulidad, sólo podrá ejercitarse por quien tenga un interés legítimo en ello; por ejemplo, quienes por la declaración de nulidad resultasen herederos testamentarios, abintestato, legatarios o albaceas. No podrá, por tanto, ejercitarse cuando haya desaparecido dicho interés; p. ejem., cuando prescriba la acción de petición de herencia (arts. 1.016, 1.964)” (20).

165

(18) VIÑAS MEY, *Los vicios de la voluntad testamentaria*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Curso de Conferencias 1948, p. 468.

(19) CAPILLA RONCERO, *Nulidad e impugnabilidad del testamento...*, pp. 34, 35 / SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al CC...*, IX, 1-A, p. 194.

(20) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 158. Reafirma su opinión en las páginas 502, 503 y 504 de la misma obra.

Decantarse a favor de la nulidad radical como remedio aplicable al problema de la ineficacia de los testamentos es una opinión perfectamente razonable, como acabamos de ver. Ahora bien, los moldes teóricos nos pueden acabar mostrando alguna fisura cuando los hacemos funcionar en la práctica; así, aun siendo verdad que, en principio (en circunstancias normales), el testador siempre tiene a mano la posibilidad de la revocación, el arma de la impugnación (a través de su representante legal) le podrá ser muy útil cuando, perdida la capacidad para testar, descubra que su último testamento adolece de algún vicio, pues en ese momento ya no lo podrá revocar por imperativo de los artículos 670 y 738 C.c. (21).

Y abordando cuestiones de prescripción también choca un poco que un vicio tan eminentemente transitorio como la violencia pudiera gozar de la ventaja de la imprescriptibilidad; lo normal es que la violencia, materialmente, se produzca en un periodo relativamente corto y que, después, cese; no sería imaginable que una presión brutal se prolongara durante una serie de años continuados.

Tampoco parece posible afirmar que la confirmación no puede darse en los testamentos, pues el documento convalidante es otro nuevo testamento; y ello porque, si bien es verdad que no será el viejo testamento confirmado, sino el nuevo, el que producirá los efectos directamente, esto es debido al carácter formal del testamento: la confirmación sí es posible, mas cumpliendo las formalidades necesarias para testar; y lo que sucede es que dicha forma llega a eclipsar al propio acto confirmatorio. En cualquier caso la discusión parece puramente académica: mediando vicio lo normal es que el testador otorgue una nueva disposición, acorde a su verdadera voluntad, en cuanto pueda.

La crítica que acabamos de hacer no pretende destruir la opinión favorable a la nulidad radical como tratamiento ade-

(21) SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al CC.*, IX, 1-A, p. 195.

cuado a los problemas de declaración de voluntad sucesoria viciada; simplemente pone de manifiesto cómo los modelos teóricos de la nulidad radical, y la anulabilidad, son meras herramientas (su carácter es eminentemente *funcional*) que nos han de ayudar a encontrar el régimen jurídico más adecuado para cada institución en concreto (sin dejarnos encorsetar por dogmas; dogmas, éstos, cuyo significado y alcance es preciso conocer previamente, si se quieren aplicar, después, con alguna utilidad). Y en la búsqueda de este régimen jurídico ideal para cada institución en concreto muy posiblemente nos veremos obligados, llegado el caso, a utilizar elementos recogidos en uno y otro de los distintos (que no excluyentes) moldes teóricos propuestos. Como muy bien señala el profesor Díez-Picazo, “el legislador no se encuentra vinculado por ninguna de las posibles categorías dogmáticas y puede dotar a la disciplina normativa que establezca del contenido que estime más conveniente; y es un grave error pensar lo contrario” (22).

167

2.3.3. Ineficacia “*sui generis*” aplicable a los testamentos.

En línea con esta última consideración, CAPILLA RÓNCERO propugna *un único tipo de ineficacia “sui generis” para el testamento* que no se ha de corresponder exactamente con ninguno de los dos regímenes contractuales modelo (nulidad radical, o anulabilidad). Este autor entiende que, en materia de ineficacia del testamento, el enfoque adecuado de la cuestión exige distinguir: (23) a) Entre una acción declarativa de la ineficacia estructural, que permitirá comprobar la existencia del vicio o defecto; con relación a esta acción se puede entender que hay un único régimen de ineficacia del testamento, aplicable a todos los casos. Y b) acciones materiales de condena: una vez que triunfe la anterior acción

(22) Díez-Picazo, *Fundamentos...*, I, p. 432.

(23) Capilla Róncero, *Nulidad e impugnabilidad...*, pp. 40 ss.

declarativa, entra en juego la acción de condena, que será diferente según el supuesto de ineficacia de que se trate; en la mayoría de los casos esta acción de condena se encauzará por vía de la *actio petitio hereditatis*.

Una opinión paralela a la anterior pudiera ser la manifestada por ESPÍN CÁNOVAS, apoyándose en la STS de 27-Feb.-1964, que le permite distinguir entre la acción de declaración de nulidad absoluta, que es imprescriptible; y las acciones de restitución o repetición, que se encuentran sometidas a plazos de prescripción (24).

2.3.4. *El testamento admite distintos grados de invalidez.*

La doctrina mayoritaria parece *admitir distintos grados de invalidez del testamento, que oscilan entre la nulidad radical, y la anulabilidad*; se afirma que hoy, esta polémica sobre los diversos grados de invalidez del testamento, ha sido superada. Los matices, sin embargo, se multiplican, pues no siempre se llenan con el mismo contenido aquellos planteamientos iniciales (y, aparentemente, idénticos). Para hacernos una idea del panorama, sin extendernos en exceso, apuntaremos esquemáticamente las opiniones de la doctrina más señera: (25).

Abordando, en primer lugar, las enseñanzas de la doctrina clásica, cabría comenzar citando a OSSORIO MORALES quien, en principio, parece defender la existencia de un único tipo de ineficacia: la inexistencia o nulidad absoluta.

(24) ESPÍN CÁNOVAS, *La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión*, ADC Jul-Sept. 1970, XXIII, Fasc. III, pp. 537 ss.

(25) También se pueden consultar los siguientes autores y obras: BALLESTER GINER, *Derecho de Sucesiones. Aspecto civil y fiscal*, Madrid 1989, pp. 60 ss., 663, 668 ss./ COLIN. CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, VIII, Madrid 1981, pp. 313, 314 / FERNÁNDEZ NÚÑEZ, en LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, II-2.º, p. 799 / O'CALLAGHAN, *Compendio...*, V, p. 182 / PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-2.º, Barcelona 1977, pp. 181 ss./ SANTOS BRIZ, *Derecho Civil...*, VI, pp. 360, 367.

Esto no obstante, más adelante, encuadra dentro del régimen de la anulabilidad los supuestos de vicios del consentimiento; y aquellos en los que un testamento adolece de defectos de forma, para lo que se apoya en la jurisprudencia que admite la convalidación del testamento por los interesados que aceptan una disposición, en principio, nula (26).

DE LA CÁMARA contrapone tres tipos de ineficacia: (27) a) La nulidad absoluta: cuando el testamento carece de entidad suficiente como para devenir eficaz por asentimiento, o prescripción. b) La nulidad relativa: se trata de una forma de testar permitida, en la que se han observado los requisitos básicos de la forma testamentaria de que se trate, pero en los que se ha omitido una formalidad determinante de la ineficacia según la reglamentación propia del tipo. c) La anulabilidad, que comprende la falta de capacidad que no suponga ausencia absoluta de consentimiento, y los vicios de la voluntad testamentaria.

169

PUIG PEÑA también distingue entre la nulidad absoluta, que integra los supuestos de falta de capacidad del testador, inobservancia de las formalidades legales y violación de una norma inderogable; y la anulabilidad por vicios del consentimiento (28).

Más recientemente otros muchos autores siguen derroteros similares; así ALBALADEJO admite que se pueda distinguir entre la nulidad radical (incapacidad, vulneración de una prohibición legal, incumplimiento de los requisitos de forma, testamento no hecho en serio y error *in negotio*); y la anulabilidad por vicios del consentimiento (29).

LACRUZ BERDEJO distingue entre una nulidad insanable, a veces próxima a la inexistencia (falta de capacidad natural,

(26) OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, pp. 476 ss.

(27) DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho Sucesorio*, pp. 156, 157.

(28) PUIG PEÑA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XII, Barcelona 1977, voz: "Ineficacia de los testamentos", pp. 458 ss., 470 ss.

(29) ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Barcelona 1994, p. 363.

ausencia absoluta de consentimiento, falta la forma esencial, infracción de los arts. 669 y 670 C.c.); la nulidad por vicios de forma en aquellos casos en los que, objetivamente, existe el testamento; y la anulabilidad por defecto no esencial de capacidad, y vicios del consentimiento (30).

Por último RIVAS MARTÍNEZ diferencia la nulidad radical (ausencia absoluta de consentimiento, vulneración de una prohibición legal e incumplimiento de los requisitos de forma esencial); y la anulabilidad por vicios del consentimiento (31).

Nos parece correcto entender que el tratamiento jurídico no puede ser exactamente el mismo en unos casos o en otros, lo que exige acuñar distintos regímenes de ineficacia. La falta de tipicidad legal vulnerando, p. ejem., los artículos 669 y 733 C.c. (testamento mancomunado), o el artículo 670 C.c. (testamento por comisario), parece que entra de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 6-3.º C.c., reclamando una nulidad de pleno derecho.

Desde otro punto de vista ahora vamos a comprobar cómo, en contra de lo que nos enseña la teoría, en algunos casos es posible convalidar actos radicalmente nulos. En efecto: consideraciones de equidad, así como una encomiable tendencia a valorar en sus justos términos el carácter formal del testamento (arts. 687, 688, 705 y 715 C.c.), ha permitido a la jurisprudencia del TS distinguir, desde antiguo, entre las formalidades esenciales, y las secundarias, existiendo, con relación a las últimas, una corriente favorable a la *convalidación del testamento* nulo por reconocimiento, expreso o tácito, de los interesados en el mismo; los autores se suelen referir a las siguientes SSTs, entre otras: 6-Abr.-1896, 24-Dic.-1896, 21-Nov.-1899, 26-Nov.-1901, 23-Nov.-1904, 28-Feb.-1906, 30-Abr.-1909, 5-Dic.-1909, 13-May.-1916, 27-Jun.-1917,

(30) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Barcelona 1988, pp. 305 ss.

(31) RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Común y Foral*, I, Madrid 1997, pp. 522, 523.

29-Dic.-1927, 27-Dic.-1930, 15-Oct.-1951, 20-Oct.-1962, 14-Jun.-1963, 24-Oct.-1963. Esta doctrina puede que no obedezca a una impecable técnica jurídica y, en alguna medida, podría acarrear cierta inseguridad; (32) esto no obstante los frutos obtenidos son considerablemente mayores pues, como se afirma en la obra de CASTÁN TOBEÑAS, “sería deplorable que por la omisión de un insignificante requisito pudiera un heredero intrigante lograr la anulación de un testamento” (33). Incluso la DGRyN se muestra favorable a este tipo de convalidación (RRDGRyN de 26-Sept.-1904; 20-Jun.-1910; 10-Dic.-1913, 29-En.-1931). Doctrina de la Dirección General utilizada por LOUZAO para afirmar que “el art. 687 C.c. fue dictado para los Tribunales, no para los Registradores; aquéllos, previa reclamación de parte, fallan “a posteriori”, según el precepto que se reputa infringido. Ningún testamento es “necesariamente nulo” ni entraña, por tanto, defecto insubsanable, por vicios de nulidad que contenga; los interesados pueden acatarlo como válido” (34). Conviene subrayar sus últimas palabras: el acto se *acata* como válido: nunca se purifica (la irregularidad subsiste siempre); tan solo se actúa sobre la eficacia del acto.

Pues bien, otro de los defectos estructurales posibles en el ámbito testamentario sería el vicio en el consentimiento. Encontrar un régimen jurídico adecuado para solucionar esta cuestión será el objeto de nuestro análisis a lo largo de las

(32) La jurisprudencia acostumbra a legitimar su proceder con apoyo en el principio de los actos propios. Solución criticada por GULLÓN BALLESTEROS, *La confirmación*, ADC, 1960, IV, pp. 1205, 1206, 1209; para quien la confirmación se aproxima más a una renuncia de derechos. Pues el principio de los actos propios debería poder funcionar sin tener conocimiento de la causa de nulidad; lo que por imperativo del artículo 1.311 CC no está permitido cuando se trata de una verdadera confirmación. En la misma línea CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La “sanatoria excepcional” de las disposiciones testamentarias nulas en el Derecho español*, RDP, Sept. de 1977, pp. 644 ss.

(33) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, VI-2.º, Derecho de Sucesiones, p. 450.

(34) LOUZAO, *Sobre nulidad de testamentos*, RDP, En.-Dic. de 1918, V, pp. 264, 265.

siguientes líneas; sin perder de vista que, como acabamos de comprobar, la mayoría de los autores encuadran la institución en el marco de la anulabilidad (nulidad relativa o impugnabilidad).

III. Tipología de los vicios de la voluntad

Cuando se habla de los vicios de la voluntad con ello se quiere decir que tal voluntad *existe*, si bien se ha *formado anormalmente* debido a la perniciosa interferencia de alguna influencia externa (35).

(35) Pensando en los manuales al uso y obras de carácter general, la bibliografía básica sobre los vicios de la voluntad se podría encontrar en los siguientes trabajos: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, Barcelona 1989 / BERISTAIN, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIII, Barcelona 1968, pp. 510 ss./ CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, VIII, Buenos Aires 1981, pp. 389 ss./ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I-2.º, Madrid 1971, pp. 650 ss.; III, Madrid 1983, pp. 515 ss./ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid 1985 / DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid 1988, pp. 380 ss./ COVIÁN, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VII, Barcelona 1980, pp. 691 ss./ Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid 1993, pp. 160 ss./ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid 1990, pp. 515 ss.; II, Madrid 1989, pp. 55 ss./ DORAL, DEL ARCO, *El negocio jurídico*, Madrid 1982, pp. 143 ss., 165 ss./ GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia 1992 / GARCÍA GOYENA, *Concordancias Motivos y Comentarios del CC Español*, Zaragoza 1974, pp. 524 ss./ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, IV, pp. 32 ss./ LARENZ, *Derecho Civil. Parte General*, Jaén 1978, pp. 505 ss., 543 ss./ LARROUMET, *Teoría General del Contrato*, I, Bogotá 1993, pp. 250 ss./ LASARTE, *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Madrid 1991, pp. 313 ss./ LUNA SERRANO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I-3.º, Barcelona 1990; II-2.º, Barcelona 1987 / MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al CC Español*, VIII-2.º, pp. 549 ss., 569 ss., 584 ss./ MORALES MORENO, *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid 1995; IV, Madrid 1995; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, XVII, I-B, Madrid 1993, pp. 210 ss.; *Comentario del CC*, II, Madrid 1991, pp. 458 ss./ MUCIUS SCAEVOLA, *CC comenado y concordado...*, XX, Madrid 1958, pp. 690 ss./ PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER, en ENNECERUS y otros, *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil (Parte General)*, I-2.º, vol. 1.º, Barcelona 1981, pp. 334 ss., 376 ss., 392 ss./ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona 1988 / PUIG PEÑA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VI, pp. 283 ss.; VII, Barna. 1980, pp. 683 ss.; VIII, Barna. 1956, pp. 634 ss.; XIII, Barna. 1968, pp. 525 ss./ RUIZ SERRAMELERA, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, II, Madrid 1982, pp. 56 ss.; *El negocio jurídico*, Madrid 1980, pp. 93 ss., 113 ss./ RUIZ VADILLO, *Derecho Civil. Introducción al estudio teórico-práctico*, Logroño 1992, pp. 202 ss./ SANTOS BRIZ, *Código*

A partir del momento en que se tiene consciencia del entorno, la voluntad interna podría descomponerse en un

Civil. Doctrina y Jurisprudencia, IV, Madrid 1991, pp. 640 ss./ UNIDROIT. *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma 1995, pp. 72 ss./ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del CC*, Madrid 1989, pp. 2110 ss.

Centrando la problemática en el ámbito testamentario cabe referirse a la siguiente bibliografía básica: ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Barcelona 1994, pp. 361 ss.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, IX, 1-A, Madrid 1990, pp. 200 ss.; IX-2.º, Madrid 1983, pp. 455 ss./ ARMERO DELGADO, *Testamentos y Particiones*, I, Madrid 1951, pp. 111 ss., 540 ss./ BADOSA COLL, en ENNECERUS y otros, *Tratado de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, I, Barcelona 1976, pp. 274 ss./ BALLESTER GINER, *Derecho de Sucesiones. Aspecto civil y fiscal*, Madrid 1989, pp. 58 ss./ BARBERO, *Sistema de Derecho Privado*, V, Buenos Aires 1967, pp. 296 ss./ DE BUEN, *Derecho Civil Español Común*, Madrid 1922, pp. 862 ss./ DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid 1990, pp. 154 ss./ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, VI-2.º, Madrid 1979, pp. 434 ss./ CASTRO LUCINI, *Temas de Derecho Sucesorio*, Madrid 1978, pp. 137 ss./ DE CASTRO GARCÍA, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, III, Madrid 1991 / DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid 1985, pp. 127 ss., 157 ss., 502 ss./ COCA PAYERAS, *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid 1995, pp. 6524 ss./ COLIN, CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil*, VIII, Madrid 1981, pp. 312 ss./ DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid 1988, pp. 534 ss./ Díez-PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Madrid 1981, pp. 358 ss./ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid 1995, pp. 355 ss., 445 ss./ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, V, Sucesiones, Madrid 1978, pp. 393 ss.; *Comentario del CC*, I, Madrid 1991, pp. 1692 ss./ FERNÁNDEZ NÚÑEZ, en LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, II-2.º, Bilbao 1991, pp. 791 ss./ GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia 1992, pp. 564 ss./ GORDILLO CAÑAS, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, X-1.º, Madrid 1978; *Comentario del CC*, I, Madrid 1991 / GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, III, pp. 413 ss./ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Barcelona 1988, pp. 303 ss./ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al CC Español*, V, Madrid 1972; VI-1.º, Madrid 1973 / MORENO QUESADA, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, X-1.º, Madrid 1987, pp. 352 ss./ MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado...*, XII, Madrid 1950, pp. 185 ss., 784 ss.; XIII, Madrid 1944, pp. 496 ss., 519 ss./ O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Madrid 1982, pp. 179 ss./ OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Madrid 1957, pp. 463 ss./ PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER, *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil (Parte General)*, I-2.º, vol. 1.º, Barcelona 1981, pp. 361 ss./ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-2.º, Barcelona 1977, pp. 179 ss./ PUIG PEÑA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XII, Barcelona 1977, pp. 458 ss.; *Tratado de Derecho Civil Español*, V-1.º, Madrid 1974, pp. 125 ss./ RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, I, Madrid 1989, pp. 353 ss.; idem, *Derecho de Sucesiones...*, I, Madrid 1997, pp. 519 ss./ ROCA SASTRE, en ENNECERUS y otros, *Tratado de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, I, Barcelona 1976, pp. 274 ss.; *Dictámenes Jurídicos*, I, Barcelona 1984, pp. 248 ss./ ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona 1995, pp. 279 ss./ SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, IX, 1-A,

elemento cognoscitivo (conocimiento), la voluntad propiamente dicha (el querer lo anteriormente conocido), y la libertad de ese querer.

Pues bien, normalmente se admite que la *violencia*, *absoluta* o *relativa*, afectan al propio querer, y a la libertad para manifestarlo. Mientras que el *dolo* y el *error* vicio interfieren en el proceso cognoscitivo del entendimiento. La falta de consciencia nos desviaría hacia temas de capacidad, que no serán tratados en el presente trabajo.

La voluntad interna ha de exteriorizarse para que el Derecho la pueda tener en cuenta y, en ese momento, cabe plantear el problema de la desconexión existente entre la voluntad negocial, y la declaración de voluntad. Si la divergencia es consciente, según los casos, derivará hacia la *reserva mental*, la denominada *falta de propósito negocial*, o la *simulación*. La divergencia inconsciente es constitutiva del denominado *error impropio* u *obstativo*.

174

Pensando en los contratos en sentido estricto (bilateralidad genética) ha de haber un sector de voluntad común a ambos contratantes (sobre el objeto y la causa: art. 1.262 C.c.) pues, caso contrario, no se podrá hablar de *consenso* (ni de vicios del consentimiento), sino de *disenso* (desacuerdo).

1. Tipología de las declaraciones de voluntad viciadas en el ámbito sucesorio.

En el ámbito sucesorio en concreto, y a título meramente ejemplificativo, la declaración de voluntad aparece en los

Madrid 1990, pp. 181 ss./ SANCHO REBULLIDA, *Comentario del CC*, I, Madrid 1991, pp. 1847 ss./ SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, VI, Jaén 1979, pp. 360 ss./ SERRANO ALONSO, *Manual de Derecho de Sucesiones*, Madrid 1997, pp. 117 ss./ TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid 1967, pp. 418 ss./ VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, V, Valladolid 1916, pp. 142 ss./ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del CC*, Madrid 1989, pp. 1099 ss., 1198 ss., 1224 ss., 1228 ss.

siguientes casos (en todos los cuales sería posible que se encontrara viciada):

Cuando el testador *otorga testamento* (especialmente el ológrafo, art. 688). O bien podrían estar viciadas, tan solo, algunas de las declaraciones de última voluntad del testador: la rehabilitación del indigno (art. 757); desheredación (arts. 848 ss.); la partición realizada por el propio testador (art. 1.056).

Dentro de la órbita del Derecho de Sucesiones, pero refiriéndonos a negocios jurídicos *inter vivos*, el vicio de la voluntad también puede aparecer cuando el heredero *acepta la herencia*; vende su cuota (art. 1.531); o en la partición realizada por los propios coherederos (art. 1.058).

IV. La violencia en sus distintas manifestaciones

175

Desde la perspectiva del supuesto de hecho material, son perfectamente diferenciables estas tres formas de violencia: (36).

(36) Sobre estas cuestiones es interesante la consulta de los siguientes autores: ALVÁREZ CORTINA, *Violencia y miedo en el CC español. Su aplicación al matrimonio*, Oviedo 1983, p. 113 / BERISTAIN, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIII, Barcelona 1968, voz "intimidación", pp. 510 ss./ Díez-PICAZO, *La intimidación en la jurisprudencia del TS*, ADC, Abr.-Sept. de 1979, XXXII, Fasc. II-III, pp. 545 ss./ FERNÁNDEZ DEL CORRAL, *El miedo como causa de nulidad de los matrimonios civiles*, REDC, 1952, pp. 663 ss./ GORDILLO CAÑAS, *Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual*, RDP, Mz. de 1983, pp. 214 ss.; idem, *Nulidad, anulabilidad e inexistencia. El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación*, Centenario del CC, I, Madrid 1990, pp. 935 ss.; idem, voz: *Declaración de voluntad*, Enciclopedia Jurídica Básica, II, pp. 1925 ss./ HERNÁNDEZ GIL, MORO LEDESMA, *Contratación en zona roja. Contrato de compraventa; vicios del consentimiento (STS de 30-Sept.-1942)*, RDP, 1943, XXVII, pp. 327 ss.; idem, *Validez de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la revolución (Estudio exegético de la Ley de 5-Nov.-1940)*, Madrid 1941 / LUNA SERRANO, *Los vicios del consentimiento contractual*, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, Madrid 1981, pp. 449 ss./ MORALES MORENO, *Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes. Anotaciones a la STS de 11-Dic.-1986*, ADC, Abr.-Jun. de 1988, XLI, Fasc. II, pp. 607 ss.; Enciclopedia Jurídica Básica, IV, voz "violencia", pp. 6866 ss.; idem, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, XVII-1B, Madrid 1993,

1) La *vis absoluta* o *vis ablativa* (art. 1.261-1.º C.c.): que consiste en una fuerza física bruta e irresistible, que se ejercita actualmente (inmediatamente) sobre el cuerpo de la víctima (*vis corpore, corpori illata*), excluyendo totalmente su consentimiento: tan solo hay apariencia de consentimiento (la víctima es un mero instrumento en manos de su agresor).

2) La *vis compulsiva* o *vis impulsiva* (art. 1.267-1.º C.c): que también consiste en una fuerza física bruta que actuó recientemente sobre el cuerpo de la víctima, o bien lo está haciendo actualmente; pero sin excluir totalmente su consentimiento, aunque sí consigue doblegar la voluntad de la víctima. En los Tribunales de Justicia el vicio se demuestra probando que sobre la víctima medió aquella fuerza bruta; a partir de aquí resulta lógico presumir la existencia de un mal ilícito que produce miedo determinante del consentimiento.

Bien es verdad que el artículo 1.267-1.º habla de una “fuerza irresistible”, lo que parece aludir directamente a la *vis ablativa*; esto no obstante “lo irresistible de la fuerza no se refiere a que quien declaró se haya visto forzado a emitir o hacer los signos propios de la declaración..., sino al encontrarse en una situación de fuerza, frente a la que no

pp. 341 ss.; idem, *Comentario del CC*, II, Madrid 1991, pp. 464 ss./ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al CC español*, VIII-2.º, Madrid 1967, pp. 569 ss.; idem, V, Madrid 1972, pp. 571 ss., 942 ss./ MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado...*, XX, Madrid 1958, pp. 700 ss.; XII, Madrid 1950, pp. 185 ss., 784 ss./ ONECHA SANTAMARÍA, *Examen jurídico civil y penal de la intimidación*, RGLJ, 1975, LXX, n.º 238, pp. 283 ss./ PUIG PEÑA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIII, Barcelona 1968, voz “intimidación”, pp. 525 ss./ REINA BERNÁLDEZ, *La exterioridad del miedo en el consentimiento coaccionado*, RJC, 1981, II, pp. 465 ss.; idem, *El defecto de la libertad interna como causa de la nulidad del matrimonio (Comentario a la sentencia del Tribunal Eclesiástico de Barcelona de 30-Jul.-1976)*, RGLJ, 1977, LXXIV, n.º 242, pp. 331 ss./ SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, IV, Madrid 1991, pp. 654 ss.; idem, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, VI, Jaén 1979, pp. 360 ss./ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del CC*, Madrid 1989, pp. 1099 ss., 1198 ss., 2116 ss.

cabía resistencia; en la que, dadas las circunstancias, no se ha dado la posibilidad de una oposición eficaz” (37).

3) La violencia moral, intimidación o amenaza (art. 1.267-2.º C.c.): en este caso la fuerza empleada por el agente es de tipo moral (psíquico), e incide sobre el ánimo de la víctima produciendo temor (*mentis trepidatione*). La amenaza consiste en el anuncio de un mal ilícito, grave y siempre futuro (aunque inminente); normalmente: la utilización de la fuerza física bruta irresistible sobre el cuerpo, o patrimonio, de la víctima, o de personas que, emocionalmente, se encuentren próximas a ella. En los Tribunales el vicio se demuestra probando la concurrencia de todos los requisitos estructurales necesarios para poder calificar dogmáticamente la figura de la intimidación.

El debate surge cuando pretendemos dotar de régimen jurídico a cada uno de los casos propuestos. Los juristas romanos ya se dieron cuenta de que el denominador común a todos ellos es el miedo: “*quod cumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur*”. Por eso, y pensando en la *funcionalidad* del Derecho, no parece demasiado aventurado admitir la unificación de los regímenes jurídicos de la “vis compulsiva” e intimidación, tal y como parece establecer el propio C.c. (arts. 1.267-1.º, 2.º y 1.301). Como afirma el profesor GORDILLO: “En definitiva, pues: para la consideración de la violencia como vicio de la voluntad, lo interesante es el resultado de la presión viciante, no el medio de la misma ni su objeto de referencia. La violencia, cualquiera que sea la forma en que se la produzca, habrá de considerarse vicio de la voluntad cuando, sin suprimirla, actúe –interfiriéndolo– sobre el normal proceso de su formación. En relación con tal resultado, el medio de presión –físico o moral– pierde relieve. No hay correlación necesaria entre el medio (físico o moral) de presión y su resultado (ablativo o viciante)” (38).

(37) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 135.

(38) GORDILLO CAÑAS, *Violencia viciante...*, p. 228.

Lo que no parece tan seguro, aunque sí tiene visos de razonable y, jurídicamente, sería *funcional*, es el tratamiento de la “vis ablativa” como vicio del consentimiento. Es decir, se trataría de llegar a entender que el art. 1.267-1.º C.c., no sólo se refiere a la “vis compulsiva”, sino que en el mismo también cabe la “vis ablativa” entendida como vicio del consentimiento (art. 1.301 C.c.); o lo que es lo mismo, será preferible entender que el C.c. quiere, no tanto hacer una traducción fiel de la realidad de cada supuesto de hecho convirtiéndolo en una norma, sino más bien solucionar satisfactoriamente problemas concretos (pero en toda la extensión del problema). Y ello lo propugnamos así porque creemos que no sería conveniente establecer la frontera entre la violencia absoluta, y las restantes manifestaciones de violencia, sobre un elemento tan resbaladizo como el psicológico: escudriñar hasta qué punto *no medió en absoluto el consentimiento*, o bien se puede apreciar una *mínima dosis de voluntad, aunque viciada*, nos hace perder de vista el mundo del Derecho para adentrarnos en terrenos que, además de pertenecer a otras ramas del saber, puede que aún no se encuentren suficientemente explorados. Siendo esto así, el hecho de empeñarnos en mantener aquella frontera obligará a los jueces a adoptar decisiones, probablemente, subjetivas (¿también arbitrarias?). Pues en última instancia, como ya se apuntaba en el Derecho romano, cualquier manifestación de la violencia lo que acaba produciendo es un miedo que determina el consentimiento; y jurídicamente parece más factible conceptuar y valorar el miedo, que no fragmentar la voluntad y libertad humanas en porciones para determinar hasta qué punto se ha reunido el número suficiente de ellas como para configurar una genuina declaración de voluntad.

Con otras palabras: la diferencia fáctica existente entre un acto violento, y el meramente intimidatorio, podría llegar a desaparecer si atendiéramos a consideraciones estrictamente jurídicas (y de Derecho privado): civilmente, a los efectos de decretar la eficacia o ineficacia del negocio, lo de menos

es que mi voluntad se encuentre viciada porque un mafioso arrastra mi mano por la fuerza bruta para que yo estampe mi firma en el documento que me presenta (“vis absoluta”); o que el matón me haya puesto una pistola en la sien para obligarme a que yo mismo sea quien firme el documento (¿frente a qué categoría nos encontramos en este caso, “vis absoluta”, o “vis compulsiva”?); o bien cuando amenace con ponérsela a mi hijo si no cumplo lo que se me ordena (de nuevo surge la duda pues podría tratarse de “vis compulsiva”, o intimidación).

Reconocemos que los tres supuestos de hecho son diferentes; mas, en este momento, la pregunta que habría que hacer sería la siguiente: para el civilista (puede que la visión criminal del problema sea diferente), y a los efectos de decretar la ineficacia del negocio, ¿merecen estos tres casos un tratamiento distinto?: la nulidad radical cuando la violencia sea absoluta, y la anulabilidad en los restantes casos. Nosotros creemos que no, y por ello predicamos la *uniformidad* de régimen para todos los casos de vicios de la voluntad. La reglamentación, desde luego, es uniforme, por vía de los artículos 1.300 ss. C.c., cuando se trata de “vis compulsiva” (art. 1267-1.º), e intimidación (art. 1.267-2.º). Pero tendría que dar lo mismo cuando pensáramos en un supuesto de “vis ablativa” en sentido estricto; pues habría que realizar la misma operación mental que en el caso de dolo: a pesar de las diferencias que el artículo 1.270-2.º C.c. pretende establecer, la doctrina más conspícua se pone de acuerdo a la hora de someter el dolo incidental al mismo régimen que el causal, pues el negocio siempre se va a querer como un todo indivisible (esto significa que el denominado dolo incidental, en el fondo, también va a determinar el consentimiento). Y de nuevo se atribuyen los mismos efectos a los distintos tipos de dolo denominados (en el ámbito sucesorio) *fraude* (que gira en torno al engaño), *captación* y *sugestión* (que tan solo tienden a desviar una voluntad débil según los designios del inductor). El argu-

mento de cierre sería empírico: la “vis absoluta”, tal y como la presentan los autores, no deja de ser un supuesto de laboratorio: entre los años 1930 y 1996 hemos podido estudiar un total de 162 sentencias referidas a la violencia, ninguna de las cuales trataba el problema concreto de la denominada, dogmáticamente, “vis ablativa”.

Por lo demás, hacer girar toda esta normativa en torno a la formación y formulación del consentimiento, no es capricho del autor, sino dictado del legislador que utiliza dicho criterio como axial: “Los contratos... pueden ser anulados, *aunque no haya lesión para los contratantes...*” (art. 1.300 C.c.).

En cualquier caso con estas consideraciones tan solo queremos decir, de momento, que todo tipo de violencia debería atenderse por medio de un mismo régimen jurídico. Si éste ha de ser la nulidad radical, la anulabilidad o cualquier otro, es cuestión que trataremos de averiguar más adelante.

180

V. La intimidación o amenaza

1. Concepto, fundamento y planteamiento de la cuestión en el ámbito sucesorio.

La jurisprudencia del TS acostumbra a elaborar conceptos descriptivos de la institución (SSTS de: 27-Feb.-64, 1153; 21-Mz.-70, 1582; 31-Dic.-79, 4499; 22-Abr.-91, 3014). Recientemente la STS de 21-Jul.-1993, 6102, FD 2.º, ha afirmado lo siguiente: “Para que la intimidación definida en el apartado 2.º del artículo 1.267 del Código civil pueda provocar los efectos previstos en el artículo 1.265 del mismo Cuerpo Legal y conseguir la invalidación de lo convenido, es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la

inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir, consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurran en el sujeto intimidado y no un temor leve y que entre ella y el consentimiento otorgado, medie un nexo edificante (sic) de causalidad”.

La piedra angular sobre la que descansa la reacción del ordenamiento frente a la intimidación se encuentra en el respeto a la *libertad*: se trata de reconocer y proclamar el derecho inalienable de toda persona a desenvolverse libremente dentro del orden jurídico (en toda su extensión: también en el ámbito sucesorio), de modo que no se influya por temor injustamente causado en la libertad de sus decisiones.

181

La definición y requisitos apuntados por la resolución que acabamos de citar, son perfectamente aplicables a los testamentos, con las varaciones que irán apareciendo a medida que avancemos en el estudio de la figura. Estas especialidades puede que queden circunscritas a la suavización de la carga de la prueba pues, de lo contrario, el carácter formal del testamento se podría convertir en una presunción *iuris et de iure* de validez del mismo.

Los artículos 673 y 674 C.c. se refieren a la “violencia”. Dice el artículo 673 que “será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”. No se habla para nada de la intimidación (amenaza, violencia moral o cualquier otra expresión que tradicionalmente se utilice como voz sinónima); lo que en algún momento planteó la duda de si el legislador, admitiendo como vicio del consentimiento la violencia (en sentido estricto: “vis absoluta”), estaría excluyendo de la categoría a la intimidación al no hacer una referencia expresa a la misma. La duda, aunque razonable, no ha prosperado nunca entre la doctrina mayoritaria (SSTS

de: 22-Feb.-34, 274; 30-Jun.-44, 948; 16-Abr.-59, 1552): no se puede perder de vista que el artículo 756-5.º C.c., estrechamente conectado con los artículos 673 y 674, se refiere, tanto a la violencia, como a la amenaza. La expresión amenaza no se encuentra en la letra de los artículos 673 y 674, pero sí en su espíritu; sería absurdo entender que en este punto concreto no existe un paralelismo preciso con los contratos; y tampoco habría ninguna justificación para incluir como vicio a la violencia absoluta, excluyendo el otro tipo de violencia, cual es la intimidación. Por último, la intimidación no es sino una modalidad de violencia. Y el legislador, a lo largo del articulado del C.c. utiliza el término violencia en dos sentidos: uno amplio, abarcando la violencia absoluta y la intimidación (p. ejem., arts. 673 y 674); y otro restringido, caracterizado por el empleo de la fuerza (p. ejem., art. 1.267-1.º).

182

No nos convence quien afirma la dificultad de intimidar al otorgante de un testamento abierto; (39) pues la esencia de la intimidación es el miedo, que el agente tendrá sumo cuidado en provocar antes de que la víctima se encuentre en presencia del Notario autorizante. Desde esta perspectiva el ámbito de aplicación práctica de la intimidación en los testamentos no tiene por qué ser más reducido que el propio de los contratos; muy al contrario, creemos que el terreno abonado para utilizar la intimidación (y también el dolo) es, precisamente, el campo sucesorio; como señala MUCIUS SCAEVOLA hay que ponerse en “la situación del testador que arregla sus últimas disposiciones, en los postreros instantes de su vida,... porque en esas circunstancias es más fácil sobrecoger y apoderarse del ánimo del que tiene en tal ocasión en grado extremo de debilidad y decaimiento sus facultades, tanto físicas como intelectuales” (40).

(39) ASÍ PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, V-1, Madrid 1974, p. 141.

(40) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado...*, XII, p. 193.

El testador no sólo puede ser víctima de la intimidación, sino también agente, problema que resuelve indirectamente el artículo 792 C.c. Y que intenta zanjar directamente la regla contenida en el artículo 675-2.º del mismo cuerpo legal cuando afirma que “El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por Ley”; aunque la solución será parcial si es verdad que su *ratio* deja fuera las disposiciones meramente anulables (41). El artículo 1.010-1.º *in fine* C.c. recoge esta misma problemática, y resulta indiferente que el testador haya impuesto la prohibición de forma directa, o indirecta (por ejemplo, a través de una condición que, por aplicación del art. 792, se tendrá por no puesta).

2. Caracteres de la intimidación: su influencia a los efectos de prueba.

183

Entendemos que la intimidación (al igual que los restantes vicios del consentimiento), tiene un carácter *restrictivo y relativo*. Veamos ahora qué se quiere decir con ello.

La autonomía de la voluntad, junto con los principios espiritualista y causalista, fueron los pilares fundamentales sobre los que se construyó la categoría de los vicios de la voluntad en la que, como corolario lógico de las premisas apuntadas, se pone el acento en el elemento psicológico de la institución.

El problema de los vicios del consentimiento es estructural por lo que su solución, en nuestro sistema, se pretende atajar utilizando normas de validez. La solución es traumática (ineficacia del negocio; si bien es verdad que esta ineficacia se deja en manos de la víctima), y además puede poner en peligro la seguridad en el tráfico jurídico; de aquí la *tipicidad* en la teoría de los vicios: no toda perturbación

(41) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el CC español*, pp. 89 ss./ SÁNCHEZ-CALERO, *Comentarios al CC...*, IX, 1-A, p. 199.

de la voluntad será relevante, sino tan solo determinadas perturbaciones específicas (típicas); y su carácter *restrictivo*: no basta cualquier influencia externa para llegar a calificar el vicio, sino que esta interferencia ha de tener una cierta entidad o trascendencia (gravedad), y además ha de ser determinante de la declaración de voluntad (nexo de causalidad).

184 Todo lo que se acaba de decir no pertenece exclusivamente a un mundo de puro conceptualismo, sino que tiene una indudable trascendencia práctica; sobre todo, a los efectos de prueba durante el proceso: siempre se temió que una aplicación descontrolada de la teoría de los vicios pudiera poner en peligro la seguridad jurídica; de ahí que, en la práctica forense, y en materia de vicios de la voluntad, los Tribunales no se dejen convencer con facilidad. Advertidos sobre esta circunstancia, nosotros, a la hora de estudiar la doctrina jurisprudencial recaída sobre la amenaza, nos hemos fijado en aquellos casos en los que se consigue superar con éxito el período probatorio, encontrándonos con lo que cabía esperar: el carácter restrictivo de la intimidación es una realidad de orden práctico: tan solo se consigue probar que medió intimidación en el 28% de los supuestos estudiados (contando únicamente aquellos en los que verdaderamente se entra en el fondo del asunto; el porcentaje se extrae de una muestra de 128 sentencias; aunque en total fueron estudiadas 162 resoluciones, recaídas entre los años 1930 y 1996). Veamos algún ejemplo: (42).

(42) La STS de 26-Mz.-1942, 340, se refiere al caso típico de intimidación ocurrido durante la guerra civil española. El Tribunal, para calificar y apreciar la intimidación, se apoya en las siguientes consideraciones: "Que las pruebas practicadas en el juicio acreditan, de manera tan cumplida que excluye toda duda acerca de la certeza de los hechos... que el demandado don F.E.S., de ideología izquierdista e irreligioso, aprovechando la facilidad que a su interés y deseo ofrecían durante la dominación marxista en Denia el terror producido por las incautaciones y asesinatos, y su amistad con los cabecillas rojos locales, consiguió por imposición y amenaza de uno de éstos, presidente del Partido Comunista y caracterizado individuo del Frente Popular, que don R.M.C., racionalmente atemorizado... porque el individuo antes alu-

Como acabamos de advertir son muy numerosos los casos en los que no se supera con éxito el período de prueba. En el caso resuelto por la STS de 27-Abr.-1945, 591, se lee lo siguiente: "Que en las alegaciones de la demandante respecto a la existencia de las supuestas amenazas que viciaron el consentimiento, falta la determinación del lugar, tiempo, forma y circunstancias con que don F.I. y don J.A. dirigieron esas amenazas a doña D.P., quedando, no ya con falta de precisión, sino verdaderamente confusa, según la exposición de hechos de la parte actora, la actuación intimidante de cada uno de ellos" (CDO. 5.º). En esta misma línea, refiriéndose también a la falta de concreción de los medios intimidatorios e insidiosos empleados, definición que resulta absolutamente necesaria para que el Tribunal pueda llevar a cabo su labor de calificación (no basta con alegar genéricamente la existencia de coacción ambiental) se refieren, entre otras muchas menos significativas, las siguientes SSTS: 25-Mz.-1943, 322; 15-Nov.-1943, 1187; 21-Abr.-1944, 683; 21-Jun.-1944, 832.

185

Pero además de exigir precisión en la descripción del acontecimiento intimidatorio, para poder calificar adecuadamente la amenaza, el TS utiliza otros criterios. Haremos sólo un breve muestreo, dada la limitada extensión del presente trabajo: a la insuficiencia probatoria cuando ésta se apoya tan solo en testigos se refieren las SSTS de 24-Feb.-1943, 318 y 25-Mz.-1943, 322. En la STS de 24-Feb.-1944, 248, se dice que no es razonable pensar que la coacción vaya a subsistir durante un período de 11 meses. Más recientemente, en la STS de 16-Jul.-1991, 5391, leemos lo siguiente: "No puede confundirse el apremio de una situación determinada, que suele tener su causa en los propios

dido entrando a buscarle pistola en mano en el establecimiento en que se encontraba en Denia le exigió que... prestase conformidad y pusiera su firma en una liquidación de horas extraordinarias y días festivos que en ella se suponían adeudados..." (CDO 1.º).

interesados, con los actos coactivos, que como imposiciones, son ajenos y exteriores, y atacan frontalmente a la libertad de los afectados" (FD 4.º) (43).

Algunas veces resulta evidente que no medió ningún tipo de amenaza; en los casos resueltos por las SSTS de 8-Oct.-1943, 1046 y 7-Dic.-1944, 1290, se afirma que la escritura impugnada tan solo es el otorgamiento solemne de un contrato perfeccionado anteriormente de forma completamente libre y voluntaria. Y en la STS de 17-Mz.-1944, 328, lo que se llega a probar es que el actor vendió las mulas ante el temor de que fueran incautadas por la milicia, mas no por amenazas de ninguna persona o grupo definido y concreto.

También decíamos que la intimidación tiene carácter *relativo*: se valora atendiendo a las condiciones personales de quien amenaza, y de la propia víctima; además se tiene en cuenta la relación entre todos los sujetos (activos y pasivos) intervinientes en el acto intimidatorio, así como *cualquier otra circunstancia ambiental concurrente, de cualquier tipo*.

Estudiando la jurisprudencia este carácter relativo de la intimidación (y de todo vicio del consentimiento en general), en ocasiones se nos podría antojar, en alguna medida, *subjetivo*, pues se pueden encontrar casos en los que, al menos sobre el papel de la sentencia (que es el único material con el que podemos contar para realizar nuestro estu-

(43) Las SSTS de: 2-Jul.-43, 860; 13-Jul.-43, 863; 11-Feb.-44, 245; 13-May.-44, 326; 26-Feb.-45, 296; 13-Mz.-45, 299; 21-Mz.-45, 301; 21-Abr.-45, 470; con muy buen criterio, establecen que la consignación no tiene carácter intimidatorio. Esto no obstante en las SSTS de 5-Feb.-45, 150 y 16-Abr.-45, 469, referidas también a supuestos de pago con consignación, se llegó a apreciar la existencia de intimidación; en la última de las resoluciones citadas se califica la amenaza atendiendo a las siguientes consideraciones: 1) Voluntad contraria a recibir el pago por parte del acreedor, que no se presenta en la Notaría, y tiene que ser requerido varias veces; además se llegó a ausentar de la localidad. 2) Ambiente general de terror "con las amenazas de penas graves publicadas por las Autoridades rojas contra los que se negasen a admitir en pago los billetes de Banco de curso forzoso en territorio de su mando...". 3) Amenazas de persecución y encarcelamiento dirigidas particularmente contra el acreedor. 4) El deudor, para liberarse de la deuda, tuvo que ingresar el dinero en el banco para que fuese abonado en la cuenta del acreedor, pues éste se negaba a recibir el pago.

dio), se comprueba como, casi sin aportar pruebas, se considera suficientemente acreditada la existencia del vicio. En este sentido proponemos la consulta de las siguientes SSTs: 13-Feb.-1945, 153; 20-Feb.-1945, 154; 24-Mz.-1945, 466; y 20-Feb.-1947, 154.

Por el contrario la lectura de otros casos nos haría apostar a favor del demandante, pues el ambiente aparece claramente violentado por la amenaza; pero el Tribunal acaba quitándole la razón. Y ello, a nuestro entender, es así porque, sin duda, el órgano jurisdiccional habrá tenido en cuenta *todas las circunstancias del caso* para dictar su fallo, aunque algunas de ellas escapen al lector del repertorio jurisprudencial. En definitiva, comprobamos como, en sede de TS, no se olvida nunca el carácter *relativo* de la intimidación. Veamos: (44).

La STS de 2-Feb.-1944, 242, aplica la Ley Especial de 5-Nov.-1940, sobre Contratación en Zona Roja, y versa sobre la compraventa de varias fincas. Don F.B., vecino de Orihuela, debía cierta cantidad a la Caja de Socorros y Ahorros de dicha ciudad. “Una banda de facinerosos capitaneados por “El Chirrín” –ejecutado después por asesino– reclamaba la efectividad de los créditos contra los deudores,

187

(44) En la STS de 10-Jun.-1943, 738, el Tribunal no aprecia la existencia de intimidación; si bien llega a reconocer que la demandante era una persona de avanzada edad, que en tiempo anterior sí había sido perseguida por los elementos marxistas, y que sobre ella pesaban motivos de aflicción pues los rojos habían asesinado a su hijo en el año 1936.

La STS de 16-Jun.-1944, 831, aplica, asimismo, la Ley Especial de 5-Nov.-1940 sobre Contratación en Zona Roja. Los demandantes, como es fácil imaginar, alegaban la existencia de intimidación, pues “las fechorías, extralimitaciones, incautaciones y detenciones llevadas a cabo por los rojos produjeron en los demandantes un profundo estado de abatimiento equivalente a la violencia y desde luego de plena intimidación, que con su avanzada edad, los registros que llevaron a cabo en su casa y la expoliación que le hicieron los rojos de los muebles y objetos que tenían en el pueblo de Navajas... agravaron su miedo...” (CDO 4.º). El demandante también alega que vendió la finca impulsado por las necesidades económicas en que se encontraba su familia, pues no podía atender a su subsistencia. A pesar de todo ello el Tribunal declara que “la coacción ambiental... no basta por sí sola para producir la anulabilidad de los contratos...” (CDO 5.º).

entre ellos el demandante al que conminaron con matarle si no liquidaba la deuda, amenaza que tuvo lugar a principios del año 1937; de que fue preso el 15-Mz.-1938 y trasladado el 20 a la cárcel de Alicante, en la que permaneció hasta diciembre siguiente en que recobró su libertad” (CDO 7.º). Al parecer durante el encarcelamiento continuaron las amenazas; ante lo cual el día 8-Jun.-1938 consiguió hacer llegar a su mujer un documento privado en el que la autorizaba para vender bienes cuando fuera necesario. Utilizando este poder, su mujer vendió dos fincas el 24-Jun.-1938; interponiendo la demanda se trataba de anular ambas ventas por intimidación. Sin embargo el Tribunal mantiene la validez de los dos negocios al considerar que, pese a todo lo dicho, no medió intimidación. En los CCDO 8.º y 10.º se puede leer lo siguiente: con relación al marido “la supuesta intimidación no era bastante a causar, ni cabe estimar que cause, un temor racional y fundado en el ánimo del actor, Abogado y hombre que había desempeñado cargos de autoridad en España...”. Con relación a su mujer se dice que “no consta que la Sra. B. fuera intimidada en ninguna forma, porque la detención que sufrió en unión de sus hijas María y Adelina al final de mayo de 1938 no pasó de dos horas y la ocasionó el llevar comida a su marido preso, lo que parece que estaba prohibido”. También se establece que “ni la proximidad exigida por la Ley entre la amenaza productora del metus y el otorgamiento de los contratos se dio, en el supuesto de que la misma fuera cierta,...” pues había transcurrido más de un año entre una y otro. “Además de que el período transcurrido entre el 8 y el 24 de junio dejaba espacio para la meditación...”. Y por lo visto quedó probado que la gestión de la venta la llevó a cabo el yerno del vendedor.

Por supuesto, esta misma técnica se utiliza en al ámbito sucesorio; lo que se puede comprobar consultando la *STS de: 30-Jun.-44, 948*, donde se califica la intimidación teniendo en cuenta, tanto las circunstancias ambientales, como las

personales del coactor y de la víctima (se dice que “para apreciar la existencia de intimidación deben ser tomadas en cuenta todas las condiciones que en el caso concurren”). La *STS de 12-My.-45*, 578, se refiere a un testamento otorgado en inminente peligro de muerte, y en ella se afirma que el hecho de que el heredero instituido en dicho testamento, junto con su cónyuge e hija, se encuentren presentes en el acto de su otorgamiento, no hace presumir la coacción del instituido a la testadora.

3. Requisitos de la intimidación.

Tanto la jurisprudencia del TS (45), como la doctrina científica, afirman que para poder hablar de intimidación se deben reunir copulativamente los siguientes requisitos: amenaza injusta (antijurídica) de un mal inminente y grave, que produce un temor racional y fundado; debiendo existir, además, un nexo de causalidad entre la intimidación, y la declaración de voluntad viciada.

189

Cabría discutir si en la intimidación debe mediar *culpa*; pero puede que esta negligencia quede embebida por el requisito del temor racional y fundado: si una persona, por la dureza de su temperamento, inconscientemente y sin pretender amenazar, intimida a otro, el análisis de las circunstancias del caso deberá descubrir hasta qué punto la supuesta víctima es o no una persona un tanto pusilánime.

3.1. La amenaza.

La *amenaza* supone el anuncio de un mal injusto; aunque también puede consistir en el anuncio de un mal en sí mismo justo, cuando el fin perseguido con ello es ilícito.

(45) SSTs de: 25-My.-44, 800; 4-Jul.-47, 936; 28-Oct.-47, 1209; 21-Mz.-70, 1582; 31-Dic.-79, 4499; 26-Nov.-85, 5901; 6-Dic.-85, 6324; 22-Abr.-91, 3014; 21-Jul.-93, 6102; 31-Oct.-94, 8002; 7-Feb.-95, 745.

La amenaza puede proceder de cualquiera (art. 1.268 C.c.; SSTS de: 9-Jul.-42, 948; 4-Dic.-48, 1431); pero en todo caso la producción del mal debe quedar dentro de la esfera de control de la persona que intimida lo que, al parecer, no sucedía en el caso resuelto por la STS de 30-Abr.-47, 608, donde se alegaba que “en el contrato de compraventa de que se trata se prestó el consentimiento con intimidación por la llamada campaña de difamación política de que fueron objeto los demandantes a raíz de la liberación de Corral de Almaguer, su pueblo y que según la demanda les obligó a enajenar sus bienes para sustraerlos a las posibles resultas de un expediente de responsabilidad política, tampoco puede sostenerse porque tal intimidación, si lo fuera, no procedió del otro contratante, o de persona en relación con él, ni actuó de modo directo sobre el contrato de que se trata de invalidar, ni sobre todo es admisible en buenos principios de derecho y de ética jurídica que quien trató de ocultar sus bienes a la posible acción de los Tribunales legalmente constituidos para la exacción de determinadas responsabilidades pueda ampararse en este móvil evidentemente ilícito para pretender ante los órganos jurisdiccionales del Estado la nulidad del acto frente a quien con él contrató”.

3.1.1. *Las situaciones denominadas de miedo ambiental (terror ambiental).*

Con relación a este punto el auténtico problema lo encontramos en las situaciones denominadas de *miedo ambiental (terror ambiental)*, que se plantean en casos de guerra, revolución o ambiente agitado; la duda surge al no existir, propiamente, una amenaza (no es posible encontrar una persona, o grupo definido, a quienes poder imputar la amenaza). Estas vacilaciones y carácter fronterizo de las situaciones de miedo ambiental quedan reflejadas en la STS de 7-Nov.-44, 1198, cuando afirma que “si bien no basta

para producir la nulidad de [un contrato] una coacción meramente ambiental, cuando la misma existe, como notoriamente ocurrió durante el dominio marxista bajo el que tuvieron realidad justificada y sin posible amparo legal todo género de abusos y males, predispone el ánimo de quienes convivían en un ambiente de temor para que sean más fácilmente coaccionados, de suerte que actos, palabras o amenazas que en circunstancias normales carecían de fuerza coactiva o intimidatoria, pudieron racionalmente tenerla suficiente para conseguir el resultado ilegal apetecido con su empleo en el tiempo de nulidad a que antes se alude” (como es fácil de imaginar, se refiere a la zona roja durante la guerra civil española). En cualquier caso estas situaciones excepcionales de terror ambiental derivado de, por ejemplo, una guerra, se intentan solucionar adoptando medidas, también, extraordinarias (como la Ley Especial de 5-Nov.-40, sobre Contratación en Zona Roja); así lo explican entre otras, las SSTs de: 19-Nov.-42, 1284; 14-Jul.-43, 864; 27-May.-44, 826; 21-Jun.-44, 832; 30-Ene.-45, 148 (46).

191

En definitiva, hace falta algo más que el puro temor contagiado por un ambiente generalizado de terror, para poder apreciar la existencia de amenaza suficiente como para

(46) La STS de 13-Jun.-44, 830, también es representativa de esta dirección doctrinal, y en ella se afirma “que el caos marxista, propicio al fácil logro de apetencias sin escrúpulos, lucros inmorales y arbitrariedades de todo género, mientras que en otro aspecto creaba desamparos e imponía necesidades y apremios difíciles de atender por la extraordinaria carestía de los productos y desvalorización creciente de la moneda roja, hubo de dejar marcada su huella dañosa, como en tantos otros órdenes de la vida social, en el de la contratación, anormalizada pero no suspendida, con perjuicios injustos y enriquecimientos indebidos; y llegada a feliz término la liberación de la zona tiranizada quedó el mal de manifiesto en cuanto tenía de extenso y grave sin que se le pudiera poner remedio mayor que el que aconsejaba la prudente previsión de no posponer al interés privado el de la Economía de la Nación, para que aquél no tomara mayores proporciones que el que se pretendía reparar, razón y fundamento por los que la Ley de 5 de noviembre de 1940 (Rep. Leg. 1940, 1840) hace descansar sus disposiciones en una presunción de validez de los contratos celebrados en el tiempo y zona que estuvieron sometidos al dominio rojo y en los que demostradamente no concurren las circunstancias que exige para que sea declarada su nulidad”.

cualificar un vicio del consentimiento; así lo demuestran, entre otras muchas, las SSTs de 1-My.-45, 592 y 1-Jun.-45, 725. En la primera de las resoluciones que acabamos de citar se prueba que hubo intimidación con apoyo en las siguientes consideraciones: el acreedor se niega con tenacidad a recibir el pago, y también se opone a que se verifique la consignación judicial; además el acreedor recibe dos cartas de su deudor en las que se le amenaza: 1) Con dar conocimiento de su comportamiento a la Subdirección General de Seguridad para que se le juzgue por el delito de desafección al régimen por desconfianza de la moneda. 2) Se le conmina a que acepte el pago para “evitar a tu hermana alguna sorpresa desagradable”. 3) Se le advierte que de no hacer caso “puede salir por su parte un tanto mal parado” (47).

Es preciso destacar que son mucho más numerosos aquellos casos en los que no se consigue acreditar que mediara intimidación (58, de un total de 90 resoluciones que aplican la Ley Especial de 5-Nov.-40) (48).

(47) Y en la STS de 1-Jun.-45, 725, referida asimismo a un pago y cancelación de hipoteca, el Tribunal califica la intimidación con los siguientes argumentos: la resistencia de la acreedora a recibir el pago, pues el deudor tuvo que requerirla en distintas ocasiones para que lo aceptara; su edad avanzada (85 años), y enfermedad grave, complicada con la visita del deudor y su hijo vestido de militar (uniforme de aviación del ejército rojo), amenazando con denunciarla a las autoridades si se negaba a admitir el pago; coacción que, como decíamos, agravó su enfermedad hasta el punto de llegar a fallecer al día siguiente; y también se tuvo en cuenta el ambiente de terror reinante, pues “los periódicos que se publicaron en Valencia habían insertado en mayo y junio de 1938 un suelto en el que el Gobernador Civil de la Provincia amenazaba con aplicar “remedios heroicos” a los acreedores que demorasen la cancelación de las deudas a despecho del vehemente deseo de pagar de los deudores, por poner en duda el valor de los billetes emitidos por el Gobierno de la República”.

(48) En esta línea, y pensando en el lector interesado, podemos sugerir como más significativas las siguientes SSTs: 30-Sept.-42, 1060; 2-Feb.-44, 242; 1-Mz.-44, 323; 11-Mz.-44, 325; 16-Jun.-44, 831; 28-Jun.-44, 953; 15-Jul.-44, 957; 7-Dic.-44, 1289; 19-Dic.-44, 1292; 26-Dic.-44, 1438; 30-En.-45, 148, donde tan solo existía el simple temor a que se descubriera que sus hijos y hermanos militaban en las filas leales; 7-Feb.-45, 151; 1-Mz.-45, 297; 13-Mz.-45, 299; 15-Mz.-45, 300; 21-Mz.-45, 301, donde el deudor paga siendo acompañado por dos guardias de asalto; 21-Abr.-45, 470; 4-Jun.-45, 726; la STS de 10-Jun.-44, 829, afirma “que no solo no contiene el conjunto probatorio elemento alguno demostrativo de la intimidación y coacciones alegadas en la

3.1.2. *El temor reverencial no es invalidante pues no encierra dentro de sí una amenaza propiamente dicha.*

En el ámbito contractual parece clara la exclusión del *temor reverencial* (art. 1.267-4.º C.c.) dado que el supuesto de hecho no encierra, ni amenaza (la persona a respetar no intimidada), ni la existencia de un mal (no se puede considerar como tal el mero temor a desagradar).

SÁNCHEZ CALERO, citando a CICU, pone en duda la extensión de la regla al ámbito testamentario pues “se ha de tener presente que el temor reverencial... puede ser buena ocasión para que se ejercite la violencia, lo que se debe tener particularmente en cuenta en el testamento, pues es evidente que el temor puede ser tal que no exija en el que quiera imponer su voluntad el recurso a amenazas o actos de violencia” (49). La observación nos parece atinada; aunque el orden natural (y estadístico) de las cosas podría apuntar en dirección contraria: la persona con capacidad para infundir temor reverencial será la de más edad, y su testamento se llegará a abrir antes, lo que dejará a la víctima las manos libres para poder revocar, sin temor, el suyo (viciado). Es decir, en el ámbito testamentario, habría que conectar el temor reverencial con la *inminencia del mal*: lo normal, según el orden natural de la vida de las personas, es que el mal anunciado no cumpla tal requisito de la inminencia, lo que desvanece la amenaza como vicio invalidante.

193

demanda, sino que ni siquiera aparecen precisadas en ésta cuales fueron las palabras o actos que las pudieron constituir, extremos que necesariamente tenían que someterse al conocimiento del juzgador para que al conocerlos apreciase su suficiencia intimidatoria y coactiva, para el efecto de que cupiera entender que el consentimiento se había prestado con vicio que lo hacía anulable; falta de prueba que al dejar injustificada la demanda había de hacer que se desestimase, porque la coacción ambiental que en la zona roja se dejaba sentir en todos los órdenes de la vida de relación, aunque predisponía los ánimos a dejarse intimidar con mayor facilidad que en los tiempos y lugares no tiranizados, no basta por sí sola para producir la anulabilidad de los contratos, como tienc ya declarado en múltiples sentencias este Tribunal”.

(49) SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al CC...*, IX, 1-A, p. 191.

3.2. Amenaza injusta (antijurídica, ilícita).

La amenaza ha de ser *injusta*. El C.c. no se refiere expresamente a este requisito, pero tanto la jurisprudencia del TS, como la doctrina científica, en sintonía con el delito penal de amenazas, vienen exigiendo la concurrencia de antijuridicidad en la intimidación (50).

Sí es posible (no es intimidatorio) advertir que se va a ejercitar correctamente y sin abuso un derecho o acción, acudiendo al correspondiente procedimiento judicial. Hay veces que no existe una total correspondencia entre el derecho que se ejercita, y el resultado obtenido (STS de 23-Dic.-35, 2471); pero normalmente ocurre lo contrario, y son muy numerosas las sentencias que se han ocupado de cuestiones de esta naturaleza (51).

194

En el ámbito testamentario la denominada cautela socini (que podría encontrar asiento en los artículos. 787 *ab initio*, y 820-3.º C.c.), no supone amenaza de un *mal injusto*, pues el legitimario en ningún caso queda privado de los derechos que por ley le corresponden. Por ello tal cautela se configura como excepción, y no violación, del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima (art. 813-2.º C.c.).

(50) SSTs de: 28-Oct.-47, 1209; 21-Mz.-50, 709; 27-Jun.-1963, 3502; 27-Feb.-64, 1153; 21-Mz.-70, 1582; 31-Dic.-79, 4499; 11-Mz.-85, 1134; 26-Nov.-85, 5901; 6-Dic.-85, 6324; 22-Abr.-91, 3014; 5-Mz.-92, 2390; 21-Jul.-93, 6102; 6-Oct.-94, 7458; 31-Oct.-94, 8002.

(51) SSTs de: 23-Dic.-35, 2471, donde se trata de retirar la fianza personal prestada; 13-Jun.-43, 863; 11-Feb.-44, 245; 13-Mz.-44, 326; 4-Jul.-44, 950; 18-Nov.-44, 1266; 13-Mz.-45, 299; 15-Mz.-45, 300; 21-Abr.-45, 470; 17-Oct.-55, 3076, afirma que el ejercicio de una acción derivada de una garantía hipotecaria, no puede estimarse ilícito; 27-Jun.-63, 3502, establece que el anuncio de ejercicio de la acción ejecutiva derivada de la letra de cambio, no supone intimidación; 11-Mz.-85, 1134; 6-Dic.-85, 6324, señala que denunciar a una discoteca al Ayuntamiento por actividad molesta (ruidos intensos), no supone amenaza.

3.3. *El mal ha de ser inminente y grave.*

La amenaza es tal porque supone el anuncio de un *mal inminente y grave*. La doctrina mayoritaria siempre ha criticado el estrechamiento que el artículo 1.267-2.º hace de la institución, pues no parece obedecer más que a una lógica temerosamente restrictiva de la figura; pero la dificultad se esquiva por vía de los criterios utilizados a la hora de calificar el miedo despertado en la víctima pues, para ello, se han de valorar *todas las circunstancias*, personales y *ambientales* (este punto es el que más interesa ahora), que concurran en el caso concreto; siendo esto así se facilitaría la utilización del precepto admitiendo que su enumeración es meramente ejemplificativa, o entendiendo que, en los específicos casos citados, se está presumiendo la influencia determinante de la violencia sobre la víctima. Creemos que no habría ninguna dificultad para extender esta ampliación teleológica al ámbito testamentario: el artículo 756-5.º, 6.º C.c. no establece ninguna limitación en cuanto a la persona que haya de sufrir el daño; y nadie discute la conexión de fondo existente entre los artículos 756-5.º, 6.º, el 673, y el 674, sancionatorio (este último) del supuesto de hecho previsto en el artículo anterior, y que no parece añadir nada nuevo a lo previsto por el artículo 756-5.º, 6.º C.c.

Un mal, en sí mismo justo, se convertirá en antijurídico cuando persiga un fin ilícito; que fue lo sucedido en el caso resuelto por la STS de 18-Feb.-44, 295, donde, aprovechando el ambiente de terror existente durante los primeros meses de la guerra civil española, el prestatario denuncia por usura al prestamista, intentando conseguir de éste una novación del contrato que mejorara la posición del deudor, en detrimento de los intereses del acreedor; en el CDO 6.º *in fine* se advierte como “es lo cierto que en ningún caso es legítima la de denunciar a los Tribunales si se utiliza con el fin ilícito de obtener ventajas o de mejorar convenios ya concertados, que fue el móvil que inspiró la conducta de la

demandante en este pleito". Y la STS de 21-Mz.-50, 709, versa sobre la amenaza de declaración de prodigalidad de una mujer para forzar su consentimiento matrimonial.

El artículo 1.267-2.º exige que el mal sea *grave* (serio, de una cierta entidad) lo que, normalmente, se interpreta en la línea del "timor maioris maliquitatis": la declaración negocial que se pretende arrancar aparece como un mal menor cuando se la compara con el mal (mayor) en que consiste la amenaza; quedan, pues, descartados los contratiempos, por ejemplo, la posibilidad de que el deudor se acoja a una moratoria para retrasar el pago (STS de 24-Mz.-45, 467).

La *inminencia* del mal se refiere a su probabilidad (52).

Este requisito de la inminencia, en las sucesiones, produce alguna fricción cuando se conjuga con la revocabilidad esencial del testamento (art. 737-1.º C.c.), ya que la amenaza, normalmente, tendrá lugar en los momentos de debilidad de la última enfermedad del testador, lo que podría dar lugar al siguiente caso: el testador sana; transcurre un largo periodo de tiempo, el suficiente como para, racionalmente, dadas las circunstancias del caso, entender que el miedo ha desaparecido; el testador podría, sin encontrar ninguna traba al respecto, revocar el testamento viciado; pero, de hecho, no lo hace así. ¿Habrá que interpretar esta actitud como una confirmación tácita del negocio impugnado? Para responder adecuadamente a esta cuestión parece necesario realizar una aproximación al problema.

Mientras el testador viva la discusión no tiene razón de ser: puede revocar el testamento en cualquier momento (art. 737-1.º C.c.). Esto no quiere decir que el testador no tenga, además, la acción de impugnación por vicios del consentimiento; simplemente se constata que la anulabilidad, y la revocación del testamento, son dos instituciones autónomas.

(52) En la STS de 20-Mz.-44, 329, podemos comprobar como maneja la jurisprudencia este criterio.

Las dudas surgen a partir del momento de la muerte del testador, cuando este sujeto no haya utilizado su facultad de revocación.

1) Estando todavía dentro del plazo señalado en el artículo 1.301 C.c., el único supuesto conflictivo lo encontraríamos en el caso del coactor beneficiario único del testamento, en el que no se nombra albacea, pues la ejecución de la última voluntad del testador quedará enteramente en manos del agresor causante del vicio; esto no obstante entendemos posible que, en estos casos, se encuentren legitimados para impugnar los interesados en la ineficacia del testamento anulable (por ejemplo: los sustitutos, herederos abintestato, etc.) (53). Comprobamos de nuevo cómo la idiosincrasia de los negocios jurídicos *mortis causa* aconsejaría, *de lege ferenda*, la introducción de ligeras variantes en el molde teórico de la anulabilidad (pues, recordemóslo una vez más, dicho prototipo de ineficacia se ha construido pensando en los negocios jurídicos *inter vivos*; por ello es normal que su régimen no se acople perfectamente a los negocios *mortis causa*).

197

2) Fuera del plazo de caducidad de 4 años el tema es más espinoso. No habrá mayores problemas cuando el coactor, para recibir la liberalidad, deba solicitar a alguien (normalmente, al albacea) la ejecución de la disposición *mortis*

(53) En esta misma línea se orienta JORDANO BAREA, *Teoría General del Testamento*, en Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al profesor Dr. D. Ignacio Serrano Serrano, Valladolid 1965, p. 458: "Ahora bien, si como hemos defendido, el testamento es un negocio jurídico que se perfecciona y cierra para su autor desde el momento de su redacción y suscripción, la "voluntad verdaderamente última" del testador, en su aspecto positivo o conforme al mantenimiento del acto, es irrelevante, a no ser que se traduzca en un nuevo testamento de igual contenido que el anterior viciado. En consonancia con las ideas expuestas, resulta inadmisibles una confirmación por parte del testador y, consiguientemente, abierta la sucesión, están legitimados para impugnar el testamento los terceros interesados que resulten favorecidos con la anulación de las disposiciones viciadas (por ejemplo, los herederos *ab intestato*), los cuales pueden ciertamente renunciar a la acción (o excepción) de anulación, pero no convalidar el acto —a menos que éste sea confirmado por todos los legitimados para impugnar— por tratarse de una "anulabilidad absoluta".

causa: este momento sería el adecuado para oponer la correspondiente excepción.

Cabría replicar que no cabe, siquiera, oponer excepciones, pues el testamento viciado quedó confirmado tácitamente por el testador al no revocar la disposición. Lo que no nos convence pues, en aquellos casos (como el que nos ocupa a nosotros ahora) en los que no hay ninguna obligación de actuar, la declaración tácita sólo es posible por medio de un comportamiento positivo (nunca por omisión, o silencio); es verdad que nuestro testador no hace nada al respecto (pudiendo revocar, no revoca); pero no es menos cierto que no tiene ninguna obligación de actuar en tal sentido (la revocación es una facultad del testador, no una obligación), luego su apatía no tiene por qué hacer presumir ninguna conformidad; es decir, su inactividad, *a priori*, no dice nada de forma fehaciente (no revela nada, no es significativa de nada), y caben todas las posibilidades: a) Entra dentro de lo posible que el testador quisiera revocar el testamento viciado, pero antes de encontrar el momento adecuado para hacerlo, fuera sorprendido por la muerte. b) O bien puede que no tuviera ninguna intención de revocar; mas, para afirmar esto sin el menor resquicio de duda, el mero silencio del testador no es suficiente.

Por el contrario creemos que el coactor se encontrará a salvo cuando, por ejemplo, sea beneficiario único; o bien heredero único, sin albacea, aunque haya legatarios; pues en casos como los presentados la ejecución de la disposición le corresponde a él en exclusiva.

3.4. *El miedo o temor.*

La consecuencia inmediata de la amenaza antijurídica de un mal inminente y grave, es la conmoción de nuestro espíritu en forma de *temor* ("*mentis trepidatione*"). El auténtico problema que se encuentran, tanto el legislador, como los Jueces, llegado este momento, consiste en determinar por

qué y cuando una persona merece que el Derecho interceda a su favor; de ahí que los juristas romanos hablaran del “homo constantissimus”, Las Partidas se refieran al “ome de gran corazon”, y en el Derecho moderno se aluda al “hombre normalmente razonable”. La STS de 17-Jun.-43, 740, ofrece un claro ejemplo de cómo, en principio, todo individuo se encuentra obligado a resistir la coacción (es preciso afrontar con decisión y energía los problemas que continuamente aparecen en la vida social); ahora bien, puede llegar el momento en que, razonablemente, no sea posible resistir más estando, entonces, plenamente justificado rendirse ante la amenaza. La jurisprudencia recaída sobre intimidación producida durante la guerra civil española confirma esta tesis; es decir, parece como si el Tribunal exigiera al intimidado que no se plegara a los deseos de la otra parte al primer amago de amenaza; debía, por el contrario, demostrar un poco de entereza resistiendo en la medida de sus posibilidades (54).

199

Parece que los criterios objetivos relativos son los más adecuados para valorar la incidencia del miedo. En el artículo 990 del Proyecto de 1851 se decía que “la muger no se presume tan fuerte como el varón, ni el viejo como el joven, ni el paisano como el militar, ni el enfermo o achacoso, como el sano y robusto”. En esta misma línea el artículo 1.267-3.º dice que “para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona”. Por ello la jurisprudencia tiene establecido en reiteradas ocasiones que habrán de ponderarse *todas las circunstancias* que concurren en el supuesto de hecho dado, tanto las meramente *personales*, como las *ambientales* (55).

(54) SSTs de: 16-Abr.-45, 469; 1-May.-45, 592; 1-Jun.-45, 725; 7-Jun.-45, 727. El miedo de carácter leve no sirve para calificar la intimidación (STS de 21-Mz.-70, 1582).

(55) SSTs de: 11-Mz.-70, 1582; 22-Abr.-91, 3014; 21-Jul.-93, 6102.

Puede que la operación más delicada consista en analizar y valorar las denominadas circunstancias *ambientales* (56). Con relación al ámbito sucesorio la STS de 30-Jun.-44, 948, se refiere a un testamento otorgado durante la guerra civil española y, para llegar a apreciar la intimidación, el TS tiene en cuenta, tanto las circunstancias personales de la víctima (“el testador era persona anciana, de quebrada salud, sin amparo ante los elementos revolucionarios quienes con anterioridad habían llegado a recluirle en una de las prisiones conocidas con el nombre de “checas”...”), como del coactor (“que M. era hombre influyente y enérgico y sus coacciones fueron reiteradas...”), y las ambientales (el ambiente de terror propio de aquellos momentos, la circunstancia de que ambos sujetos habitaran en la misma casa no da por cierto el hecho de la supuesta reconciliación entre ambos, y tampoco consta que durante el tiempo transcurrido desde los días inmediatamente anteriores a la fecha del testamento, y hasta el momento de su muerte, hubiera podido sustraerse a la coacción).

(56) Por ello proponemos al estudioso interesado en estas cuestiones la consulta de las siguientes SSTs: 30-Abr.-43, 579; 24-Feb.-44, 248; 4-Dic.-48, 1431. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la STS de 7-Jun.-45, 727, sobre pago y cancelación de hipoteca. La deuda había vencido 8 años antes; durante los 6 años de normalidad anteriores al inicio de las hostilidades (guerra civil española), el deudor había tenido la ocasión de pagar, pero no lo había hecho así. “Apenas ocurrido el Glorioso Alzamiento se vió despojado de todos sus bienes por los comités rojos”, por lo que “vivía de milagro”. Después de vivir en tan precarias condiciones, casualmente, “cuatro meses escasos antes de la liberación ya esperada como cierta, dispone de 55.000 ptas., no para atender a sus necesidades personales, que debían ser muchas e importantes en tales circunstancias, sino para dedicarlas a la extinción de una obligación que...” había vencido ocho años antes; todo lo cual parece inverosímil a juicio del propio Tribunal. Además se tiene en cuenta la resistencia tenaz de la acreedora a recibir el pago en moneda desvalorizada, pues el deudor tuvo que hacer repetidas visitas para conseguir que aceptase el pago. Ni se desconoce el ambiente de terror generalizado que reinaba entonces como consecuencia de las amenazas fulminantes hechas por las autoridades de la zona contra los que se negasen a aceptar pagos en los billetes que en ella circulaban; lo que fue aprovechado por el deudor para amenazar a la acreedora con denunciarla a las autoridades rojas. Consideraciones, todas ellas, que llevaron al TS a admitir la existencia de intimidación en la operación de pago verificada.

Vemos como los criterios a utilizar para apreciar y valorar el miedo que se apodera de una persona pueden ser incontables (pues también son variadísimos los posibles supuestos de hecho que se habrán de ir presentando en la práctica); en concreto nosotros hemos podido constatar que el TS, en las resoluciones estudiadas, ha llegado a utilizar los siguientes (entre otros muchos menos significativos): la edad de la víctima (entre otras: 18-Nov.-44, 1266; 1-Jun.-45, 725; 13-Oct.-90, 7863); la salud y enfermedades de la víctima (15-Jun.-44, 957; 1-Jun.-45, 725); la presión sobre familiares (entre otras: 13-Mz.-45, 299; 1-My.-45, 592; 5-My.-45, 594); la situación de desamparo (15-Jul.-44, 957; 13-Oct.-92, 9427); el secuestro (STS de 13-Jun.-35, 1232). En situaciones extraordinarias de revolución o guerra (como sucedió durante nuestra guerra civil), los instrumentos más usuales de amenaza suelen ser los siguientes: las ideas religiosas (9-My.-44, 685; 2-Feb.-45, 149; 13-Mz.-45, 299); las ideas políticas (entre otras: 11-Mz.-44, 325; 24-Mz.-45, 466; 30-Abr.-47, 608); denuncias y persecuciones (entre otras: 29-My.-45, 724; 1-Jun.-45, 725; 7-Jun.-45, 727); la cárcel (entre otras: 16-Abr.-45, 469; 19-My.-45, 596; 4-Dic.-48, 1431); la amenaza de muerte (entre otras: 22-Dic.-44, 1293; 2-Feb.-45, 149; 20-Feb.-45, 294; 4-Dic.-48, 1431; 12-Mz.-54, 722); el ambiente de terror generalizado (entre otras: 28-Oct.-47, 1209; 4-Dic.-48, 1431; 9-Dic.-48, 1637; 23-Mz.-54, 1000) (57).

3.5. *El nexo de causalidad entre la intimidación, y la declaración de voluntad viciada.*

El legislador no se refiere expresamente al *nexo de causalidad* que debe mediar entre la intimidación, y la declara-

(57) Pero como ya advertíamos los parámetros posibles a manejar son tan numerosos que resulta imposible su enumeración exhaustiva (para poder ilustrarse sobre el particular, entre otras muchas, citamos tan solo las SSTs más recientes: 5-Mz.-92, 2390; 21-En.-93, 479; 31-Oct.-94, 8002; 7-Feb.-95, 745; 5-Oct.-95, 7021).

ción de voluntad viciada; pero se podría deducir de la redacción de los artículos 1.265 y 1.267-1.º C.c., y por analogía con el dolo (art. 1.269 C.c.).

La jurisprudencia no se olvida de exigir la concurrencia de este requisito para llegar a calificar la intimidación (58).

VI. El dolo vicio de la voluntad

1. Fuentes normativas, concepto y fundamento.

Apuntamos en su momento como al dolo vicio, en el ámbito sucesorio, se referían los siguientes preceptos del C.c.: 673, 674, 756-5.º, 6.º y 997. La *STS de 13-Oct.-60, 3085*, con relación al artículo 1.079 C.c., afirma que en la omisión de valores en la partición de la herencia es indiferente que tal omisión haya sido involuntaria, o intencionada (dolosa).

202

Esta precariedad normativa obliga a buscar un Derecho supletorio, encontrándolo en el régimen contractual; así lo permite la *STS de 10-May.-72, 2135*, al afirmar que “si bien el artículo 1.269 se refiere al dolo específico contractual, en defecto de una doctrina general sobre los vicios de la voluntad y la nulidad o anulabilidad por dolo en los negocios jurídicos, viene aplicándose por analogía la regulación relativa a los contratos a pesar de las notorias diferencias entre los negocios bilaterales y los actos unilaterales tomando el consentimiento como sinónimo de voluntad cuya autonomía puede ser anulada si se coarta por estímulos endógenos o exógenos capaces y suficientes y concretamente puede producir este efecto el dolo, como admiten los artículos 1.265 y 1.269 del C. Civ.”.

(58) SSTs de: 3-Jun.-41, 736; 25-May.-44, 800; 28-Oct.-47, 1209; 21-Mar.-50, 709; 7-Feb.-58, 580; 27-Jun.-63, 3502; 27-Feb.-64, 1153; 21-Mar.-70, 1582; 11-Mar.-85, 1134; 26-Nov.-85, 5901; 22-Abr.-91, 3014; 21-Jul.-93, 6102.

El artículo 1.269 C.c. recoge el concepto legal de dolo (59). Y la STS de 18-Jul.-88, 5727, se refiere al dolo vicio en los siguientes términos: “Que es doctrina de esta Sala que el dolo *causa dans* o *in contrahendo* determinante de la celebración del negocio jurídico, cuyo elemento objetivo es un comportamiento engañoso informado por el *animus decipiendi* de lograr la declaración mediante el artificio utilizado...” (60). Desde el punto de vista conceptual el dolo testamentario no ofrece ninguna particularidad; afirma PUIG PEÑA que “existe dolo en materia testamentaria cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido totalmente diver-

(59) En materia de dolo es oportuna la consulta de la siguiente bibliografía: ATARD, *El dolo en el derecho civil*, Madrid 1925 / CARRANZA, *El dolo vicio de la voluntad en el Derecho Civil argentino*, ADC, 1973, pp. 585 ss./ CASTRO JOVER, *Dolo negocial y reserva mental. Comentario a la STS de 26-Nov.-1985*, Poder Judicial, 2.ª época, n.º 7, Sept. 1987, pp. 135 ss./ DE COSSÍO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho Civil*, Madrid 1955; idem, *Dolo y captación en las disposiciones testamentarias*, ADC, Abr.-Jun. de 1962, XV, Fasc. II, pp. 277 ss./ COVIÁN, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VII, Barcelona 1980, voz “Dolo civil”, pp. 691 ss./ DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario a la STS de 27-Mz.-1989*, CCJC, Abr.-Ag. de 1989, n.º 20, pp. 465 ss./ DE LOS MOZOS, *Del dolo civil al dolo procesal*, RDP, Abril de 1984, pp. 339 ss./ DÍAZ ALABART, *La gravedad del dolo*, AC, 1987-2, n.º 43, semana 16, pp. 2637 ss./ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid 1994, Dolo, pp. 41 ss./ LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid 1996, Dolo, pp. 125 ss./ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al CC español*, VIII-2.º, Madrid 1967, pp. 584 ss.; idem, V, Madrid 1972, pp. 571 ss., 942 ss./ MORALES MORENO, *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid 1995, Dolo: vicio de la voluntad, pp. 2586 ss.; idem, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, XVII, 1-B, Madrid 1993, Dolo, pp. 378 ss.; idem, *Comentario del CC*, II, Madrid 1991, Dolo, pp. 468 ss./ MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado...*, XX, Madrid 1958, pp. 707 ss.; idem, XII, Madrid 1950, pp. 185 ss., 784 ss./ PUIG PEÑA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VII, Barcelona 1980, Dolo civil, pp. 683 ss./ QUINONERO CERVANTES, *El dolo omisivo*, RDP, Abr. de 1979, pp. 345 ss./ ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid 1996, *Los vicios del consentimiento en la partición convencional: el dolo*, pp. 136 ss./ ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid 1994 / SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, IV, Madrid 1991, pp. 659 ss.; idem, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, VI, Jaén 1979, pp. 360 ss./ VÁZQUEZ IRUZU-BIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del CC*, Madrid 1989, pp. 1099 ss., 1198 ss., 2121 ss.

(60) En un sentido parecido se pueden consultar las SSTs de: 1-Mz.-49, 261; 3-Feb.-81, 347; 27-Sept.-90, 6908.

so del que hubiera otorgado de no haberse producido la interferencia de este vicio de la voluntad” (61).

Independientemente de que el dolo se configure como un acto ilícito que merece castigo y reparación; también se puede construir como un vicio del consentimiento en alguna medida conectado, tanto con la violencia, por vía de la libertad: el querer no es libre, pues la declaración de voluntad ha sido determinada por la insidia; y también con el error, esta vez por vía del conocimiento: el querer no es consciente, ya que no hay un conocimiento verdadero de la situación (mediando dolo, normalmente, también hay error).

Consagrando institucionalmente la figura del dolo el legislador pretende asegurar que la voluntad, en todo caso, se va a formar consciente y libremente.

204 2. Planteamiento del problema: el dolo como eje o gozne situado entre la intimidación, y el error.

Los artículos 673 y 674 distinguen entre el dolo y el fraude; y el artículo 756-5.º C.c. tan solo habla de fraude. La explicación radica, quizá, en la tradicional subdivisión del dolo testamentario en categorías, como son la captación y la sugestión. Mediante la *captación* (recogida en el art. 794 C.c.), se pretende que el favorecido otorgue testamento en beneficio del disponente. Y la *sugestión* en una maniobra que induce al testador a disponer a favor de terceros (desviando la voluntad de aquél).

Hoy la doctrina mayoritaria admite que, debido a la amplitud del concepto de dolo recogido en el artículo 1.269 CC, esta institución pueda abarcar cualquier tipo de maquinación insidiosa (*STS de 1-Jun.-62, 2619*); de modo que el legislador parece utilizar el término *dolo* como concepto genérico que englobaría dentro de sí las siguientes especies:

(61) PUIG PEÑA, *Tratado...*, V, p. 134. En un sentido parecido, OSSORIO MORALES, *Manual...*, p. 472.

1) El *fraude*, término con el que se pretendería recordar las connotaciones penales de la institución; y que estaría cualificado por la relación de confianza existente entre el inductor y la víctima, y por girar en torno al engaño.

2) La *captación* y *sugestión*, donde la maquinación pretende, no tanto el engaño, sino más bien desviar una voluntad débil según los designios del inductor.

Esto no obstante la distinción carece de relevancia práctica pues, en todo caso, se habrán de producir los mismos efectos. Por ello la *communis opinio* utiliza los términos dolo y fraude como sinónimos.

En el ámbito sucesorio, como afirma DE COSSÍO citando a CICU, “el caso más corriente es el de la persona que consiga alejar al testador de hecho o espiritualmente, de sus personas queridas, insinuando sospechas o malentendidos respecto de ellas, y demostrando cuidados y afectos de manera que llegue —máxime si además convive con el propio testador— a dominar por completo su voluntad, sin que aquél lo advierta” (62).

Este supuesto prototípico quedaría reflejado en la STS de 24-Feb.-61, 351, que versa sobre un testamento ológrafo impugnado por las sobrinas de la fallecida alegando captación de la voluntad por el único heredero universal, un Padre Trinitario muy culto e instruido; las demandantes se apoyan en la redacción del propio testamento, que no pudo ser elaborada por la testadora en esos precisos términos al ser, ésta, una persona excéntrica, voluble e impresionable. Esto no obstante el Tribunal no considera suficientemente acreditada la existencia de dolo “pues una persona mayor de edad con sólo saber leer y escribir, aun sin cultura más amplia, puede otorgar su testamento en forma ológrafa, valiéndose de tercero de su exclusiva confianza que dé expresión ordenada y hasta técnica a la declaración de voluntad exactamente concebida y querida por la testadora, que

(62) DE COSSÍO, *Dolo y captación...*, p. 284.

luego ésta copia o transcribe, por ser nada más que suya la volición en concreto contenido”.

Sin embargo la verdadera singularidad que nos ofrece el dolo radica en su carácter *integrativo* al funcionar a modo de bisagra entre la intimidación, y el error. Es decir, no es infrecuente que, en la práctica, intimidación (miedo) y dolo aparezcan unidos, de modo que al jurista le sea francamente difícil establecer el deslinde entre ambas instituciones. Comprobémoslo con algún ejemplo práctico: la *STS de 25-My.-45, 862*, trata de un testamento otorgado por una anciana a favor de su sobrina (su “más caro amor”, según el tenor literal de la sentencia). La tal heredera se encontraba encarcelada y sometida a un procedimiento de responsabilidades políticas con riesgo de que, si finalmente llegaba a heredar, el Estado se incautara de todos sus bienes. El abogado, administrador y consejero de la testadora, aprovechando las circunstancias y su posición de confianza, consigue que se cambie el testamento y le nombren heredero; comprometiéndose a hacer llegar a la sobrina los bienes de la herencia, o su valor, cuando lo permitieran las circunstancias.

En la *STS de 1-Jun.-62, 2619*, el testamento de un duque es impugnado por los hijos de éste habidos en su primer matrimonio, a quienes tan sólo se les había dejado su legítima estricta, en beneficio de la hija habida en el segundo matrimonio del interfecto. Para lo que se alegaba, con relación al duque, su volición débil, tornadiza y fácil de ser término pasivo de preponderancias psicológicas de tercero interesado; además de esgrimir el carácter dominante de su madrastra.

La particularidad a que nos estamos refiriendo abarca todo el ámbito sucesorio (no se circunscribe a la declaración de voluntad testamentaria). De modo que sería posible crear un estado de temor en la heredera haciéndola creer que el pasivo de la herencia es muy superior al activo pretendiendo, con ello, que repudie la herencia (*STS de 14-Mz.-57, 1162*).

Vemos como se trata de una realidad de orden práctico el hecho de que, sobre la base de un único conflicto material, aparezcan mezcladas cuestiones sobre intimidación y dolo (63).

El paralelismo existente entre el dolo y el error resulta todavía más evidente pues, normalmente, el dolo consiste en una maquinación que pretende engañar (inducir a error) a la víctima: error provocado por un comportamiento insidioso que capta la voluntad determinando la declaración. Por ello son todavía más numerosas las sentencias en las que se debaten conjuntamente problemas de dolo, y error (64).

Esta peculiaridad, lejos de ser un contratiempo en la aplicación práctica del Derecho, se aprovecha para configurar el dolo vicio como institución *axial o integrativa* a la que acudir cuando no es posible demostrar la existencia de amenazas, o error (cuando no se pueden probar todos los requisitos estructurales que configuran la amenaza, o el error) (65). Con esta estrategia, quizás, se esté tratando de solucionar el problema que plantea la configuración legal tan rigurosa de la intimidación (y su tratamiento jurisprudencial más bien restrictivo), que parece dejar fuera de su ámbito de aplicación cuestiones tales como el estado de necesidad, y las situaciones denominadas de abuso de posición. Por el contrario, en materia de dolo, el acento se

(63) En esta línea, entre otras muchas menos significativas, cabría citar las siguientes SSTs: 22-Mz.-41, 319; 8-My.-43, 580; 7-Nov.-44, 1198; 28-Oct.-50, 64/1951; 16-Jun.-65, 4276; 16-En.-87, 300; 21-Jul.-93, 6102; 7-Feb.-95, 745; 19-Feb.-96, 1605. En la STS de 26-Dic.-44, 116/1945, por ejemplo, el dolo se hacía derivar de la *amenaza* de acudir a un procedimiento judicial, y de la influencia del padre sobre sus hijos para la firma del instrumento.

(64) Entre otras menos significativas, se pueden consultar las siguientes SSTs: 26-Dic.-44, 116/1945; 28-Oct.-46, 1036; 4-Abr.-50, 1158; 6-Jun.-53, 1658; 3-Jul.-54, 1884; 30-Mz.-55, 1539; 4-Dic.-56, 4121; 20-Dic.-67, 5173; 14-My.-68, 3733; 3-Feb.-86, 409; 9-Jul.-87, 5214; 28-Feb.-90, 726; 1-Dic.-93, 10093; 16-Feb.-94, 1616; 19-Feb.-96, 1605; 23-My.-96, 4004.

(65) ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, pp. 190 ss.

pone en al mala fe (insidia) de la conducta de su agente; lo que permite jugar ampliamente con el principio de la buena fe; por ello la apreciación del dolo es más flexible, y se utiliza esta sede como cajón de sastre al que poder acudir cuando la impugnación no es posible por vía de intimidación, o error.

El carácter *axial* o *integrativo* del dolo servirá también como argumento para defender la uniformidad de régimen jurídico en materia de vicios de la voluntad: dada la estrecha conexión existente entre los distintos vicios (violencia, dolo y error), pues el dolo funciona como gozne de los otros dos, parece conveniente someter a todos a un mismo régimen jurídico básico (sin perjuicio de aceptar también las particularidades que sean estrictamente necesarias en cada institución).

208

El carácter integrativo del dolo es una constante en el ámbito procesal, pues se utiliza como alegación subsidiaria después de haber esgrimido otras muchas (como por ejemplo: los requisitos del contrato, ilicitud de causa, falta de consentimiento, simulación, vicios ocultos, interpretación del contrato, cumplimiento del contrato, resolución por incumplimiento, rescisión por lesión, presunciones, etc.). En definitiva, parece que el dolo vicio se utiliza como una especie de comodín al que se acude para conseguir la ineficacia del negocio cuando no aparece suficientemente despejada alguna otra vía de impugnación (66).

(66) Afirmación que el lector interesado podría corroborar consultado, entre otras, las siguientes SSTs: 23-Jun.-62, 3025; 27-Sept.-63, 3874; 5-Nov.-66, 5272; 5-Oct.-67, 3750; 28-Feb.-69, 1034; 4-Jul.-69, 3829; 11-Nov.-70, 5101; 2-Jul.-71, 4312; 9-Oct.-71, 3825; 14-Abr.-73, 1790; 20-Jun.-73, 2545; 26-En.-80, 167; 21-My.-82, 2586; 28-Feb.-83, 1080; 9-Jul.-87, 5214; 7-Jul.-89, 5414; 22-Feb.-90, 709; 4-Jul.-91, 5326; 21-My.-92, 4269; 7-Abr.-93, 2800; 23-Jun.-94, 6497. Y ello sin contar con las numerosas sentencias en las que se alega el artículo 1.269 CC, posiblemente, como mera cláusula de estilo.

3. Dolo penal y dolo civil; dolo bueno y dolo malo; dolo causante y dolo incidental.

Sería conveniente centrar los puntos de debate, sin extendernos demasiado al respecto, recordando los diferentes tipos de dolo. Mas, previamente, habrá que excluir aquellas situaciones fronterizas al dolo que no pueden ser calificadas como tal pues, en el ámbito sucesorio, es preciso tener sumo cuidado para no confundir el dolo, que pretende captar la voluntad del testador, con *los cambios de ánimo o afecto del testador* que son, como resulta fácil de imaginar, de muy difícil investigación y delimitación por parte del juzgador; problemática recogida en la *STS de 26-My.-69, 2862*, al afirmar que “la eficacia de un testamento no puede subordinarse a los afectos familiares, casi siempre efímeros, que como sentimiento íntimos escapan a la investigación del juzgador —sentencias de 16 noviembre 1918 y 28 octubre 1930 (R. 1227), entre otras—, y si por otra parte la pretensión de declarar nulo un testamento, por circunstancias como la de haber otorgado otro anterior, es ir contra los preceptos legales y jurisprudenciales, pues es principio de derecho que la voluntad humana es ambulatoria hasta la muerte...” (67).

209

3.1. *Dolo penal y dolo civil.*

La STS de 9-Dic.-75, 4733, afirma que “mientras en el *dolo civil*, la maquinación va encaminada o es asechanza sólo al consentimiento aunque luego, sin planeamiento previo, tenga consecuencias patrimoniales; en el *dolo penal* la asechanza va directamente contra el patrimonio ajeno desde

(67) El problema de los cambios de voluntad del testador también aparece en las SSTs de: 24-Feb.-61, 351; 1-Jun.-62, 2619, CDO 3.º: “El testamento, en el Derecho moderno es un acto esencialmente revocable, principio de orden público, dado que el testador no puede declarar que testa de una manera definitiva o para siempre, sino la última vez que ejercita la facultad de testar”.

el principio, aunque para ello sea preciso viciar la voluntad del perjudicado”.

Las SSTS de 28-Feb.-69, 1034; 4-Jul.-69, 3829; 11-Jul.-88, 6538; se refieren a las diferencias existentes entre los distintos tipos de dolo civil: a) El *dolo vicio de la voluntad* (arts. 1.269, 1.270 C.c.), que es la única materia objeto de nuestro estudio. b) Y el *dolo contractual o dolo civil* (arts. 1.101, 1.102 y 1.107 C.c.), que es el dolo en el cumplimiento de las obligaciones.

3.2. *Dolo bueno y dolo malo.*

210

El denominado *dolo bueno* (“*dolus bonus*”, “*pia fraus*”) no constituye un verdadero comportamiento doloso, y se refiere a todo género de picardías toleradas por la conciencia social, que no dan lugar a engaño, pues la opinión común conoce su verdadero alcance (“de dinero y santidad, la mitad de la mitad”). Este tipo de dolo es irrelevante a efectos impugnatorios (de modo que será terreno abonado para poder aplicar el principio de la autorresponsabilidad).

Tradicionalmente ha encontrado su campo de aplicación en la propaganda comercial; así, por ejemplo, en el artículo 3.8 de los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, se afirma que “las meras exageraciones típicas de la propaganda o negociaciones no son suficientes para configurar un supuesto de dolo”; y en las SSTS de 16-En.-30, 568 bis, y 11-My.-93, 3539, la propaganda comercial no se configura como dolo causante (insidioso). Sin embargo es preciso advertir cómo el Derecho vigente restringe bastante su ámbito de aplicación dada la importancia creciente que adquieren en la actualidad, la buena fe precontractual, y los deberes de información (Ley 26/1984, 19-Jul.; Ley 34/1988, 11-Nov.; Ley 3/1991, 10-En.).

Las situaciones de dolo bueno aparecen también en el ámbito sucesorio. Citando al *TS de Cuba en sentencia de 6-Mz.-1946*, PUIG PEÑA afirma que “los tribunales extranjeros

han considerado reiteradamente que los simples mimos y cariñosos cuidados que una persona prodiga a otra para dirigir su voluntad testamentaria hacia él, constituyen un simple “*dolus bonus*”, que no tiene virtualidad suficiente para producir la nulidad de un testamento. ... Naturalmente que el provocar la simple atracción hacia sí, e incluso el desvío hacia otros parientes o posibles beneficiarios, será en la mayoría de los casos un supuesto de apreciación delicadísima. Quizá se pueda resolver el problema atendiendo a la veracidad de lo dicho y al estado de salud del otorgante. Si una persona aleja del cariño del testador a otra manifestándole, p. ejem., frases que ésta pronunció en su contra y que desde luego eran ciertas, será muy difícil apreciar el dolo si por otra parte el testador se encontraba en plena normalidad psíquica. Por el contrario, el infundio y la calumnia con ánimo de desviar, y ejercida además sobre personas en las que se aprecia ya la caída de su componente psíquico, determinarán posiblemente la situación de dolo” (68).

211

3.3. *Dolo causante y dolo incidental.*

El término dolo nos hace pensar, automáticamente, en el *dolo causante* (“*causam dans*”), determinante del consentimiento (como no podía ser de otra manera, el problema radica en la voluntad viciada). Quedaría fuera de este ámbito el denominado *dolo incidental* (“*dolus incidens*”), que no se refiere a un problema de acto, sino de contenido negocial, y tan “sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios” (art. 1.270-2.º C.c.).

La doctrina mayoritaria hace ver la tremenda dificultad que nos encontraremos llegado el momento de tener que diferenciar la voluntad en sí misma considerada, de la voluntad referida a determinadas condiciones, pues el negocio

(68) PUIG PEÑA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VII, p. 690; idem, *Tratado...*, V, pp. 135, 136.

siempre se va a querer como un todo indivisible. Dificultades que se agravan cuando, fijándonos en algunos de los casos concretos que se suelen proponer como ejemplificativos del dolo incidental, comprobamos como podrían ser tratados, igualmente, como supuestos de dolo bueno. Y para borrar la pretendida escisión existente entre el dolo causante, y el incidental, se ha señalado con mucho acierto la conveniencia de no llevar la distinción al ámbito sucesorio, pues los negocios jurídicos a título lucrativo ni siquiera permitirían la indemnización por daños (69).

Aunque todo lo dicho resulta palmario, convendría no perder de vista la dilatada tradición jurídica del dolo incidental (Partida V, Título V, Ley 57); no olvidada, ni por el Derecho positivo vigente (art. 1.270-2.º C.c.), ni por la jurisprudencia del TS, que ha tratado de estas cuestiones en numerosas ocasiones (70).

212

4. Elementos y requisitos del dolo vicio.

Pensando en los negocios jurídicos bilaterales el *dolus adversarii* aparece claramente consagrado en el artículo 1.269 C.c.; otra cosa es que la diferencia de régimen con relación a la violencia (art. 1.268) sea o no criticable; discusión que evitaremos al no ser el objeto principal de nuestro estudio.

En un testamento la víctima del dolo resulta perfectamente identificable: el testador. No sucede lo mismo con su agente: ¿quién ha de ocupar la posición de “la otra parte contratante” en un negocio jurídico unilateral? La doctrina, prácticamente unánime, a estos efectos, distingue entre otor-

(69) SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al CC.*, IX, 1-A, p. 193.

(70) SSTs de: 10-Mz.-49, 269; 28-Oct.-50, 64/1951; 20-Oct.-56, 3409; 28-Feb.-69, 1034; 8-Jun.-73, 2460; 16-Dic.-75, 4581, donde se aborda el problema de la compra-venta de una finca que resulta de menor extensión a la prevista, alegándose dolo incidental pues el negocio se hubiera otorgado de cualquier modo, aunque modificando su contenido económico (precio menor); 21-Jun.-78, 2359; 3-Feb.-81, 347; 11-Jul.-88, 6538; 8-Jun.-95, 4637.

gante, y no otorgantes, admitiendo que el dolo pueda provenir de cualquiera de estos últimos (no es necesario que el agente del dolo sea, estrictamente, el beneficiario de la disposición) (71). El negocio jurídico unilateral no recepticio por excelencia es el testamento; y los artículos 673 y 997 C.c. no hacen ninguna precisión al respecto.

Generalmente se admite que la apreciación del dolo exige la concurrencia de los siguientes requisitos: uno subjetivo, el ánimo de engañar; otro objetivo, la insidia; y el nexo de causalidad entre la maquinación dolosa, y la declaración negocial. No parece incontrovertible admitir que el error sea otro de los requisitos estructurales del dolo; y tampoco que la gravedad del dolo se pueda configurar como requisito autónomo de los anteriores.

4.1. *El ánimo de engañar (“animus decipiendi”).*

213

La cualificación del dolo requiere inexcusablemente intencionalidad en la captación de la voluntad (*animus decipiendi*). A efectos de su calificación civil, el móvil concreto que impulsa la conducta dolosa es totalmente irrelevante (si bien se puede aprovechar como indicio probatorio, para tipificar penalmente la conducta, o bien como criterio para valorar el alcance de la indemnización por daños); debe quedar claro, por tanto, que el dolo vicio existe independientemente de que su agente, con ello, obtenga algún lucro, o de que la víctima, además, sufra cualquier daño (es indiferente la intención de perjudicar; SSTs de: 9-Mz.-62, 1230; 27-Mz.-89, 2201).

Siendo esto así resulta sorprendente que alguna jurisprudencia (SSTs de: 15-Jul.-87, 5494; 4-Dic.-90, 9546; 21-Jul.-93, 6102; 15-Jun.-95, 5296; 23-May.-96, 4010) afirme que el aspecto interno o subjetivo de la conducta dolosa consiste en el ánimo de perjudicar; puede que aquí nuestro Alto Tribunal

(71) En contra: DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 150.

se esté dejando influir por el concepto penal de dolo y su relación con el delito de estafa (STS de 11-Jul.-88, 6538, Sala 2.^a).

4.2. *La conducta dolosa (insidia).*

El artículo 1.269 C.c. se refiere al *comportamiento doloso* con la expresión “palabras o maquinaciones insidiosas”, términos tan amplios que permiten englobar dentro de sí cualquier tipo de actividad que se haga con la intención de captar la voluntad del declarante; desde luego, el *dolo positivo* (72).

214

También integra el supuesto de hecho del dolo la denominada *reticencia dolosa (dolo negativo)*, (73) y es natural que así sea pues los vericuetos del engaño son infinitos e imposibles de sistematizar, lo que obliga al legislador a definir el dolo en términos lo suficientemente amplios como para abarcar todas las posibilidades (tal y como hemos visto hace el art. 1.269 C.c.); la buena fe y la equidad nos llevarían a la misma solución; que también subyace en el espíritu de los artículos 1.302, 1.486-2.º y 1.487 C.c. Con relación

(72) Un ejemplo muy significativo de la amplitud con que es preciso concebir la maquinación dolosa, vendría recogido en la STS de 6-Nov.-48, 1264: el cajero de una sucursal bancaria distrae fondos, por lo que puede ser perseguido penalmente por el Banco defraudado; lo que provoca un estado de “depresión de voluntad” en un tío carnal de dicho cajero delincuente. Aprovechando esta circunstancia directivos del Banco hacen creer al familiar que su sobrino conservaría su empleo siempre que aquél consintiera, “como mera fórmula, una garantía de su gestión”. Cuando lo que en realidad hicieron firmar a dicho pariente fue un reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria para conseguir cobrar, por esta vía, lo que su sobrino había hurtado. En la STS de 12-Nov.-60, 3474, el deceptor vende una misma finca a distintas personas variando sus linderos para que dicho inmueble tuviera acceso al Registro de la Propiedad. Otro caso paradigmático lo encontramos en la STS de 18-Jul.-88, 5727: se trata de una casa asentada en un mal terreno, que produce muchas grietas y fisuras en la edificación, lo que da lugar a grandes dispendios para mantener la habitabilidad del chalet; el vendedor, conocedor de esta circunstancia, la oculta dolosamente realizando obras de albañilería y pintura para que los defectos no aparezcan a la vista en el momento de la venta.

(73) ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, pp. 254 ss.

al ámbito testamentario en concreto cabría pensar que el dolo negativo se encuentra recogido en el artículo 674 C.c. (74).

Esto no obstante creemos que el mayor problema que plantea la reticencia dolosa, no es tanto la admisibilidad de la figura (pues aparece en la práctica en numerosísimas ocasiones), como la apreciación de su existencia en cada caso concreto: aparentemente tiene que ser mucho más difícil de probar, tanto la insidia, como la intención de engañar, cuando analizamos el silencio, o una omisión.

4.2.1. *La calificación de la conducta dolosa en el ámbito sucesorio.*

En lugar de entrar a discutir si la calificación de la conducta dolosa exige la utilización de criterios subjetivos u objetivos, nosotros pensamos, con relación al ámbito testamentario en concreto, que se habrán de ponderar, fundamentalmente, las siguientes circunstancias:

215

1) La *edad*, (75) *salud* (76) y *estado síquico* del testador (77). Parece claro que no resulta nada fácil coaccionar ni

(74) A mayor abundamiento nuestra jurisprudencia admite sin paliativos la figura de la reticencia dolosa en las siguientes SSTs: 21-Jun.-78, 2359; 26-Oct.-81, 4001; 1-Oct.-86, 5229; 15-Jul.-87, 5494; 27-Mz.-89, 2201; 28-Nov.-89, 7914; 28-Feb.-90, 726; 27-Sept.-90, 6908; 11-May.-93, 3539; 21-Jul.-93, 6102; 29-Mz.-94, 2304; 5-Oct.-94, 7455; 15-Jun.-95, 5296. Como ejemplo significativo de dolo negativo nos podemos fijar, en primer lugar, en el caso resuelto por la STS de 1-Mz.-49, 261, donde se prometía la venta de una cosa ajena, que sería propia en breve al finalizar un procedimiento de apremio en marcha; mas el promitente-vendedor ocultaba maliciosamente que la adjudicación a su favor aparecía como harto improbable, dada la escasa cuantía de su crédito. Los casos en que se silencian elementos determinantes para la prestación del consentimiento son muy numerosos; entre otros, cabría citar los estudiados en las SSTs de: 4-Dic.-56, 4121; 19-Dic.-60, 4101; 16-Nov.-67, 4495; 6-Nov.-69, 5128; 30-Jun.-71, 3354; 26-Oct.-81, 4001; 9-Sept.-85, 4257; 1-Oct.-86, 5229; 13-Oct.-89, 6916; 27-Sept.-90, 6908; 21-May.-92, 4269; 26-Jun.-95, 5119. La ocultación de datos relevantes también es frecuente en el ámbito societario: 30-Mz.-55, 1539; 27-Ene.-88, 151; 15-Jun.-95, 5296.

(75) SSTs de: 21-Feb.-56, 1105; 30-Abr.-58, 1702; 25-Nov.-60, 3766; 13-Feb.-67, 660; 10-May.-72, 2135; 7-Jun.-75, 2344; 15-Jul.-87, 5494; 27-Feb.-89, 1403.

(76) SSTs de: 21-Feb.-56, 1105; 13-Feb.-67, 660; 6-Nov.-87, 8340; 27-Feb.-89, 1403.

(77) SSTs de: 23-Feb.-34, 278 bis; 25-May.-45, 862; 6-Nov.-48, 1264; 24-Feb.-61, 351; 1-Jun.-62, 2619; 10-May.-72, 2135.

dirigir la voluntad de una persona sana y en plenitud de sus facultades mentales. El peligro real se da cuando las capacidades síquicas del individuo empiezan a declinar, pues entonces es cuando se encuentra indefenso frente a los artificios, por leves y burdos que estos sean.

2) La *relación* existente entre el testador y el agente del dolo pues, sin duda, la confianza en una persona nos hace más vulnerables a sus engaños (78).

3) Los *medios empleados* para urdir el engaño, dado que la perseverancia en la actividad insidiosa pone muy a las claras la intención de engañar, tal y como queda reflejado en la *STS de 23-Feb.-34, 278 bis*, donde “aparece demostrado que don C.A., obrando por orden y cuenta del demandado don F.B. con el propósito de obtener, por exiguo precio, el caudal hereditario que correspondía a doña M.F.A., como sucesora universal de su padre don F.F.P., prevaleciéndose de la pobreza de ánimo y debilidad mental de la M., le hizo creer, por medio de una correspondencia insistente y continua, que los inmuebles de la herencia no estaban inscritos en el Registro de la Propiedad de Santander a nombre del causante, lo que le constaba no era cierto, y que serían necesarios largos y dispendiosos pleitos para que la M. lograra la posesión de su haber hereditario, la sugestionó en forma que, mediante tales maquinaciones, consiguieron que la mencionada M., en escrituras públicas extendidas en Bilbao con fecha de 14 y 16 de enero de 1926 cediera a don J.B.. todos los derechos que le correspondían como heredera de su padre natural don F.F.P., en virtud de testamento otorgado por éste en 10-Abr.-1912, incluyendo las rentas e intereses vencidos y no entregados a la vendedora, por el precio de 1.700 ptas., inferior en mucho más de la mitad a su real y verdadero valor”.

(78) En esta línea se pueden consultar las SSTs de: 25-My.-45, 862; 31-En.-50, 541; 24-Feb.-61, 351; 20-Dic.-67, 5173; 3-Abr.-71, 1678; 9-Oct.-76, 3954; 15-Jul.-87, 5494; 27-Feb.-89, 1403.

4) La *veracidad* de las manifestaciones impedirá conceptualizarlas como maquinaciones insidiosas; sólo cabría hablar de dolo probando debidamente su falsedad, que fue lo sucedido en el caso resuelto por la STS de 22-Jun.-48, 1107, donde el cónyuge supérstite y los albaceas, en contra de los intereses de los herederos, ocultan deliberadamente bienes relictos a la hora de confeccionar el cuaderno particional.

4.3. *La gravedad del dolo.*

Según el artículo 1.270-1.º C.c. el dolo ha de ser *grave*. Tradicionalmente se viene identificando dolo grave, con dolo causante (79): la maquinación dolosa debe ser de una envergadura suficiente como para ilusionar a una persona sensata, provocando su declaración de voluntad.

En postura minoritaria DÍAZ ALABART distingue el requisito de la gravedad del dolo, que consistirá en la aptitud de la maquinación para producir engaño; del carácter determinante del dolo, que se refiere a la aptitud de la maquinación para producir el resultado apetecido (la emisión de la declaración de voluntad) (80). Alguna jurisprudencia también parece distinguir los conceptos de dolo causal, y dolo grave: 25-Nov.-60, 3766; 13-Feb.-67, 660. En cualquier caso, y desde la perspectiva de la construcción dogmática, cabe recordar cómo la solución traumática de la impugnabilidad se atempera por medio de la tipicidad de los vicios del consentimiento, y su carácter restrictivo: para llegar a apreciar la existencia de un vicio de la voluntad no basta con cualquier influencia externa que incida de alguna manera sobre dicha voluntad; muy al contrario, tal influencia habrá de ser *seria* (grave, de una cierta entidad; y aquí es donde se podría incardinar con carácter autónomo la gravedad del dolo del art. 1.270-1.º C.c.), y *determinante* de la declaración de vo-

(79) SSTs de: 18-Jun.-55, 2385; 4-Dic.-56, 4121.

(80) DÍAZ ALABART, *La gravedad del dolo*, pp. 2645, 2646.

luntad (la voluntad se forma y se declara como consecuencia de aquella influencia externa).

4.4. *La irrelevancia del daño en la configuración del dolo.*

Para poder calificar el dolo como relevante a efectos impugnatorios no es necesaria la concurrencia de un *daño*, pues mediante la figura del dolo se trata de proteger el consentimiento consciente y libremente prestado (y no el patrimonio).

4.5. *De nuevo sobre el carácter axial o integrativo del dolo: la irrelevancia del error en la configuración del dolo.*

218 Sobre el *error* también aflora alguna discusión; es verdad que la insidia, normalmente, da lugar a error; pero el carácter axial o integrativo del dolo hace que la figura tenga una *vis attractiva* con relación a las situaciones fronterizas con la violencia (estado de necesidad, abuso de posición), lo que permite afirmar que el dolo existirá siempre que se manibre torticeramente para captar ilícitamente la voluntad, independientemente del error provocado en el *deceptus*.

En aquellos supuestos en los que el dolo induce a error, como éste no puede referirse a aspectos irrelevantes, se plantea la cuestión de su excusabilidad, pues el Derecho tampoco puede proteger a cualquiera, ni a cualquier precio; siendo necesario poner algún límite, la jurisprudencia que ha tratado estas cuestiones, mediando buena fe y confianza, hace prevalecer la ingenuidad (“simplicitas”), sobre el dolo (mala fe) (81).

(81) SSTs de: 26-Oct.-81, 4001; 15-Jun.-95, 5296. En la STS de 15-Jul.-87, 5494, una viuda portuguesa que profesaba un gran amor hacia los animales, se deja engañar por un matrimonio: la hacen creer que sus intereses (y por añadidura, el cuidado de los animales) estarían mucho mejor atendidos si les vendiera (a precio irrisorio, naturalmente) su patrimonio, con el fin de evitar posibles embargos; la ingenuidad de la viuda raya con lo infantil, pero el Tribunal la ampara haciendo jugar en el caso el principio de la buena fe.

Naturalmente mediando dolo, y error cualificado, se acumulan ambas acciones, que podrán funcionar de modo autónomo (STS de 3-Jul.-54, 1884).

4.6. *Nexo de causalidad existente entre el dolo, y la declaración de voluntad.*

El *nexo de causalidad* existente entre el dolo y la declaración de voluntad se deduce de la dicción de los artículos 1.265 y 1.269 C.c. La doctrina mayoritaria también entiende que la gravedad del dolo del artículo 1.270 C.c. se refiere a su carácter determinante del consentimiento.

Al contrario de lo que sucede con la maniobra dolosa, que parece debería valorarse atendiendo a criterios meramente objetivos, el carácter determinante del dolo para llegar a emitir la declaración de voluntad es un problema subjetivo que se aprecia “in concreto” atendiendo a las circunstancias personales y particulares de la víctima. Analizando la jurisprudencia recaída a partir del año 1930 hemos podido constatar que, para solucionar éstas cuestiones, se han utilizado, fundamentalmente, los siguientes criterios: ya nos hemos referido *supra* a la edad, salud y confianza de la víctima en el agente del dolo. También su debilidad mental e incapacidad (82). Pobreza de ánimo y depresión de voluntad (83). La lejanía aparece en la STS de 25-Nov.-60, 3766. La soledad y el desarraigo en las SSTS de: 13-Feb.-67, 660; 15-Jul.-87, 5494; 27-Feb.-89, 1403. La estrecha convivencia de la víctima con el deceptor, o el aislamiento, también son criterios ponderados por algunas resoluciones de nuestro Alto Tribunal (84). La STS de 27-Feb.-89, 1403, se refiere al carácter tímido y generoso de la víctima. Y a su condi-

(82) SSTS de: 23-Feb.-34, 278 bis; 5-Abr.-43, 427; 13-Feb.-67, 660; 9-May.-74, 2016; 7-Jun.-75, 2344; 6-Nov.-87, 8340; 27-Feb.-89, 1403; 28-May.-92, 4390.

(83) SSTS de: 23-Feb.-34, 278 bis; 25-May.-45, 862; 6-Nov.-48, 1264; 24-Feb.-61, 351; 1-Jun.-62, 2619; 10-May.-72, 2135.

(84) SSTS de: 9-May.-74, 2016; 7-Jun.-75, 2344; 13-Oct.-90, 7863.

ción humilde la STS de 20-Dic.-67, 5173. La ignorancia, o la falta de conocimiento del idioma (85). Por último, la situación comprometida del *deceptus* se tiene en cuenta en las SSTS de: 25-Nov.-60, 3766; 16-Jun.-65, 4276; 27-Feb.-89, 1403.

5. Prueba del dolo. Importancia de las presunciones a los efectos de prueba.

El carácter restrictivo de la teoría sobre los vicios de la voluntad también alcanza al dolo. Por ello la jurisprudencia del TS afirma reiteradamente que “no ha de perderse de vista que es también interés social fundamentalísimo el de la seguridad jurídica, en razón del cual y de las normas generales que rigen en orden a la prueba, es tesis incontrovertible ... que el dolo no se presume y tiene que probarse por la parte que lo alega, correspondiendo, como cuestión de hecho, al Tribunal de instancia, la apreciación de su existencia”. De modo que para impugnar el negocio por dolo, será necesario probar cumplidamente todos sus requisitos estructurales; demostración que no siempre resulta fácil (tal y como lo demuestra el hecho de que tan solo se consiguiera probar el dolo en el 27% de los supuestos analizados; sin contar aquellos en los que ni siquiera se entra en el fondo del asunto). En esta línea es frecuente que el TS considere que no se ha acreditado suficientemente la existencia del dolo al no haberse precisado los actos concretos en que, se supone, habían consistido las maquinaciones doloosas (86).

Esto no obstante cabría precisar que cuando la jurisprudencia del TS, con insistencia, afirma que el dolo no se presume, y debe probarse, lo que realmente quiere decir, no

(85) SSTS de: 31-Mz.-42, 342; 31-En.-50, 541; 20-Dic.-67, 5173; 4-Dic.-90, 9546.

(86) SSTS de: 24-Mz.-30, 790; 22-Mz.-41, 319; 31-Mz.-42, 342; 5-Abr.-43, 427; 8-My.-43, 580; 11-Feb.-44, 244; 23-Feb.-44, 247; 24-My.-54, 1325.

es que se cierre la posibilidad de probar por medio de presunciones; lo que realmente parece querer apuntar nuestro Alto Tribunal es que, tomando como punto de partida la presunción general de buena fe, quien alegue la existencia de dolo tiene sobre sí la carga de su prueba (para lo que podrá utilizar cualquiera de los medios de prueba regulados en nuestro Derecho vigente, incluidas las presunciones *hominis* del art. 1.253 C.c.). O lo que es lo mismo: no hay una presunción general de dolo (sino de buena fe). Además, y como impecablemente afirma DE COSSÍO, “es preciso, sobre todo, rechazar la idea de que la prueba de presunciones constituye una mera prueba indiciaria: las presunciones, cuando están bien fundadas, constituyen una prueba de mayor solidez incluso que la misma testifical, ya que se apoyan en las leyes que rigen nuestro pensamiento, y más concretamente en el principio de razón suficiente, que ha hecho posible la construcción de la filosofía y ciencias naturales, a través de los siglos. Precisamente la diferencia que hay entre presunciones e indicios consiste en que en las primeras, la relación que existe entre los hechos directamente probados y su consecuencia, es absolutamente necesaria, según las leyes de la lógica, en tanto que tal conexión, cuando de indicios se trata, constituye un razonamiento de mera probabilidad. Inducir consecuencias de los hechos observados, es procedimiento no solamente correcto desde el punto de vista lógico, sino el principal fundamento de la investigación de la verdad” (87).

221

De todo lo anterior se deduce que la conducta dolosa exigirá siempre una prueba directa y plena; mas, a partir de aquí, para probar el “*animus decipiendi*” y el nexo de causalidad, bastarán las presunciones: de no hacerse así la prueba del ánimo de engañar se configuraría como diabólica, pues obligaría a penetrar en la inescrutable conciencia humana; y utilizando criterios razonables de normalidad no

(87) DE COSSÍO, *Dolo y captación...*, p. 291.

parece demasiado aventurado admitir la presunción de la relación de causalidad entre el dolo, y la declaración de voluntad viciada, una vez que se ha probado debidamente la maquinación insidiosa. La postura apuntada no es sólo una recomendación doctrinal, pues también se puede encontrar en nuestro Derecho positivo vigente (art. 1.279 C.c.), y en la propia jurisprudencia del TS (88).

222

La prueba de las presunciones se utiliza, incluso con más razón todavía, en el ámbito sucesorio, pues viene impuesta por el propio orden natural de las cosas. En efecto: no se puede desconocer que, en los testamentos, la violencia y el dolo suelen ofrecer formas de presión y engaño mucho más sutiles, por lo que es aconsejable suavizar, en alguna medida, el rigor de la prueba. La preparación y otorgamiento del testamento se lleva a cabo en unas circunstancias muy particulares (normalmente en la intimidad, o bien en el más absoluto secreto), lo que hace prácticamente imposible la prueba directa de la maquinación dolosa (por lo general el demandante tan solo podrá apoyar su pretensión en las presunciones). Por la propia naturaleza de las cosas la impugnación del testamento sólo se produce una vez fallecido el testador, que es la única persona que podría facilitar los datos necesarios para sustentar la demanda correspondiente; de lo que se sigue una vez más la necesidad de utilizar criterios más generosos a la hora de valorar los medios de prueba en el testamento. Por último, la flexibilidad en la práctica de la prueba que propugnamos no será sino el lógico corolario institucional al principio que defiende el máximo respeto a la voluntad del testador como Ley del testamento, consagrado por nuestro Derecho positivo en numerosos preceptos que combaten con dureza cualquier influencia externa que pueda llegar a desnaturalizar aquella voluntad (arts. 669, 670, 675 C.c., entre otros).

(88) SSTs de: 27-Feb.-89, 1403; 13-Oct.-89, 6916; 24-Feb.-95, 1111; 8-Jun.-95, 4637.

VII. El error vicio (89).

1. Concepto, fuentes normativas y planteamiento del problema en el ámbito testamentario.

La STS de 27-Oct.-93, 7664, citando la de 21-May.-63, 3586, define el error como “el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida”. Y la STS de 25-

(89) La bibliografía básica sobre estas cuestiones se podría encontrar en las siguientes obras: ALBALADEJO, *El error en las disposiciones testamentarias*, RDP, Mayo 1948, XXXII, n.º 374, pp. 423 ss.; *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, ADC, Abr.-Jun. de 1954, VII, Fasc. II, pp. 319 ss.; *Invalidez de la declaración de voluntad*, ADC, Oct.-Dic. 1957, X, Fasc. IV, pp. 985 ss./ ALONSO PÉREZ, *El error sobre la causa*, en “Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas”, III, Pamplona 1969, pp. 7 ss./ ALVENTOSA DEL RÍO, *Comentario a la STS de 25-En.-96*, RGD, Jun.-1996, pp. 6747 ss./ BORDA, *Error de hecho y de derecho: su influencia en la anulación de los hechos jurídicos*, Buenos Aires 1950 / CARRIÓN OLMOS, *Algunas consideraciones en sede doctrinal sobre el error de derecho*, en “Centenario del CC”, I, Madrid 1990, ISBN 84-87191-41-X, pp. 405 ss./ DE CASTRO Y BRAVO, *De nuevo sobre el error en el consentimiento*, ADC, 1988, XLI, Fasc. II, pp. 403 ss./ DE LA CUESTA RUTE, *Error negocial y vicio interno de la cosa*, La Ley, 1982, 2, pp. 442 ss./ ESPIAU ESPIAU, *El error en las disposiciones testamentarias*, Madrid 1994, ISBN 84-309-2473-6 / ESPÍN CÁNOVAS, *La formulación del error de derecho en el nuevo Título Preliminar del CC*, DJ, 1974, 4, pp. 1307 ss./ GORDILLO CAÑAS, *El error en el testamento*, ADC, Jul.-Sept. 1983, XXXVI, Fasc. III, pp. 747 ss.; voz “Declaración de voluntad”, en “Enciclopedia Jurídica Básica”, II, Madrid 1995, ISBN 84-470-0468-6, pp. 1925 ss./ GULLÓN BALLESTEROS, *Error en el testamento*, RDN, Abr.-Jun. 1969, n.º 64, p. 441 / LUNA SERRANO, *Los vicios del consentimiento contractual*, en “Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo”, Madrid 1981, ISBN 84-7130-332-9, pp. 449 ss./ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al CC español*, VI-1.º, Madrid 1973, pp. 176 ss., 195 ss.; idem, VIII-2.º, Madrid 1967, pp. 549 ss./ MIQUEL GONZÁLEZ, *Una aportación al estudio del error “in substantia” en la compraventa*, ADC, 1963, XVI, pp. 79 ss./ MOLINER NAVARRO, *Comentario a la STS de 29-Abr.-96*, RGD, Sept.-1996, pp. 9959 ss./ MORALES MORENO, en “Enciclopedia Jurídica Básica”, II, Madrid 1995, ISBN 84-470-0468-6, *Error de Derecho*, pp. 2836 ss.; *Error vicio de la voluntad*, pp. 2852 ss.; *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, XVII, 1-B, Madrid 1993, ISBN 84-7130-764-2, pp. 221 ss.; *Comentario del CC*, II, Madrid 1991, ISBN 84-7787-218-X, pp. 459 ss.; *El error en los contratos*, Madrid 1988; *De la excusabilidad a la imputabilidad en el error*, AAMN, XXIX, pp. 51 ss.; *La incidencia del error de derecho en el contrato*, Centenario del CC, II, Madrid 1990, pp. 1455 ss./ MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado...*, XIII, Madrid 1944, pp. 496 ss., 519 ss.; idem, XX, Madrid 1958, pp. 690 ss./ ONECHA SANTAMARÍA, *El error, causa de nulidad de los contratos*, RGLJ, 1975, LXXI,

Nov.-32, 1316, escuetamente, se refiere al error propio como la “disconformidad entre las ideas de nuestra mente y el orden de las cosas” (90).

Tradicionalmente la ignorancia se viene equiparando al error (STS de 11-Jun.-88, 4869).

Según el artículo 673 C.c. “será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”. Vemos como el precepto no menciona el error; y por ello la doctrina se pregunta si el error motivo se podrá configurar, o no, como un vicio del consentimiento testamentario respondiéndose, mayoritariamente, con la afirmativa: (91) los artículos 1.265 y 1.266 C.c. funcionan como Derecho supletorio y en ellos cabe entender el término consentimiento, como sinónimo de voluntad (declaración de voluntad negocial en sentido amplio); sería difícil de explicar que el C.c. no admitiera el error propio dando beligerancia al obstativo (art. 773-1.º). No se puede olvidar que la voluntad del testador es la ley del testamento: “El máximo respeto debido y reconocido a la

n.º 239, pp. 361 ss./ ORTIZ NAVACERRADA, *Error de hecho y casación civil*, AC, 1986, pp. 3333 ss./ PERA VERDAGUER, *El error en nuestro ordenamiento jurídico*, en “Estudios José Gabaldón”, Madrid 1990, pp. 287 ss./ PIETROBON, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid 1971 / PUIG PEÑA, voz “error (Derecho civil)”, en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, VIII, Barcelona 1956, pp. 634 ss./ ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid 1996, *Los vicios del consentimiento en la partición convencional: el error*, pp. 116 ss./ ROCA SASTRE, *Interpretación del testamento. Error en la designación de heredero. El principio “falsa demonstratio non nocet”*, en “Dictámenes Jurídicos”, I, Barcelona 1984, ISBN 84-7162-933-X, pp. 248 ss./ RUIZ CALVET, *L’error en matèria testamentària*, RJC, Abr.-Jun. 1982, n.º 2, pp. 151 ss./ SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, IV, Madrid 1991, pp. 640 ss.; idem, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, VI, Jaén 1979, pp. 360 ss./ VIÑAS MEY, *Los vicios de la voluntad testamentaria*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Curso de Conferencias, 1948, pp. 433 ss./ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del CC*, Madrid 1989, pp. 1224 ss., 1228 ss., 2110 ss.

(90) SSTs de: 16-Feb.-35, 462; 18-Feb.-85, 560; 17-Oct.-89, 6929.

(91) En contra de la opinión mayoritaria se pronuncian los siguientes autores: ALBALADEJO, *El error en las disposiciones testamentarias*, pp. 430 ss.; *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, pp. 321 ss.; *Invalidez de la declaración de voluntad*, p. 1014; *Curso de Derecho Civil*, V, p. 362 / ALONSO PÉREZ, *El error sobre la causa*, p. 72 / O’CALLAGHAN, *Compendio...*, V, p. 181 / OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, pp. 469, 470 / VIÑAS MEY, *Los vicios de la voluntad testamentaria*, pp. 461, 462.

voluntad del testador, inclina a que se tenga en cuenta el error que viciara esa voluntad. El carácter formal del testamento (art. 687) no parece que sea un obstáculo insuperable para ello. El Derecho romano, cuyo formalismo riguroso fue templado en el Derecho castellano, tuvo en cuenta el error en muchos casos. También el Código civil ofrece disposiciones que de modo más o menos directo tienen en cuenta el error o la ignorancia del testador"; (92) y en esta línea el profesor DE CASTRO cita los artículos 742, 757, 767, 773, 851, 862, 863 y 878 del C.c.; a los que nosotros podríamos añadir algún otro: 668, 768 (donde la *asignatio* es índice más fiable de la *voluntas testantis* que el *nomen heredis*), 772-2.º, 796, 798, 814 (donde se da relevancia tanto a la preterición intencional, como a la no intencional, esto es, a la errónea), 866, 1.079 y 1.081. Comprobamos una vez más el viejo brocardo: "El Derecho va siempre un paso por detrás de los hechos"; no se construye de lo general a lo particular, sino al revés, inductivamente, caso a caso; casuismo que vemos perfectamente reflejado en materia de error testamentario (y otra cosa será defender la necesidad de promulgar urgentemente una norma general aclaratoria de la situación).

Creemos que el profesor GORDILLO CAÑAS explica perfectamente el alcance del artículo 673 con el siguiente argumento: "Es que el precepto no trata de hacer una académica o sistemática –por tanto, completa– enunciación de los vicios de la voluntad testamentaria; ni respecto al testamento en general, ni tampoco respecto a las concretas y singulares disposiciones testamentarias. Lo que el artículo 673 se propone es garantizar la esencialísima libertad del testamento. Para ello protege al testador respecto a cualquier influjo exterior que pudiera interferir en la libre determinación de la voluntad testamentaria. Este punto de vista es el que da razón de la referencia sólo a la violencia, dolo o fraude:

(92) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 129.

todos ellos proceden *ab extrínseco*, y como tales influjos exteriores sobre la libertad del testador son condenables en sí mismos, sin necesidad de atender al hecho de que tales influjos hayan llegado a interferir, o no, efectivamente, en el contenido de la disposición testamentaria. El error, por el contrario, es espontáneo en su producción: interfiere en el recto proceso de formación, o en la fiel y exacta manifestación de la voluntad, pero sin que suponga intervención alguna de nadie en la persona del testador” (93). Con otras palabras: la conexión sistemática de los artículos 673, 674 y 756-5.º, 6.º, hace sospechar que en la mente del legislador todavía subyace la idea de sanción como uno de los pilares sobre los que asentar la teoría de los vicios de la voluntad (por lo menos en el ámbito sucesorio).

Además, siendo básica, en la materia testamentaria, la diferenciación existente entre la ineficacia total, y la parcial, tampoco resulta extraño encontrar disposiciones en las que resume este planteamiento sistemático (como sucede con el artículo 673 analizado ahora); es decir, atendiendo al curso normal de los acontecimientos lo lógico será que la violencia, dolo o fraude afecten a la totalidad del negocio, mientras que el error quedará circunscrito a alguna de sus disposiciones; por eso cada uno de estos problemas se trata en preceptos separados, pues su eficacia también habrá de ser distinta.

Por último, si el artículo 767-1.º C.c. trata sobre el error en la *causa* (en los motivos causalizados); al error en la *persona* se refieren los artículos 773, 814, 1.081; al error en el *objeto* los artículos 862, 866, 878, 1.009-2.º, 1.079; a *cualquier otra circunstancia* tenida en cuenta como condición, los artículos. 796, 797 y 798; y ya no es posible pensar en nin-

(93) GORDILLO CAÑAS, *El error en el testamento*, pp. 775, 776 y 777; *Comentario del CC*, I, p. 1882; *Comentarios al CC...*, X-I, pp. 336 ss. En esta misma línea: ESPIAU ESPIAU, *El error...*, p. 15 / SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al CC...*, IX, 1-A, pp. 184, 185.

gún otro elemento del negocio testamentario sobre el que sea posible equivocarse. Luego habrá que concluir afirmando que el error también tiene relevancia en el ámbito sucesorio, aunque la normativa que lo regule sea casuística y fragmentaria.

Admitida la beligerancia del error motivo en el ámbito testamentario, conviene adelantar que la propia lógica institucional de las sucesiones (se trata de ejecutar la última voluntad del testador, sin “inventar” una sucesión no querida por el causante), tan solo deja la vía de la nulidad parcial para solucionar el problema del error impropio (arts. 750, 773-2.º) cuando la rectificación no es posible utilizando el cauce hermenéutico (arts. 668-2.º, 675-1.º, 772-2.º, 773-1.º).

2. El carácter eminentemente restrictivo de la doctrina sobre el error.

227

El error, en esencia, es un puro fenómeno psicológico: las cosas son lo que son; aunque cada uno las deforme mentalmente según su sicología particular; lo que, en principio, no debería alterar para nada la relación jurídica en la que se pretende incardinar dicho supuesto error si es que, de verdad, queremos salvaguardar la seguridad del tráfico, y huir de los privilegios (construidos sobre concepciones individuales y subjetivas) impregnando el ordenamiento de una ética objetiva aplicable a la generalidad. Por ello si la teoría de los vicios, en principio, se debe utilizar con extraordinaria cautela, en materia de error puede que su aplicación deba ser especialmente restrictiva; de lo contrario se correría el peligro de que, masivamente, ante la mínima dificultad y pretendiendo encontrar la exoneración de responsabilidad, se buscara el cobijo del error utilizando la figura, no como una herramienta al servicio de la justicia, sino como mera disculpa. De aquí la importancia de fijar con pulcra precisión cuales hayan de ser los requisitos del error para impedir que se traten como tal supuestos que nada tienen

que ver con la figura (y que entrarían, más bien, en el ámbito del incumplimiento o quedarían, incluso, totalmente al margen del mundo jurídico); a todos se nos alcanza que, por ejemplo, un mal negocio en la adquisición de determinados valores cotizables en bolsa, debe ser asumido por su autor, sin más (94).

Esta peculiaridad del error que analizamos ahora tiene expresa consagración legal en materia de error de derecho, pues el mismo “producirá *únicamente* aquellos efectos que las leyes determinen” (art. 6-1.º-2.º C.c.).

Entiendo que el carácter restrictivo del error puede dar una vuelta de tuerca más en el ámbito testamentario en concreto; y el dogma de la voluntad del causante como Ley fundamental de la sucesión no podría empañar tal concepción sino, por el contrario, abundar en la excepcionalidad de la ineficacia por error; en primer lugar porque, efectivamente, como recuerda el principio citado, lo único que tenemos para conocer la voluntad del testador una vez fallecido éste, es su testamento, luego habrá que intentar salvarlo con todos los medios a nuestro alcance; uno de ellos, y sin salir del ámbito de aplicación de los principios generales del derecho, podría ser el *favor testamenti*; y otro el artículo 743 C.c., que se puede considerar como el pórtico de entrada a la problemática de la ineficacia testamentaria y su espíritu es, indudablemente, restrictivo. Y en segundo lugar también es preciso destacar como son muy importantes y numerosos los instrumentos que el ordenamiento pone al servicio del testador para asegurar que su voluntad se forma consciente y libremente (arts. 669, 670 773, 1.271-2.º C.c.); algunas reglas reguladoras de la capacidad podrían ser un buen ejemplo de ello: para poder ser testigos en los testamentos (arts. 681-5.º, 682 C.c.), o las prohibiciones de suceder en ciertos casos (arts. 752 a 754 C.c.). Pensando, más en concreto todavía, en normas que se dediquen específicamente al

(94) A un supuesto similar se refiere la STS de 29-Abr.-96, 3024.

error, cabe tener presente el carácter formal del testamento, con lo que se pretende, entre otras cosas, poner coto a la precipitación (arts. 672, 687, 705 y 715 C.c.); la prohibición de las cláusulas derogatorias y *ad cautelam* del artículo 737-2.º se orientarían en esta misma dirección pues, como es sabido, son un arma de doble filo que se podría volver contra el propio testador (que, por ejemplo, olvida la existencia de la cláusula introducida por él en el testamento que ahora intenta revocar). Por último, el aceptante o repudiante de la herencia no podrá excudarse fácilmente en el error dada la existencia de la herencia beneficiada (arts. 1.010 ss. C.c.).

Además hay que tener en cuenta que el interesado en impugnar será quien vaya a resultar beneficiado con la declaración de ineficacia. Pero no se puede desconocer que la causa gratuita de la atribución *mortis causa* permite introducir muy pocas garantías en favor de la confianza de sus beneficiarios.

El carácter excepcional (restrictivo) del error vicio ha sido definido por la jurisprudencia en numerosas ocasiones (95).

3. Los requisitos del error invalidante.

Jurisprudencia y doctrina, de momento, parece que no se ponen de acuerdo a la hora de determinar cuales son los requisitos que deben concurrir para configurar el error como invalidante.

Atendiendo a su naturaleza esencialmente psicológica, parece que toda idea errónea debería acoger las siguientes notas peculiares: ha de ser *intrínseca* al asunto de que se trate (inherente al negocio, “circa substantia rei”); *segura* (cierta; STS de 6-My.-32, 1.042), pues cuando no se tiene la absoluta certeza con relación a algún extremo de un negocio que, a pesar de todo, se otorga, ello implica la asunción

(95) SSTs: 14-Jun.-43, 719; 30-Sept.-63, 3958; 14-My.-68, 3733; 28-Feb.-74, 742; 15-Feb.-77, 367; 21-Jun.-78, 2359; 12-Feb.-79, 439; 4-Dic.-90, 9546; 30-My.-91, 3948.

del riesgo consiguiente por la parte interesada, lo que nos podría hacer desembocar, según las circunstancias del caso, incluso en un negocio aleatorio; por último, el error como puro fenómeno psicológico se ha de referir a una situación *presente*, y no a acaecimientos posteriores a la emisión de la declaración hipotéticamente viciada (STS de 8-En.-62, 331).

Ya en el mundo de lo jurídico parece que, para resolver la cuestión, se debería adoptar un punto de partida claro, señalando con precisión a qué parte en la relación se quiere proteger; estableciendo, a partir de aquí, límites razonables a dicha protección.

Este punto de arranque, en nuestro Derecho vigente, parece situado en la voluntad del declarante, que se viene considerando como el auténtico alma de toda la relación negocial: (96) dogmas de la voluntad (art. 1.255 C.c.), y del consentimiento (arts. 1.254, 1.258 C.c.).

230

Pero llegado el momento de señalar algún límite razonable a semejante postura (que, en principio, es tan aceptable como cualquier otra), es cuando comprobamos cómo la Jurisprudencia, hasta la fecha, no se viene pronunciando con la necesaria claridad:

* Casi todas las sentencias se refieren a la excusabilidad y esencialidad (97).

* A los requisitos anteriores se añade la exigencia de que el error derive de actos desconocidos para quien se obliga (error sobre circunstancias ignoradas en el momento de celebrarse el negocio) (98).

* Sobre los requisitos que acabamos de señalar en el punto inmediatamente anterior, las SSTS de 18-Abr.-78 (1361) y 28-Sept.-96 (6820), adicionan los siguientes: 1) El error no puede ser imputable a quien lo padece. 2) Nexos de causali-

(96) SSTS de: 5-Mz.-60, 950; 30-Sept.-63, 3958.

(97) SSTS de: 21-Jun.-78, 2359; 4-En.-82, 179; 4-Dic.-90, 9546; 30-May.-91, 3948; 14-Feb.-94, 1469; 18-Feb.-94, 1096; 25-En.-96, 318.

(98) SSTS: 27-May.-82, 2605; 12-Jun.-82, 3416; 17-May.-88, 4313; 17-May.-88, 6360.

dad entre el error, y la finalidad que se pretende con el negocio concertado. Mientras que la STSJ Navarra de 1-Dic.-93, 10093, tan solo añade, sobre los requisitos del punto segundo antes expuesto, la relevancia del error.

* La STS de 12-Feb.-79, 439, se refiere a la esencialidad, y al nexo causal entre el error, y los fines y objeto que las partes hayan perseguido y tenido en cuenta al contratar.

* La STS de 21-May.-63, 3586, maneja la excusabilidad, esencialidad, nexo de causalidad, y también afirma que el error no ha de ser imputable a quien lo padece.

* Y las SSTS de 29-Mz.-94, 2304; 14-Jul.-95, 6010, afirman que el error ha de ser esencial, no imputable a quien lo padece, ha de derivar de hechos desconocidos para el obligado, y ha de existir un nexo causal entre el error, y la finalidad pretendida por medio del negocio.

Intentando poner un poco de orden en una materia tan compleja, brevemente cabría decir que si como punto de partida, en nuestro sistema, se protege al *errans*, dicha protección ha de estar: 1) presidida por la buena fe; 2) y frenada por los requisitos denominados de la excusabilidad (en cuya órbita giran los conceptos de diligencia, e imputabilidad), y esencialidad. Pues el requisito de la cognoscibilidad atendería a un sistema en el que primara la protección de la confianza; además de que, incluso en nuestro sistema, su presencia latirá indirectamente, a través de la buena fe (99). Y el aludido nexo de causalidad se refiere al carácter determinante del consentimiento que tiene el error; nota que queda subsumida en el requisito de la esencialidad, tal y como este es entendido por la propia jurisprudencia.

231

(99) Decimos que el requisito de la cognoscibilidad jugará, en alguna medida, cuando se consagra un sistema de protección prioritaria del *errans*: la buena fe impone al cocontratante que reconoce el error advertírsele al *errans*; no haciéndolo así su confianza tampoco merecerá ninguna protección.

Sin embargo creemos que el *errans* estará siempre protegido cuando su error sea excusable y esencial, aunque no haya podido ser reconocido por la otra parte contratante.

3.1. La excusabilidad.

Como afirma la STS de 14-Jun.-43, 719, “aun cuando el Código Civil patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por el que haya incurrido en él, para anular la declaración, o cuando menos, que, según expresó esta Sala en sentencia de 15 de enero de 1910, es mucho menos admisible el error ‘cuando quienes contratan son peritos y conocedores del respectivo negocio’”. Efectivamente es muy numerosa la jurisprudencia que exige como requisito ineludible para admitir la relevancia invalidante del error, que este sea excusable (100).

232

La STS de 14-Feb.-94, 1469, entiende la *excusabilidad* como inevitabilidad del error por parte de quien lo padeció, mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del *errans*, sino también de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o conducta de éste (101).

El TS muchas veces confunde la terminología y, en lugar de hablar de la *excusabilidad*, se refiere a la *inexcusabilidad*. La STS de 14-Feb.-94, 1469, se da cuenta de ello y precisa que se trata de una confusión meramente terminológica, no conceptual.

Parece acertado entender que el requisito estudiado ahora, de la excusabilidad, no juega en el ámbito testamentario, pues su razón de ser se explica en atención a la

(100) SSTs de: 16-Dic.-53, 3514; 21-May.-63, 3586; 14-Jun.-63, 3058; 20-Dic.-67, 5173; 15-Feb.-77, 367; 18-Abr.-78, 1361; 21-Jun.-78, 2359; 29-Dic.-78, 4482; 18-Feb.-85, 560; 7-Nov.-86, 6213; 30-Dic.-91, 9610; 26-Ene.-93, 365; 14-Dic.-93, 9881; 18-Feb.-94, 1096.

(101) En la misma línea se pronuncian las SSTs de: 18-Feb.-94, 1096; 25-Ene.-96, 318; 28-Sept.-96, 6820.

protección de la confianza de la otra parte en un negocio oneroso (ha realizado un sacrificio patrimonial, y sus intereses también son dignos de protección jurídica); mas, como todos sabemos, el testamento es un negocio unilateral no recepticio cuya causa es la mera liberalidad del bienhechor.

3.2. La esencialidad.

La denominada *esencialidad* del error vicio es un concepto que incorpora en su seno dos notas distintivas, subjetiva y objetiva.

El error, en primer lugar, ha de ser *subjetivamente considerable*. En esta línea se habla también del nexo de causalidad, de la causa o motivo del negocio, la base del negocio, condición *sine qua non* o condición esencial. En definitiva, se trata de hacer ver que el error ha sido *determinante* de la declaración de voluntad, según el criterio *particular* utilizado por el *errans* en ese supuesto concreto (102). Desde esta perspectiva lo fundamental es tener en cuenta la opinión de la víctima del error: hay que averiguar si quien padeció el error atribuyó una importancia decisiva a la circunstancia sobre la que erró a la hora de emitir su declaración de voluntad.

En el ámbito sucesorio el artículo 767 C.c., que estudiaremos con más detenimiento *infra*, recoge este criterio subjetivo.

Con apoyo en el artículo 1.266-1.º *in fine* C.c. (“principalmente”), la jurisprudencia da preferencia a este criterio subjetivo sobre cualquier otro (103).

Habrà que calificar el error como subjetivamente considerable cuando, por ejemplo, el solar adquirido resulte ser inedificable (104). O la finca no reúne las características exi-

(102) Entre otras, SSTs de: 14-Jun.-43, 719; 10-Oct.-62, 3792; 19-Feb.-96, 1605.

(103) SSTs de: 14-Jun.-43, 719; 5-Mz.-60, 950; 14-My.-68, 3733; 26-Nov.-74, 4490; 29-Dic.-78, 4482; 4-En.-82, 179.

(104) SSTs de: 27-Oct.-64, 4735; 20-Abr.-65, 3744; 27-My.-83, 2914; 18-Feb.-85, 560; 27-Mz.-89, 2201.

gidas, lo que influye decisivamente en el precio pagado (105). El mismo problema se plantea cuando pensamos en otro tipo de inmuebles: pisos (SSTS de: 12-Abr.-76, 1805; 27-My.-87, 3585); locales comerciales (SSTS de: 24-Sept.-86, 4785; 18-Feb.-94, 1096); aguas minero-medicinales (STS de 4-En.-82, 179). O bien en vehículos de motor (SSTS de: 3-Feb.-86, 409; 1-Jul.-95, 5420). Buques (STS de 4-En.-89, 92). También cuando un caballo es comprado para la monta, y luego no resulta ser apto para tal fin (STS de 29-Abr.-86, 2067); el capital social no se corresponde con el valor del patrimonio que ha de sustentar a dicha sociedad, lo que produce un error esencial en el precio de las acciones adquiridas (STS de 27-Oct.-80, 3639); o bien la autoría del cuadro no se corresponde con la imaginada por el adquirente (STS de 28-Feb.-74, 742).

Con relación al ámbito sucesorio se pueden consultar las *SSTS de 26-Nov.-74, 4490; y 27-My.-82, 2605*. La última citada se refiere a un supuesto en el que hay dos herederas, y la mayoritaria (por 5/6) cree que, por serlo, puede disponer de determinadas fincas de la herencia incluso antes de haberse verificado la partición, como si de una heredera única se tratara, liquidando a su hermana-coheredera en metálico.

Apuntamos anteriormente que el error vicio, además, ha de ser *objetivamente considerable*; ha de tener cierta magnitud, envergadura o importancia, según el criterio de una persona normalmente sensata y razonable que actuase en ese mismo sector del tráfico económico-jurídico en un caso como el analizado.

Por ello, como regla general, la jurisprudencia tiene establecido que no constituye vicio el mero error en los cálculos, previsiones o combinaciones del negocio, cuando estos resultan frustrados (106).

(105) SSTS de: 21-Jun.-58, 2499; 5-Mz.-60, 950; 20-En.-64, 355; 30-Sept.-64, 4138.

(106) SSTS de: 25-Nov.-32, 1316; 16-Feb.-35, 462; 23-Feb.-44, 247; 28-Feb.-74, 742; 17-Oct.-89, 6930.

Este criterio objetivo, teóricamente, y según nos propone la jurisprudencia, queda relegado a un segundo plano; mas pasa a ocupar el primero cuando constatamos como, en numerosas ocasiones, ante la dificultad de prueba, será necesario acudir a la técnica de las presunciones (art. 1.253 C.c.): para apreciar cual ha sido la verdadera intención del *errans* en ese caso concreto (criterio subjetivo), el único indicio razonable que se puede llegar a manejar en dicha situación es, precisamente, la idea u opinión que, por sensata y razonable, se asume como generalmente admitida (sentir común) en la vida real (lo que nos introduce en el criterio objetivo): STS de 4-En.-82, 179.

4. La tipología del error y sus consecuencias jurídicas.

En materia de error se suelen distinguir dos grandes bloques: el error *de derecho*, y el error *de hecho* fragmentando a su vez, este último, en una serie de subcategorías: error en los motivos, “in negotio”, “in persona”, “in substantia”, “in qualitate”, “in quantitate”, “in pretio”, y también se habla del error material, de cuenta o de cálculo.

235

4.1. *El error de Derecho.*

El denominado *error de Derecho* (“*error iuris*”) se refiere a la ignorancia o conocimiento incorrecto de una norma jurídica en cuanto a su existencia, contenido, interpretación o aplicación al caso concreto, siempre que el sujeto que yerra se haya decidido a formalizar el negocio como consecuencia de aquella ignorancia o falso conocimiento. Dentro de este ámbito quedaría englobado el error sobre la existencia de una sentencia firme (art. 1.819 C.c.).

En la STS de 16-Nov.-94, 8838, se cree erróneamente que para concertar un contrato de arrendamiento, por imperativo legal, es preciso abonar cierta cantidad de dinero

(cual si de un traspaso se tratara) (107). En el ámbito sucesorio la coheredera de la *STS de 27-My.-82, 2605*, no parecía tener una idea demasiado clara del régimen jurídico aplicable a la partición.

Si bien la opinión clásica negaba toda eficacia al error de derecho, tras la reforma del Título Preliminar del C.c. por Ley 3/1973, de 17 de marzo, y Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, no cabe duda de la admisión de este tipo de error en nuestro sistema vigente, que habrá de quedar sometido al régimen general del error. Como afirma el profesor DE CASTRO, “en la historia de la codificación se observará que el Proyecto de 1851 dispone expresamente que el error de Derecho no anula el contrato (art. 989-2.º)... Por el contrario, el Proyecto 1882-1888 dice también expresamente que “el error de hecho y de Derecho” invalida el consentimiento (art. 1.279). El texto vigente del Código no menciona para nada el error de Derecho; mas al referirse al error en general (arts. 1.266 y 1895) parece que comprende el de Derecho como apto para invalidar el consentimiento, si reúne los requisitos que señala el artículo 1.266; lo que resulta además corroborado por la referencia expresa el error de hecho (para excluir al de Derecho) en los artículos 1.234 y 1.817-2.º. Esta es también la opinión que predomina en la doctrina” (108).

4.2. *El error en los motivos. En especial: el artículo 767-1.º C.c.*

La protección de la buena fe, confianza y seguridad del tráfico, impone adoptar como regla general la irrelevancia del *error en los motivos* al tratarse de consideraciones de

(107) Y también se refieren al error de Derecho las SSTs de: 21-My.-63, 3586, que cita a las de 4-Abr.-1903 y 7-Jul.-50, 1237; 14-Jun.-63, 3058; 27-My.-82, 2605; 30-My.-91, 3948; 16-Nov.-94, 8838.

(108) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 117.

tipo personal que quedan encerradas en el fuero interno del declarante (109).

Excepcionalmente el motivo *causalizado* erróneo se configura como invalidante por haber entrado en el campo contractual al ser común a todos los implicados, y determinante de la declaración de voluntad; pues lo que, en principio, satisfacía únicamente los fines de una de las partes, se convierte en el instrumento necesario para construir el equilibrio de todos los intereses que se conjugan en el asunto.

Con precedentes en el Digesto (Libro 33, Título IV, fr. 1,8), Las Partidas (VI, 9, leyes 20 y 21), el artículo 721 del Proyecto de 1851, y reproduciendo literalmente el artículo 768 del Anteproyecto de 1882-1888 (salvo la precisión “de la institución de heredero o del nombramiento de legatario”), el artículo 767-1.º C.c. regula el error en los motivos en el ámbito testamentario. El precepto, decimos, se refiere al “error en los motivos” (aunque literalmente se hable de “causa falsa”); y distingue entre los motivos causalizados (determinantes; art. 767-1.º *in fine*), y los motivos no causalizados (irrelevantes; art. 767-1.º *ab initio*).

237

El problema que se aborda en el artículo 767-1.º C.c. es de fricción entre el “nomen” y la “demonstratio”; resolviéndose con la aplicación de la regla “falsa demonstratio non nocet” (eco, en un sistema moderno, de los principios de conservación del negocio *-favor testamenti-*, e irrelevancia de los motivos no causalizados): con el fin de evitar la conflictividad insana y gratuita, cuando la identificación (“nomen”) es suficiente, cualquier otra descripción complementaria (“demonstratio”), aunque sea equivocada (falsa), resulta irrelevante, salvo que se configure como motivo determinante de la disposición. Es decir, la validez de la disposición tan sólo requiere el ánimo de liberalidad; cualquier otra intención manifestada, sea verdadera o falsa, no afecta

(109) SSTs de: 14-Jun.-43, 719; 28-Oct.-46, 1036; 30-Sept.-63, 3958; 21-Jun.-78, 2359; 27-May.-82, 2605.

ni contamina a la causa, salvo que hubiese sido incorporada a la misma debido a su carácter determinante de la declaración.

Existiendo varias concausas de distinta entidad cada una de ellas, y siendo unas verdaderas y otras falsas, parece que habrá que apreciar en cada caso concreto la relevancia que, con relación al conjunto, tienen las verdaderas para decretar, así, la validez de la disposición; de modo que si entre todas las concausas la errónea es la determinante del conjunto, la ineficacia arrastrará a toda la disposición.

238 Cuando ninguna concausa es relevante individualmente, pues su carácter determinante deriva del conjunto de todas ellas, y alguna resulta ser errónea, la motivación determinante que impulsó la liberalidad del bienhechor ya no es completa, de modo que si queremos atender a la verdadera voluntad del causante habrá que imponer la invalidez de la disposición afectada (ineficacia parcial, y no de todo el testamento).

También es verdad que, intentando evitar la ineficacia de la disposición en la medida de lo posible, lo que nos hará respetar al máximo el dogma de la voluntad del testador como ley de la sucesión, la mejor solución que se podría adoptar *de lege ferenda* (y mientras la reforma no se produce, por analogía con el art. 798-1.º C.c.), consistiría en admitir la conmutación de la disposición tomando como referencia la voluntad irreal positiva del causante (voluntad hipotética, conjetural o presunta), siempre que en el testamento encontremos los datos necesarios como para determinarla con un grado suficiente de precisión (pues, desde luego, no se trata de inventar un nuevo testamento en modo alguno querido por el causante) (110).

(110) GORDILLO CAÑAS, *Comentarios al CC...*, X-1, p. 351 / VIÑAS MEY, *Los vicios...*, pp. 463, 464.

4.3. El error "*in negotio*".

Tratándose de un error en el contenido esencial del negocio la solución, dogmáticamente, es discutible pues, en el caso concreto, cabría pensar en un error de Derecho (sometido a anulabilidad); o en un supuesto de falta de consentimiento dado que cada parte está pensando en una causa distinta (lo que nos obligará a aplicar el régimen de la nulidad radical). En la STS de 16-Nov.-94, 8838, la solución también se presenta como dudosa pues, según aparece reflejado en la misma, lo que podría calificarse dogmáticamente como un error *in negotio* se suele configurar, bien como un error de derecho (conocimiento incorrecto del régimen jurídico aplicable al negocio que se quiere otorgar), o bien como un error obstativo.

El error *in negotio* será irrelevante cuando recaiga sobre los efectos secundarios o accidentales del mismo.

En cualquier caso el error *in negotio*, en el ámbito testamentario, parece inviable, dado el carácter solemne de este negocio.

4.4. El error "*in persona*".

El error *in persona* se refiere, en principio, al que recae sobre la identidad del sujeto en la relación; así por ejemplo en la STS de 23-Nov.-93, 9209, se creía que uno de los partícipes en un convenio de quiebra era el Banco de Santander cuando, al parecer, dicha entidad había cedido su crédito a un tercero. Pero también se puede referir a cualquier otra cualidad de la persona: "error qualitatis redundans in errorem personae"; por ejemplo: el vendedor carece de poder de disposición (STS de 15-Oct.-73, 3797); y en la STS de 7-May.-94, 3890, se alega error esencial en la persona pues se quería haber contratado con un trabajador autónomo.

Para que este tipo de error sea relevante ha de ser esencial: la consideración a dicha persona ha sido la causa principal del negocio (art. 1.266-2.º C.c.).

En las liberalidades, sin duda, la consideración del beneficiario es motivo causalizado, por lo que un error en la persona se podría tratar también como un error en los motivos (art. 767-1.º C.c.).

4.5. *El error “in substantia”.*

La teoría sobre el *error “in substantia”*, en su aplicación jurisprudencial, ha experimentado una notable ampliación desde la promulgación del C.c., evolucionando desde la identificación de la sustancia con la esencia química o materia de la cosa (cualidades esenciales “*ex natura rei*”), para abarcar después también a las cualidades esenciales del objeto; llegando, por último, a reconocer que dichas cualidades serán esenciales por expresa determinación de los contratantes (cualidades esenciales “*ex pacto*”). Vemos como, en el fondo, se está desdibujando la diferenciación existente entre el error en los motivos, y el error “*in substantia*” frontera, ésta, muy fácil de superar tal y como lo demuestra el propio legislador al emplear en el artículo 1.266-1.º la expresión “que principalmente hubiere dado *motivo* a celebrarlo”.

Siguiendo a la doctrina jurisprudencial que acabamos de citar, creemos que la redacción del artículo 1.266-1.º C.c. se podría modificar para recoger la misma idea pero en otros términos más adecuados, que podrían ser equivalentes a los siguientes: “Será vicio de la voluntad el error sobre las cualidades relevantes de la cosa objeto de la prestación, que sean efectivamente conocidas, o que razonablemente hubieran debido serlo, por la otra parte en el negocio”.

Vimos *supra* cómo la esencialidad del error se mide utilizando, fundamentalmente, criterios subjetivos; aunque también cabe manejar criterios objetivos.

Dentro de esta problemática cabría incluir el caso resuelto por la STS de 26-Nov.-74, 4490: la testadora, al hacer la partición, no valora adecuadamente sus bienes, y ello es debido, tanto a su avanzada edad, como al número considerable de fincas que poseía, además del pobre y, quizás, sesgado asesoramiento que recibió.

En materia de aceptación o repudiación de la herencia la ignorancia o el error subyace en la regla contenida en el artículo 1.009-2.º C.c., que se explica perfectamente recordando cómo, en nuestro sistema vigente, la sucesión testada tiene carácter principal, mientras que la intestada es meramente supletoria.

4.6. El error “*in qualitate*”.

El error “*in qualitate*” queda absorbido por la concepción amplia del error “*in substantia*”. Si lo que se pretende es dotarle de autonomía habrá que referirlo al error en las cualidades secundarias o accidentales de la cosa; en este caso el error será irrelevante, al no ser esencial.

241

4.7. El error “*in quantitate*”.

El error “*in quantitate*” consiste en la falsa representación de las partes integrantes de una totalidad. Como subtipo característico se suele diferenciar el error “*in pretio*”.

Para tratar la problemática de la cantidad, la tradición jurídica ha elaborado regímenes diferentes al error vicio, construcciones legales basadas, más bien, en el puro casuismo: el artículo 1.470 C.c. trata sobre la cabida de fincas; y la rescisión por lesión intenta resolver las cuestiones sobre el valor (arts. 1.290 ss. y 1.074 C.c.; arts. 321 ss. Compilación Catalana; leyes 499 ss. Compilación Navarra).

Los problemas de cantidad, normalmente, son irrelevantes (STSJ Cataluña de 24-Jul.-95, 9973); y sólo se podrán encauzar por la vía del error esencial (“*in substantia*”),

cuando las partes hayan configurado aquella cuantía como elemento sustancial del negocio pues, entonces, el error sobre el valor pierde autonomía al no ser el precio sino mero reflejo de una cualidad esencial de la cosa.

4.8. El error material, y el error de cuenta.

El denominado *error de cuenta o de cálculo* no es propiamente un error vicio en sentido técnico pues se trata de una simple equivocación al realizar una operación aritmética; y por ello el artículo 1.266-3.º C.c. dice que “sólo dará lugar a su corrección”, ya que la solución del problema consiste en repetir la operación aritmética utilizando los elementos que proporciona el mismo negocio. De ahí la afirmación reiterada por el TS: el error de cuenta es subsanable en cualquier momento (111).

242 Advierte la STS de 30-Jul.-96, 6064, que el error *material* “se produce en aquellos supuestos donde la equivocación se aprecia de manera directa y manifiesta, sin necesidad de acudir a interpretaciones o argumentaciones más o menos complejas, de tal manera que su corrección no cambie el sentido de la resolución, manteniendo ésta en toda su integridad después de haber sido subsanado el error”.

El *error material* se equipara al error de cuenta (112).

Cuando el error material lo comete el propio juzgador de instancia al redactar la resolución que se impugna en casación, hay que tener en cuenta lo dispuesto por la STS de 30-Dic.-95, 9617: dicho error material se ha de poder deducir “con toda certeza del propio texto de la sentencia sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones”.

(111) SSTS de: 18-Dic.-65, 5899; 27-Dic.-85, 6652; 11-My.-89, 3759; 8-Mz.-91, 2205; 7-My.-91, 3582; 14-Nov.-91, 8241; 13-Dic.-91, 9001; 21-Jul.-93, 6177; 12-Nov.-93, 8767; 30-Dic.-93, 9901; 21-Jun.-94, 4968; 21-Jul.-94, 6520; 8-Abr.-96, 2882; 9-My.-96, 3868; 23-Jul.-96, 5568.

(112) STS de 27-Abr.-91, 3065: poder para pleitos en el que no figura el procurador actuante, para lo que se confronta con otro anterior en el que sí figura; en la STS de 8-Jun.-95, 4910, el error material se produce al transcribir la fecha.

Los errores materiales manifiestos, y los aritméticos contenidos en las resoluciones judiciales, también pueden ser rectificadas en cualquier momento (arts. 267-2.º LOPJ, 363 LEC, 111 LPA) (113).

La STS de 27-Abr.-89, 3270, se refiere a una categoría intermedia entre el error en la cantidad, y el error de cuenta: para determinar la tarifa por derechos de autor por utilización de repertorio musical, uno de los módulos de fijación empleado es la extensión superficial del local donde se ha programado tal repertorio; superficie que se había medido mal.

VIII. La voluntad viciada en el ámbito sucesorio: régimen jurídico de ineficacia

En este trabajo tan solo pretendemos encontrar un *régimen jurídico de ineficacia negocial* a la medida de la problemática de los vicios de la voluntad cuando estos aparecen en el concreto ámbito sucesorio. Y como trataremos de explicar a lo largo de las siguientes líneas, nosotros creemos que el mismo ha de ser un régimen *unitario* para todos los tipos de vicio; más próximo a la anulabilidad, que a la nulidad radical; pero con peculiaridades (*anulabilidad "sui generis"*), dado que también es muy particular el negocio *mortis causa* al que se va a aplicar tal reglamentación.

243

1. Régimen jurídico unitario para todos los tipos de vicio de la voluntad.

Como ya advertimos al iniciar este trabajo, planteando el problema de la ineficacia por vicios en el ámbito sucesorio,

(113) SSTs: 12-Jun.-87, 4295; 9-Mz.-88, 1608; 27-En.-89, 129; 11-Oct.-90, 7861; 7-My.-91, 3582; 13-Dic.-91, 9001; 9-Jul.-92, 6269; 10-Jul.-92, 6279; 26-Mz.-93, 2242; 12-Nov.-93, 8766; 30-Dic.-93, 9901; 10-Mz.-94, 1733.

la doctrina más señera parece estar de acuerdo a la hora de afirmar que si un ordenamiento jurídico pretende ser una herramienta útil socialmente, sus construcciones se han de atener, no tanto a lo valorativo, sino más bien a lo *funcional* (*jurisprudencia de intereses*); todo ello, por supuesto, sin llegar a desconocer en ningún momento la técnica jurídica.

Pues bien, la ineficacia, como toda institución jurídica, debe ser, ante todo, *funcional*: existe en atención a lo que se observa en la vida práctica, y se justifica cada vez que sirve a tal realidad cotidiana; y no a la inversa (no es, fundamentalmente, una mera categoría lógica, conceptual o dogmática a la que se deben plegar los usos del tráfico).

244 Debido a la capacidad expansiva que, conceptualmente, tiene el consentimiento (como elemento negocial que engloba dentro de sí el objeto y causa de la relación), no se puede desconocer que el problema planteado en este momento tiene muy difícil encuadre pues, por su propia dinámica, la posibilidad de vernos desplazados fuera del campo de nuestro estudio, introduciéndonos en otros dominios jurídicos, no habrá de ser extravagante, ni infrecuente. Por ejemplo: la donación hecha por coacción se puede entender como falta de causa (nulidad radical), o bien viciada por intimidación (anulabilidad); en materia de liberalidades en concreto, sin duda, la consideración personal del beneficiario es un elemento determinante a la hora de otorgar el negocio; luego, en este ámbito, un problema en la identificación se podría enfocar indistintamente por vía de la falta de causa, error en los motivos causalizados (art. 767-1.º C.c.), o como un error en la persona.

Siendo esto así, y centrándonos en el concreto problema que nos ocupa a nosotros ahora, creemos que los distintos tipos de vicios del consentimiento, como regla general, deberían quedar sujetos a un *régimen jurídico uniforme*; sin perjuicio, naturalmente, de que esta regla general sea matizada por medio de las oportunas excepciones.

La solución propuesta choca cuando únicamente atendemos al supuesto de hecho. En efecto, desde la perspectiva exclusivamente fáctica nada tiene que ver, por ejemplo, un acto violento, con un caso de error; o un error provocado por las maquinaciones de un tercero que pretendía engañar, con el error que espontáneamente puede padecer cualquier persona al representarse, a sí misma, falsamente la realidad. Sin embargo el abismo que parece existir entre cada uno de estos hechos contemplados por separado, se va difuminando hasta desaparecer cuando nos fijamos en los numerosos supuestos fronterizos que descubren el denominador común que sirve como nexo de unión de todos ellos: el problema tiene una raíz única (la voluntad viciada), independiente de sus múltiples manifestaciones (las incontables formas de influir en dicha voluntad, torciéndola). Y este tronco común, este punto de referencia último y único, es lo que justificaría la adopción de un *régimen jurídico unitario* para todos los vicios de la voluntad en general: pensando en una adecuada política legislativa, y en la seguridad jurídica, no se debería complicar artificialmente el tratamiento de un determinado conflicto de intereses estableciendo regímenes distintos para resolver supuestos sustancialmente idénticos.

245

En definitiva, creemos que, a los meros efectos de determinar la ineficacia del negocio por vicio de la voluntad, pensar en el supuesto fáctico que sustenta a cada tipo de vicio en concreto no aporta ningún dato relevante que merezca la pena tenerse especialmente en cuenta.

Y que decantarse a favor de un régimen de nulidad radical, o de anulabilidad, muchas veces es puramente convencional ya que, técnicamente, sería perfectamente posible acudir a uno u otro. Por eso nosotros, desde el principio, hemos dicho que la buena dogmática debería ser, siempre y en todo caso, *funcional*: habrá que escoger aquel régimen que mejor (más razonablemente) pueda solucionarnos el problema; y no el que lo resuelva planteándonos otras dificultades que no teníamos al principio.

2. El régimen de ineficacia se encontraría más próximo a la anulabilidad, que a la nulidad radical.

En materia de nulidad radical o absoluta la regla general es la *nulidad total*. Sin embargo, en el ámbito sucesorio, se ha de dar beligerancia a la distinción existente entre la ineficacia del testamento en sí, y la ineficacia de alguna de sus disposiciones (art. 743 C.c.: “en todo o en parte”); esta última situación habría de configurarse como el supuesto ordinario de ineficacia testamentaria con apoyo en el dogma del máximo respeto a la voluntad del testador como Ley de la sucesión, y en los principios “favor testamenti” y “utile per inutile non vitiatur”; la afirmación que acabamos de hacer es ratificada por nuestro Derecho positivo vigente, por lo que no podrá ser tachada de aventurada y subjetiva opinión (entre otros muchos se pueden consultar los siguientes arts. del C.c.: 672, 750, 752 a 755, 781, 782, 785, 786, 794, 814, 826, 851). Ciertamente no podría haber sucedido de otro modo pues en el testamento lo más normal es que haya varios beneficiarios (a título de herederos, legatarios ordinarios o de parte alícuota, herederos “ex re certa”, legitimarios o beneficiarios de un modo) que, patrimonialmente, van a recibir un tratamiento autónomo; esto, unido al carácter *mortis causa* del testamento (que convierte a dicho negocio en irrepetible a partir del momento de la muerte del causante), permite elevar el supuesto de *ineficacia parcial* a la categoría de tipo ordinario e institucionalizado de invalidez en el ámbito sucesorio.

Y contrariando también el dogma de la insanabilidad esencial del acto nulo (“quod nullum est nullum producti effectum, quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere”), la jurisprudencia del TS, al estar situada más cerca de la realidad cotidiana, permite distinguir entre los defectos de forma (testamentaria) esenciales, que serán insanables, y los secundarios o accidentales, que no darán lugar a nulidad. E incluso, con apoyo en la tradición jurídi-

ca y en el artículo 6-2.º C.c., viene aplicando con relativa frecuencia la técnica denominada de la “sanatoria excepcional” con relación a todo tipo de acto nulo (por defectos de forma en los testamentos, tanto esenciales, como accidentales) o anulable (por defectos de capacidad, o vicios de la voluntad testamentaria).

Sentadas las premisas anteriores a modo de vía de aproximación al problema vemos como, en el ámbito testamentario, la nulidad radical no funciona según ordenan los cánones, ni siquiera en aquellos casos en los que, teóricamente, debiera hacerlo; este dato inicial nos puede hacer intuir, en abstracto, el deslizamiento hacia el otro tipo teórico de ineficacia negocial: la nulidad relativa.

Efectivamente la nulidad relativa parece más adecuada para solucionar estas cuestiones pues nosotros estamos analizando casos en los que, conceptualmente, *la voluntad, aunque viciada, existe*; luego el negocio correspondiente también existirá y, consiguientemente, ya no será posible hablar de nulidad “ab initio” (automática, *ipso iure* o de pleno derecho).

247

Además la problemática de los vicios de la voluntad no parece que sea una materia de orden público; el conflicto de intereses planteado es eminentemente privado y, por tanto, su régimen debería quedar amparado por *normas de “ius dispositivum”*: nada aconseja llegar al extremo de permitir que la causa de nulidad pueda ser apreciada de oficio por el Juez; y tampoco parece adecuado imponer a la víctima una ineficacia *ipso iure* que, quizás, en el caso concreto, y a pesar del vicio, no le convenga.

En los casos de violencia o dolo la nulidad radical permitirá al propio agente del hecho ilícito utilizar este régimen de ineficacia en su propio beneficio, y en perjuicio de la víctima (pues cualquiera de las partes estará legitimada para impugnar); tesis que no nos parece defendible.

Y la imprescriptibilidad de la acción de nulidad puede que tampoco sea una medida razonable y adecuada a las

circunstancias del caso que nos ocupa ahora, sobre todo, cuando pensamos en un vicio como la violencia que, por definición, ha de ser eminentemente transitorio: lo normal es que la violencia, materialmente, se produzca en un periodo relativamente corto para, después, cesar; no sería imaginable que una presión brutal se prolongara durante una serie de años continuados. Siendo esto así, a partir del momento en que la violencia cesa, con un plazo de caducidad de 4 años (art. 1.301 C.c.) la víctima ya queda perfectamente atendida, sin necesidad de tener que utilizar un instrumento exorbitante como lo es la imprescriptibilidad.

Elegir la vía de la anulabilidad para decretar la ineficacia del negocio en el ámbito sucesorio no es un mero capricho intelectual, pues cabe apoyarlo en una fundamentación de Derecho positivo: las causas de indignidad contenidas en el artículo 756-5.º, 6.º C.c. no hacen sino recoger los dos tipos de vicio de la voluntad que se configuran como hechos ilícitos, esto es, la violencia y el dolo que, aplicados sobre el testador, pretenden recortar o suprimir su libertad testamentaria. Y resulta fácil comprobar el paralelismo existente entre el régimen jurídico de la indignidad, y el propio de la anulabilidad. Veamos:

Nota característica de la nulidad relativa es la posibilidad de *confirmar* el negocio anulable (arts. 1.310 ss. C.c.): el negocio existía con eficacia claudicante, y la confirmación lo purifica (art. 1.313 C.c.) consolidándolo como definitivo. Y, como decíamos, en el ámbito testamentario es posible encontrar mecanismos equivalentes a la confirmación de los contratos anulables. Cuando el vicio de la voluntad testamentaria consiste en un supuesto de violencia o dolo, podemos pensar en la *rehabilitación del indigno* (art. 757 C.c.): el indigno sucede con eficacia claudicante; la rehabilitación purifica la situación, consolidando su adquisición como definitiva. En materia de error podría ocurrir algo parecido en los casos de *preterición errónea parcial* (art. 814-2.º, 2.º) con la diferencia de que, aquí, ante la falta del testador (que ya

ha fallecido), quien actúa es la propia Ley al tener dispuesto que ese mismo testamento seguirá siendo válido y eficaz, y tan solo se introducirán las modificaciones mínimas necesarias para dar cabida al legitimario preterido.

La posibilidad de ejercitar la acción de impugnación, dogmáticamente, parece configurarse como un *derecho potestativo* que reclama un plazo de *caducidad*: artículo 1.301 C.c. En esta misma línea, el plazo de 5 años del artículo 762 C.c. también es de caducidad.

Y al igual que dicta la teoría general sobre esta materia, los efectos de la impugnación, en cuanto a la *restitución de las cosas a su situación primitiva, y con carácter retroactivo*, aparecen perfectamente descritos en el artículo 760 C.c.

3. Anulabilidad “*sui generis*” dada la diferencia existente entre los contratos *inter vivos*, y los negocios jurídicos *mortis causa*.

249

Por último, consideramos que el régimen de ineficacia más adecuado para resolver el problema de los vicios de la voluntad testamentaria en concreto, debería ser la *anulabilidad*; aunque “*sui generis*” (con caracteres peculiares), pues existen importantes diferencias (que no se pueden desconocer), entre los negocios jurídicos *inter vivos*, y los *mortis causa*. Algunas de ellas podrían ser las siguientes:

La trascendencia de la sucesión testada, y el carácter esencialmente revocable del testamento, permiten flexibilizar la normativa sobre testamentifacción activa como contrapunto al carácter personalísimo del testamento (art. 670 C.c.), y para facilitar en la medida de lo posible que todas las personas pueden morir habiendo regulado personalmente su última voluntad (arts. 662, 663 C.c.).

Genéticamente, el testamento es un acto unilateral y no recepticio, lo que tiene algunas consecuencias: en ningún caso se habrá de proteger la confianza del beneficiario; y, en general, la seguridad del tráfico tampoco será uno de los

principios inspiradores de la materia que nos ocupa ahora. Absolutamente opuesto al principio “pacta sunt servanda” (art. 1.091 Cc.), el carácter unilateral del testamento hace que este negocio también pueda ser esencialmente revocable (art. 737 C.c.): “ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum”. Y también como consecuencia de su carácter unilateral, en el testamento tan solo hay que averiguar el contenido de una declaración de voluntad: la del testador; y permite una interpretación subjetiva (“mens testamenti”) al menos con relación a aquellas palabras que sean de uso normal (art. 675-1.º).

El testamento también es un negocio formal y solemne (arts. 672, 687, 688, 705, 715 C.c.). Lo que contrasta abiertamente con el principio del consensualismo contractual (arts. 1.254 y 1.258 C.c.), y el sistema espiritualista (principio de libertad de forma del art. 1.278 C.c.).

250

El negocio jurídico *mortis causa* lo es porque sus efectos se van a producir, no en vida del otorgante, sino tan solo después de su muerte (arts. 657, 667 C.c.). A partir del momento en que el testamento se hace eficaz, deviene irrevocable; por ello toda esta materia se inspira e integra por medio de principios tales como el “favor testamenti” (conservación del negocio), o el dogma de la voluntad del testador como Ley esencial de la sucesión.

Los vicios de la voluntad testamentaria tienen el mismo alcance que un vicio del consentimiento (contractual): invalidante, y resarcitorio. Y además, como consecuencia del carácter *mortis causa* del testamento, la legislación vigente parece configurar alguno de estos vicios (violencia, y dolo) como auténticos delitos civiles: artículos 674, 713, 756-5.º, 6.º, y 848 ss. C.c.; la medida no parece exagerada cuando pensamos en un testador de avanzada edad que podría ser sumamente vulnerable a la más mínima presión o engaño, incluso sin necesidad de tener que pensar en el caso extremo de su última enfermedad, o en los instantes postreros de su vida.

Pues bien esta distancia, evidente e indiscutible, que existe entre contratos y testamentos, creemos que justifica la necesidad de introducir peculiaridades en el régimen de anulabilidad cuando el mismo se aplica a los negocios *mortis causa*. Y alguna de estas particularidades que permitirían optimizar el correcto funcionamiento de la impugnabilidad testamentaria, podrían ser las siguientes:

1) En el ámbito testamentario, *el error obstativo* en la designación del sucesor, o bien se soluciona por la vía hermenéutica (arts. 668-2.º, 675-1.º, 772-2.º, 773-1.º C.c.); o, en caso contrario, la única salida posible será la nulidad radical de la designación (nulidad parcial), por no ser cierta la persona llamada (arts. 750, 773-2.º C.c.), y porque de lo que se trata es de hacer valer la voluntad real del testador sin llegar a inventar un nuevo testamento no querido por el *de cuius*.

El error en la aceptación o repudiación de la herencia debería ser, virtualmente, inviable (inexcusable en la práctica totalidad de los casos) dado que, para evitarlo, nuestro sistema vigente proporciona un gran número de elementos de apoyo: 1) Plazos prudenciales para amortiguar todo apremio externo que intenta forzar la decisión del llamado (“interpellatio in iure” de los arts. 1.004 y 1.005 C.c.). 2) Los denominados beneficios del heredero: beneficio de inventario, y derecho de deliberar (arts. 1.010 ss. C.c.). 3) La posibilidad de fragmentar la aceptación o repudiación cuando se reciben distintas porciones de la herencia que son autónomas entre sí (arts. 833, 889, 890 y 928 C.c.).

251

2) La anulabilidad por vicios de la voluntad en el ámbito testamentario plantea problemas de legitimación que han sido apuntados por algunos autores (114). Veamos:

(114) CAPILLA RONCERO, *Nulidad e impugnabilidad del testamento...*, pp. 34, 35 / DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pp. 158, 502, 503, 504 / Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, IV, p. 445 / LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, II-2.º, p. 799 / SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al CC...*, IX, 1-A, p. 194.

Está claro que la violencia o dolo se utilizarán, normalmente, para resultar instituido (o beneficiado en general). De manera que, siendo este el supuesto usual, aplicar al caso que nos ocupa la teoría de la continuidad de la personalidad del causante por el heredero resultaría ilógico, pues el único legitimado activamente para accionar será, precisamente, el único a quien no le convenga tal impugnación: la pura dogmática estaría convirtiendo en legitimado activo exclusivo a quien, propiamente, es el único legitimado pasivo.

Por ello la *legitimación activa* debería ser más amplia, estableciéndose a favor de aquellos que se beneficiarán directa e inmediatamente con la exclusión del agente del acto violento o doloso. Existiendo un legitimado inmediato, el hecho de que no impugne no le permitirá hacerlo al legitimado mediato.

252

También debe quedar perfectamente claro que durante la vida del testador, y con apoyo en un vicio de la voluntad testamentaria, absolutamente nadie podrá impugnar por la vía civil el testamento otorgado por aquél.

En materia de *legitimación pasiva* una abundante jurisprudencia, que entendemos correcta (115), viene estimando la existencia de una situación de litis consorcio pasivo necesario.

3) Mucho se ha discutido sobre la (¿arbitraria?) separación de *los regímenes de la violencia, y dolo, cuando estos vicios han sido ocasionados por un tercero ajeno al negocio*: el artículo 1.268 C.c. admite la impugnación en caso de violencia empleada por un tercero, mientras que el artículo 1.269 exige que el dolo haya sido utilizado por la otra parte contratante.

(115) Citada por CAPILLA RONCERO, *Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento inválido*, ADC, En.-Mz. de 1987, XL, Fasc. I, pp. 53, 55.

Creemos que las especiales características del negocio testamentario permitirían, en este punto concreto, unificar los regímenes jurídicos de ambos vicios de la voluntad: la impugnación será posible en todo caso, independientemente de quien sea el autor material del vicio. La solución se puede apoyar en las siguientes consideraciones:

A la hora de elaborar una normativa en materia de vicios parece que el criterio determinante a ponderar habrá de ser el *resultado* producido (se trata de comprobar como, verdaderamente, la voluntad ha sido deformada); y lo de menos será tener en cuenta quien ha sido el agente material del vicio, o los medios empleados, o bien el objeto sobre el que incide la conducta reproachable que vicia la voluntad.

Como el testamento es un negocio jurídico unilateral y perfecto *ab initio*, no es posible distinguir entre partes, y tercero; hay un único protagonista: el testador.

La causa del testamento es la mera liberalidad del bienhechor. Por lo que, en este ámbito, no cabe alegar una especial protección de la confianza (¿de quién?), ni de la seguridad del tráfico: la herencia no es una institución pensada para circular en el tráfico jurídico; y los acreedores hereditarios ya encuentran una adecuada protección por otras vías (por ejemplo: arts. 1.013, 1.014-2.º, 1.020, 1.025 a 1.029, 1.082 a 1.084 del C.c.; arts. 20, 46 LH; art. 1.093 LEC).

Para rubricar la solución propuesta cabría pensar también en el más acusado aspecto antisocial de estos dos vicios tratados ahora; conductas que, por ser altamente reprochables, en el ámbito sucesorio son configuradas como auténticos delitos civiles (arts. 674, 713, 756-5.º, 6.º y 848 ss. C.c.).

Por último, lo dicho no sólo parece ser lo más lógico, sino que también podría encontrarse condensado en la "ratio" del artículo 673 C.c.: el precepto decreta la ineficacia en los casos de violencia o dolo *sin más*, es decir, sin entrar en consideraciones sobre la procedencia de tales

vicios. Y la genérica alusión que el artículo 997 C.c. hace a los vicios de la voluntad puede que esté manejando la misma idea.

4) Resulta evidente que la acción de nulidad por vicio de la voluntad, normalmente, no va a ser utilizada por la víctima del vicio que, teniendo la ocasión, preferirá revocar el testamento viciado otorgando otro nuevo.

En la práctica el testamento sólo se impugnará por vicio de la voluntad, en su caso, una vez que haya fallecido el testador; y actuará, por tanto, una persona distinta a dicho sujeto paciente del vicio. Y si quien haya de ejercitar la acción no va a ser la propia persona que ha sufrido el vicio, parece lógico esperar a que la misma se entere (o haya podido enterarse), para que el plazo de caducidad empiece a correr.

254 En definitiva, sería posible admitir que *el día inicial del cómputo del plazo de caducidad* para ejercitar la acción de impugnación será aquel en el que la persona legitimada para impugnar se haya enterado, o (razonablemente) hubiera podido enterarse, de la existencia de dicho vicio.

Pero como por esta vía se podría llegar a una situación de imprecriptibilidad de hecho de la acción de impugnación, y tampoco se trata de eso, el propio “dies a quo” debería quedar sometido también a un nuevo plazo (prudencial; p. ejem., 1 año) de caducidad, contado a partir del momento de la apertura de la sucesión.

Si bien es verdad que el resultado será exactamente el mismo, pero a través de un régimen más simplificado y claro, consagrando un *plazo de caducidad* algo más largo que tenga en cuenta las consideraciones que se acaban de apuntar (p. ejem., de 5 años = 1+4 años del art. 1.301 C.c.); que se contará a partir del momento de la apertura de la sucesión.

5) Tradicionalmente se viene discutiendo sobre la validez de las *pruebas extrínsecas* en los testamentos, ya que los artículos 675-1.º *in fine* y 767-1.º del C.c. parecen rechazar su uso en el ámbito sucesorio.

Sin embargo también parece razonable entender que lo único que pretenden limitar los citados preceptos es el objeto o materia de la interpretación: la voluntad real del testador; sin meterse para nada con los concretos medios de prueba utilizados en el proceso contencioso.

Por otro lado los artículos 668-2.º, 757, 814 *in fine*, 861 y 862 C.c. puede que estén admitiendo el uso de todo tipo de prueba, incluyendo la extrínseca; lo que, ya sin ningún tipo de duda al respecto, clarísimamente permiten los artículos 750 y 773-1.º C.c. Esta es también la línea seguida por la jurisprudencia del TS y doctrina mayoritaria (a la que nos sumamos), siempre que la voluntad a interpretar se encuentre suficientemente manifestada en el propio testamento, pues de ninguna manera se tendría que llegar a crear una disposición nueva.

255

6) La propia solemnidad (esencial) que envuelve a toda la materia testamentaria es una garantía para asegurar que la declaración de voluntad se ha emitido de una forma consciente, voluntaria y libre; lo que tampoco nos debe llevar a la hipertrofia de la forma, consagrando una presunción “*iuris et de iure*” de ausencia de vicios en la voluntad testamentaria; simplemente se trata de destacar la tremenda dificultad que nos encontraremos llegado el momento de demostrar lo contrario. Dificultad que se acrecienta cuando ponderamos el carácter *mortis causa* del testamento, que hace imposible la presencia del testador para defender su sucesión.

Todo ello invita a aceptar que, en el ámbito sucesorio, *la carga de la prueba* debería suavizarse dando amplio juego a las presunciones *facti* (art. 1.253 C.c.).

7) Ya hemos hecho notar anteriormente como, en el campo sucesorio, la regla general habrá de ser la *ineficacia parcial*. Lo que parece muy lógico y apropiado cuando, por ejemplo, pensamos en un supuesto de error que afecte a la institución de heredero, o bien en los casos en que cualquier tipo de vicio recaiga sobre el otorgamiento de un legado.

Esto no obstante, y como criterio orientativo, a matizar en cada caso concreto, cabría pensar que se producirá una *ineficacia total* del testamento en los casos de violencia o dolo que afecten a la institución de heredero. Con ello no pretendemos revivir el superado principio romano que declaraba al heredero como fundamento y cabeza del testamento ("heredis institutio caput et fundamentum totius testamenti est"). Pero no cabe desconocer que en nuestro Derecho vigente la institución de heredero sigue estando dotada de una "vis atractiva" con relación a un gran número de situaciones de gran trascendencia en el desenvolvimiento y ejecución del testamento; pensemos, por ejemplo, que el heredero adquiere la posesión civilísima de la herencia (art. 440), con la posibilidad de ejercitar todo tipo de acciones posesorias; es administrador de la herencia beneficiada (art. 1.026-2.º); el encargado de hacer entrega de los legados (art. 885); y a falta de albacea será el ejecutor testamentario (art. 911); responde personalmente de las deudas y cargas de la herencia (art. 1.003); sólo los herederos pueden conmutar la legítima del cónyuge supérstite (art. 839-1.º); defenderá la propiedad intelectual de su causante (art. 15-1.º *in fine* de la Ley 22/1987, de 11-Nov. de Propiedad Intelectual); ejercitará las acciones de calumnia o injuria (art. 466 C. Penal); y también determinadas acciones de filiación relativas al causante (arts. 132, 133). Todo ello hace aconsejable que el heredero que haya conseguido la designación después de haber cometido un auténtico delito civil (violencia o dolo), no sólo sea completamente apartado de la sucesión que intentaba manipular sino que, además, sería prudente

pensar que el vicio de la voluntad ha ido mucho más allá de la mera cuota asignada al instituido y que éste habrá conseguido desbaratar, en mayor o menor medida, toda la sucesión del causante. En todo caso, insistimos, la solución correcta se encontrará analizando cada supuesto concreto; entendemos que la duda se desvanece cuando la cuota asignada al agente del vicio absorbe el grueso de la herencia (116).

IX. Consideraciones críticas finales: ante un problema de vicio de la voluntad testamentaria, la solución de la ineficacia tiene un carácter marginal o residual

Tratándose de vicios de la voluntad rige la *tipicidad*, por lo que la materia se encuentra perfectamente acotada desde un principio. Su interpretación es *restrictiva*; y cuando efectivamente se utiliza en la práctica, superar con éxito el periodo de *prueba* puede que no sea fácil.

257

Además de todo lo anterior, cuando esta teoría de los vicios se utiliza en el campo sucesorio, habría que tener en cuenta, como comprobaremos enseguida, que su aplicación va a ser puramente marginal o residual, pues lo normal será que el problema debatido encuentre solución por cauces diferentes.

1. Las herramientas que el ordenamiento crea con carácter preventivo.

En efecto, ante todo cabría destacar como la Ley, pensando en la eventual manipulación de la voluntad del testador, en ningún momento deja desamparado a este sujeto; la verdad es que sucede exactamente lo contrario, pues el ordenamiento ha creado numerosos instrumentos que tratan

(116) Aunque la ineficacia total no proporcionará la solución cuando el heredero intestado sea el mismo agente del vicio.

de prevenir el problema evitando, de antemano, que se produzca. Estamos pensando, por ejemplo, en el carácter *individual o unipersonal* del testamento, del que se sigue la prohibición del testamento mancomunado (arts. 669, 733), y la prohibición de los contratos sucesorios (arts. 635, 658, 816, 912, 991, 1271-2.º). El carácter *personalísimo* del testamento (art. 670), del que son corolario las prohibiciones relativas a la representación, delegación, y testamento por comisario. El carácter *formal y solemne* del testamento (arts. 672, 687, 688, 705, 715) estaría respondiendo a este mismo orden de ideas pues, como advierte la STS de 1-Jun.-62, 2619, puede que la mejor solución preventiva (profiláctica) para intentar evitar los vicios del consentimiento en el ámbito testamentario, se encuentre en el otorgamiento de *testamento notarial abierto* (arts. 694 ss). Este mismo carácter preventivo subyace en la “ratio” de las *incapacidades relativas para ser testigo* en los testamentos (arts. 681-5.º, 682); y en las *prohibiciones de suceder* de los artículos 752 a 754 C.c.

2. Las herramientas que el testador podrá utilizar durante su vida.

Mas la Ley, por sí sola, tampoco lo puede hacer todo; de modo que alguno de estos instrumentos habrán de ser puestos en funcionamiento por el propio testador antes de que llegue el postrero y fatal instante de su muerte. En esta línea cabría destacar, por ejemplo, el carácter esencialmente *revocable* del testamento (arts. 737 ss.); la *desheredación* (arts. 848 ss.); y la posibilidad de otorgar *testamento en inminente peligro de muerte* (art. 700).

Incluso queriendo testar en los últimos momentos de su vida (acto necesario, por ejemplo, para revocar un testamento viciado anterior), el testador podrá hacerlo utilizando una de las formas especiales del testamento abierto, esto es, el *testamento en inminente peligro de muerte* (art. 700).

Se puede pensar que esta forma especial de testar no reúne todas las garantías necesarias, por lo que fácilmente se prestará a abusos (por ejemplo: presiones familiares eligiendo testigos manipulables). Mas frente a esta objeción cabría replicar señalando que la presencia de 5 testigos en el otorgamiento debería entenderse como garantía razonable y suficiente para asegurar el debido respeto a la libertad testamentaria; lo que a nosotros nos parece exagerado, más bien, es exigir la presencia de tal número de testigos si pensamos que este tipo de testamento, normalmente, se otorgará en lugares despoblados donde va a resultar sumamente difícil encontrar a tantas personas que reúnan los requisitos de idoneidad exigidos por el artículo 682 C.c.

Asimismo se puede decir, en contra del testamento en inminente peligro de muerte, que la crítica situación del disponente podría llegar a provocar una defectuosa comprensión por parte de los testigos. Opinión que también mueve a la réplica:

1) No se trata de ponerse siempre en la peor situación; es decir, el testador, aunque en peligro de muerte, ha de tener capacidad para testar, lo que implica estar en plena posesión de todas sus facultades mentales; desde esta perspectiva no tendría por qué tener ningún problema a la hora de transmitir de forma inteligible su última voluntad. Y los testigos, por su parte, han de ser idóneos (117), por lo que, *a priori*, no tienen por qué encontrar ningún impedimento para recibir, sin distorsiones, aquella declaración de voluntad.

2) El artículo 702 C.c. establece que, siendo posible, el testamento se deberá escribir. Circunstancia que también nos aleja del peligro temido.

3) El breve plazo de caducidad recogido en el artículo 703 C.c. impide que el tiempo transcurrido entre el otor-

(117) Y por ello han de entender el idioma del testador, y estar en su sano juicio (art. 681-3.º, 4.º CC).

gamiento, y la adveración y protocolización del testamento, sea excesivo; lo que contribuye a disminuir el riesgo de los fallos de memoria en los testigos presenciales.

3. Soluciones alternativas que se podrían utilizar una vez fallecido el testador.

Producido el fallecimiento del testador, y antes de acudir a la impugnación del testamento por vicio de la voluntad, cabría pensar en algún otro tipo de solución.

260 Por pura lógica, para saber si existe o no vicio de la voluntad, como presupuesto necesario habrá que realizar una previa labor de *interpretación* de dicha voluntad. La prioridad hermenéutica es, pues, de carácter metodológico; y encuentra su terreno abonado cuando el problema abordado, en concreto, es el error, tanto propio (art. 767), como impropio (art. 773-1.º). En esta misma línea se sitúa el legislador cuando tipifica, con casuismo excesivo, los legados (arts. 861 ss. C.c.), acuñando una normativa, no sólo dispositiva, sino también de carácter interpretativo (arts. 863, 864, 867, 871-2.º, 872, 873, 874, 879, 884).

De este modo no habrá ningún fundamento para decretar la ineficacia en todos aquellos casos en los que, finalmente, sea posible llegar a conocer la voluntad real del testador; de nuevo vuelve a funcionar la lógica más elemental: ¿de qué serviría la interpretación previa si, una vez descubierta la verdadera voluntad del causante se decreta, a pesar de todo, la ineficacia del negocio?

En los casos de violencia y dolo, *la indignidad sucesoria* (arts. 674, 713, 756 ss) es un instrumento paralelo a la impugnación por vicios (se podría admitir que ambas herramientas se solapan hasta llegar, incluso, a coincidir).

El artículo 756-5.º, 6.º trata de defender la libertad sucesoria. El legislador, en este precepto, parece que quiso describir pormenorizadamente todas las posibles situaciones atentatorias contra la libertad de disposición del causante; pero

no lo ha conseguido pues, analizando con atención su redacción, es fácil comprobar cómo quedan fuera de la letra (no así de su espíritu) los siguientes casos: obligar (con violencia, o dolo) a revocar el testamento; impedir (con violencia, o dolo) que se modifique el testamento; la destrucción dolosa del testamento.

La preocupación del legislador por esta materia casi se podría entender como obsesiva, pues los artículos 674 y 713 C.c. recogen la misma "ratio" descrita en el artículo 756-5.º, 6.º.

El supuesto de hecho que se quiere regular parece claro; y la sistemática que pretende emplear el legislador, también; distinguiendo: a) Una conducta activa (arts. 673, 713-2.º, 756-5.º, 756-6.º *in fine*): el agente obliga al testador a hacer algo; o bien lo hace por sí mismo. b) Una conducta negativa (arts. 674, 713-1.º, 756-6.º): el agente impide que el testador haga algo; o bien es él mismo quien se abstiene de hacer aquello a lo que está obligado.

261

Ni el artículo 674, y tampoco el artículo 713, aportan nada nuevo a lo ya recogido en el artículo 756-5.º, 6.º. Por eso los autores propugnan su refundición en la indignidad (118).

En definitiva, lo único que pretende el legislador es dejar claro que quien tiene una conducta tan reproachable con el disponente, como lo es el hecho de atentar contra su libertad sucesoria (en provecho del propio ofensor, o de un tercero), merece ser totalmente apartado de la sucesión (de todo tipo de sucesión: legítima, testada, intestada o contractual) (119).

Pues bien, si esta es la regla que se quiere definir, la misma se reproduce, con mejor o peor fortuna, en todos los preceptos citados: artículos 674, 713 y 756-5.º, 6.º C.c. Por

(118) ALBALADEJO, *Comentarios al CC...*, IX, 2, pp. 78, 79 / DE CASTRO GARCÍA, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, III, p. 378 / LÓPEZ BURNIOL, *Comentario del CC*, I, p. 1794 / MANRESA, *Comentarios al CC...*, V, p. 827 / MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XII, p. 610.

(119) La duda subsistirá con relación al beneficio derivado de un modo.

ello la doctrina mayoritaria, con razón, propugna su reunificación bajo una única fórmula de indignidad sucesoria, omnicomprendensiva de todos los posibles atentados (con violencia, o dolo) contra la libertad testamentaria.

4. En último extremo cabría pensar que, en la práctica, llegar a probar la existencia del vicio será poco menos que imposible.

262 Acabamos de comprobar cómo la vía de la impugnación por vicios de la voluntad tiene un carácter meramente residual. Cabe pensar que los más escépticos, no sin algo de razón, podrían llegar todavía más lejos alegando que, en la práctica, en muchas ocasiones, demostrar la existencia del vicio será poco menos que imposible: a poco “profesional”, taimado o discreto que sea el agente violento, o el deceptor, los actos ilícitos determinantes de la declaración de voluntad habrán de quedar en la penumbra para, con el tiempo, desaparecer por completo (si es que alguna vez estuvieron a la vista del activamente legitimado para impugnar).

Basta tener en cuenta las circunstancias que rodean el otorgamiento del testamento (sobre todo el ológrafo; en menor medida el cerrado; y por ello siempre se recomienda el abierto notarial) para comprobar como se prestan a que, finalmente, todo quede en la sombra y caiga en el olvido: un ambiente de soledad y secreto; acaso tan solo compartido por alguna persona cercana y de confianza (que, paradójicamente, se aprovecha y abusa de la misma, traicionándola).

El supuesto del error todavía resulta más evidente por la propia naturaleza del problema planteado: fenómeno psicológico “in mente retenta” que aparece en un acto individual, personalísimo, unilateral y no recepticio. En estas circunstancias, y salvo que el error se deduzca del propio testamento, es muy dudoso que se llegue a vislumbrar su pre-

sencia pues, por muy caprichosa (contra todo pronóstico) que se nos pueda antojar la última voluntad del causante, ¿quién es nadie para pretender entender (mucho menos inmiscuirse en) la intimidad de nadie? La conciencia humana resulta inexcrutable: seriamente, nadie puede asegurar conocer con detalle el pensamiento ajeno.

Tratándose de un error en la partición realizada por el propio testador (art. 1056-1.º C.c.), si es verdad que la voluntad del causante es la Ley fundamental de la sucesión, habrá que admitir que sus propias valoraciones *subjetivas* estarán situadas por encima de las reglas sobre reparto de lotes de los artículos 1.061 y 1.062 C.c.: el testador, con absoluta libertad, no sólo dispone de las cuotas que asigna a cada coheredero, sino que además llena éstas con los bienes de su patrimonio que tenga por conveniente. Con estas premisas el error cometido por el testador se podría descubrir por la vía que nos proporciona el artículo 1.075 C.c. (“...que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador”): la cuota de la institución es la medida real; la valoración subjetiva, en comparación con la objetiva imperante en el instante inicial en que el testador otorgó la partición, nos descubrirá el error por la diferencia existente entre las mismas; a partir de aquí el problema consiste en determinar la magnitud que ha de tener tal desajuste para poder calificar el caso como un error cometido por el causante; ¿acaso el límite de la rescisión por lesión del artículo 1.074 C.c.? (120) En definitiva, vemos

263

(120) El testador instituye como herederos a A y B por partes iguales; su patrimonio lo constituyen dos fincas, y adjudica una a cada uno de sus sucesores. Está claro que, subjetivamente, el testador otorga el mismo valor a las dos fincas que componen su herencia.

Pero situándonos en aquél momento inicial en el que el testador practicó la partición, y utilizando criterios objetivos (de mercado), descubrimos que la finca de A vale 4, mientras que la de B vale 8. Sin duda hay un desajuste entre la cuota, y la partición pues, queriendo el testador tratar a ambos sucesores por igual, finalmente resulta que uno va a adquirir más (exactamente, el doble) que el otro.

A la hora de resolver este tipo de problemas, en cualquier caso, hay que partir de una idea básica fundamental: nunca se podrá aspirar a conseguir una igualdad

como llegar a detectar un error en estos casos no es imposible, pero tampoco resulta nada fácil.

Cabría replicar afirmando que la voluntad del testador encuentra su límite en las normas imperativas y prohibitivas; lo que en nuestro caso nos lleva a tener especialmente en cuenta toda la normativa sobre la legítima. Luego, cuando la atribución concreta se hace en pago de la porción legítima, las facultades del testador no son tan amplias, y las valoraciones que efectúe se han de atener a criterios *objetivos* (de mercado). Mas esta técnica, equitativa en lo que tiene de planteamiento metodológico necesario para enfocar un problema, encuentra algún obstáculo de orden práctico pues, ¿qué sucede cuando, como es lo más normal, el testador atribuye bienes sin concretar el tercio al que habrán de imputarse?

264

La dilatada y sabia tradición jurídica es consciente de todas estas dificultades; de aquí la cantidad de remedios que, vimos, pone al alcance del testador para que éste se defienda y conjure el peligro. Paso que sólo puede ser dado por cada interesado, y personalmente (pues lo único puesto en juego es su interés privado).

matemáticamente perfecta, pues siempre se ha de producir algún pequeño desajuste (si una cosa vale 8, la otra podrá valer 7 / 7,5 / 8,5 / 9 etc.). Hay que contar, pues, con estas pequeñas variaciones que, en ningún caso, se pueden considerar como distorsionantes de la partición realizada.

A partir de aquí el problema, en cada caso concreto, consiste en determinar la magnitud del desajuste necesario para poder afirmar que el testador incurrió en error; y para solucionar esta cuestión el único criterio legal con el que podemos contar puede que sea el proporcionado por el artículo 1.074 C.c.

INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

(R.D. 297/1996, de 23 de febrero) (*)

267

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario

En este breve comentario nos vamos a limitar a repasar las normas que sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos se contienen en el Real Decreto que se acaba de citar. Obviamos toda referencia al porqué se permite el acceso al Registro de esta institución –permiso que ya concedió el legislador de 1861–; a la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio –por estimar la cuestión superada, tanto doctrinal como jurisprudencialmente–; y a si la inscripción del arren-

(*) Circular n.º 60, de 1 de agosto de 1996, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

damiento fortalece o “vitaminiza” o no los derechos del arrendatario o en qué casos lo hace.

Nuestro punto de partida es el Derecho vigente y que hoy, tras la nueva redacción dada al n.º 5 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria por la Disposición Adicional Segunda.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, es que en los Registros de la Propiedad se inscribirán “los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos”, con lo que desaparecen las antiguas exigencias (*vide* Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869) de que los arrendamientos fueren por un período de más de seis años, o en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban. Reforma que, como todas las parciales, olvida retocar preceptos tan afines como puede ser el artículo 13 del Reglamento Hipotecario que continúa refiriéndose a la inscribibilidad de los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento “cuando tengan las circunstancias expresadas en el párrafo 5.º del artículo 2.º de la Ley”, circunstancias inexistentes tras la indicada reforma.

La propia Disposición Adicional Segunda de la nueva L.A.U., en su apartado 2, dispone que “en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley se establecerán reglamentariamente los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad”. Dado que la L.A.U. entró en vigor, según su Disposición Final Segunda y sin perjuicio de las precisiones en ella contenidas en materia de tanteos, retractos y traspasos, el 1 de enero de 1995, la norma reglamentaria anunciada debería haberse publicado y entrado en funcionamiento el 1 de octubre del pasado año, no ha sido así, como tantas otras veces, y la gestación ha sido más larga de lo normal, convirtiéndose los nueve meses en trece y catorce días, por cuanto que la norma reglamentaria anunciada y esperada ha

sido el R.D. cuyo número encabeza estos comentarios y que entró en vigor –según su Disposición Final Segunda– el día de su publicación en el B.O.E., que fue el 14 de marzo de 1996 (B.O.E. n.º 64). No parece quepa la disculpa de que la rana se equivocó, pues el *dies a quo* era indubitado e indiscutible.

Según el preámbulo del R.D. de que se trata el legislador ha considerado: Primero, que no existen motivos ni bases legales bastantes para estimar que deban ser alterados los principios generales de nuestro ordenamiento inmobiliario registral que exigen, como regla, la titulación pública de los derechos inscribibles y su reflejo en el Registro por medio del asiento principal de inscripción. Y segundo, que se ha estimado que el fomento de la inscripción de los arrendamientos, por medio de las normas facilitadoras de este Real Decreto, debe alcanzar a todos los arrendamientos urbanos, sean de vivienda o de uso distinto a ésta, a cuyo fin se ha incluido una reducción de los aranceles notariales y registrales del 25%.

269

Ambito de aplicación.

Según el artículo 1.º “El presente Real Decreto será de aplicación exclusivamente a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arrendamientos urbanos celebrados a partir del 1 de enero de 1995”, o sea a partir de la entrada en vigor de la nueva L.A.U.

Queda, pues, claro –la voluntariedad del adverbio “exclusivamente” no permite otra interpretación– que el ámbito del Real Decreto es el de los arrendamientos urbanos celebrados a partir del 1 de enero de 1995 y que quedan fuera de él los arrendamientos rústicos.

Excede del marco de estos breves comentarios la diferenciación entre arrendamientos urbanos y rústicos. Recordemos únicamente al respecto como ROCA SASTRE preconizaba que para distinguir entre fincas de una u otra clase habría

que aplicar, debidamente armonizados o ponderados entre sí, cuatro criterios: situación, construcción, destino y accesoriedad; la definición que de suelo urbano hace el artículo 10 del R.D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio, texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana; la definición de arrendamiento de vivienda contenida en el artículo 2 de la nueva L.A.U.; y la definición de arrendamiento para uso distinto del de vivienda del artículo 3 de la misma L.A.U.

La aplicación del Real Decreto a los arrendamientos de vivienda y a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda es evidente, no sólo porque ambos son arrendamientos urbanos, sino también por las reproducidas palabras del preámbulo (“...este Real Decreto debe alcanzar a todos los arrendamientos urbanos, sean de vivienda o de uso distinto a ésta...”).

270 No es tan evidente si el Real Decreto será aplicable a los arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de la nueva L.A.U., o sea, a los arrendamientos enumerados en el artículo 5 de esta Ley, excluidos, claro está, los de su letra c) por tratarse de arrendamientos rústicos (arrendamientos de una finca con casahabitación, cuando el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio sea la finalidad primordial del arrendamiento). Los arrendamientos de viviendas de porteros, guardas, asalariados, etc., los de viviendas militares o universitarias ¿entran dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto? La opinión negativa cabría fundarla en que el real Decreto es un desarrollo o complemento de la L.A.U. (según su disposición adicional segunda, apartado 2; y el propio preámbulo del Real Decreto) y que su entrada en vigor se identifica con la entrada en vigor de la L.A.U. La solución afirmativa encuentra un fuerte punto de apoyo en el artículo 1.º del Real Decreto, en cuanto considera como ámbito de su aplicación el de los arrendamientos urbanos, sin distinción, celebrados a partir de cierta fecha; de cuyo artículo sólo cabe deducir “a con-

trario” que quedan excluidos únicamente los arrendamientos rústicos; y en la citada Disposición Adicional Segunda que, a pesar de formar parte de la L.A.U., tiene una finalidad más amplia, como es la de modificación de la L.H. en materia de requisitos exigibles para la inscripción de los “contratos de arrendamiento de bienes inmuebles”, y la promesa de una norma reglamentaria en la que se establecerán los “requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos —no sólo los reflejados en la L.A.U.— al Registro de la Propiedad”. No sin dudas nos inclinamos por esta segunda interpretación.

De conformidad con este criterio:

—La inscripción de todos los arrendamientos urbanos celebrados a partir del 1 de enero de 1995, estén o no comprendidos en el ámbito de aplicación de la L.A.U., se registrarán por el Real Decreto,

—La inscripción de los arrendamientos rústicos, en todo caso, y de los urbanos anteriores a dicha fecha, se ajustará a lo prevenido en el artículo 2, número 5, de la Ley Hipotecaria y normas reglamentarias que lo desarrollan (fundamentalmente artículo 13 y 15 del Reglamento Hipotecario relativos a inscripciones de subarriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones, el primero, y a la nota marginal del denominado derecho de retorno arrendaticio, el segundo).

La inscripción de los arrendamientos que queden fuera del Real Decreto deberá practicarse por medio de la correspondiente escritura pública, por cuanto no hay norma que excepcione a este contrato de la regla general contenida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria (CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE) y por aplicación del número 2 del artículo 1.280 del C.c., en su caso (ROCA SASTRE). Las circunstancias de la inscripción serán las generales de los artículos 9 de la L.H. y 51 de su Reglamento y las especiales procedentes que, según ROCA SASTRE, son: el importe de la pensión o renta estipulada, así como la expresión de si consiste en dinero o frutos, y el

tiempo y forma de pago; el uso a que debe destinarse la cosa arrendada y demás limitaciones que consten en el contrato (como por ejemplo la prohibición de subarrendar); la duración del mismo, etc.

Conviene no olvidar, además, como destacó CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE, que “no tratándose de un derecho real, pese a su inscripción, no será aplicable al arrendamiento inscrito el principio general en materia registral de que el folio habrá de recoger un derecho en una finca, requiriéndose la oportuna segregación si el derecho que se pretende inscribir no recayere sobre la totalidad de la finca inmatriculada en el folio de que se trate. En consecuencia, será posible la inscripción en un mismo folio registral de distintos arrendamientos, cada uno de ellos sobre parte distinta de la misma finca, requiriéndose, en este caso y al solo efecto del contrato de arrendamiento que se inscriba, el precisar o describir la parte de finca a que afecte el contrato de arrendamiento de que se trate”.

272

Títulos inscribibles.

“Serán títulos suficientes para practicar la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad —dice el artículo 2— la escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado de este contrato”.

Acabamos de ver como dos grandes maestros hipotecaristas (ROCA y CAMY; aun cuando éste, y como aspiración de futuro, deslizará la tesis de que los modelos timbrados oficiales, con ligeras adaptaciones, y con las diligencias oportunas para dar autenticidad a sus firmas, podrían ser bastantes para la publicidad que propugnaba en esta materia —breve asiento en el folio de la finca con remisión a un libro auxiliar—) no dudaban en afirmar que el único modo de acceder el contrato de arrendamiento al Registro era el documento público, por aplicación del artículo 3 L.H. y del n.º 2 del artículo 1.280 del C.c.

La nueva L.A.U., en su artículo 37, y en materia de formalización del arrendamiento se limita a decir que “Las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento”, con lo que da carta de naturaleza a los arrendamientos verbales; a añadir, en el párrafo 2.º de este mismo precepto, que en caso de formalización por escrito “Se hará constar la identidad de los contratantes, la identificación de la finca arrendada, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado”; y a anunciar, en su Disposición Adicional Segunda, 2, como ya dijimos, que “en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley se establecerán reglamentariamente los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad”.

Desde la publicación de la L.A.U. hasta la del Real Decreto ha habido sus más y sus menos; más y menos que quizás justifiquen el retraso en la publicación del Real Decreto.

Para unos, MARÍN LÓPEZ a la cabeza, el documento privado debía ser suficiente para que el contrato de arrendamientos urbanos accediera al Registro, máximo con firmas legitimadas, incluso se habló de legitimación extra-notarial. Como argumentos fundamentales se aducían: 1) La mayor agilidad en la práctica de las inscripciones y el abaratamiento de los costes; 2) La remisión de la disposición adicional segunda, 2, de la L.A.U. al Reglamento en orden a la regulación de los “requisitos de acceso” de los arrendamientos al Registro, lo que permite entender que el Gobierno está habilitado para exigir una forma de documentación distinta de la del artículo 3.º L.H.; 3) Los artículos 15, 208 ó 216 del R.H. que permiten el acceso al Registro de documentos privados, lo que es una prueba de que el artículo 3.º L.H. no regula una materia absolutamente reservada a la Ley en la que no sea posible una intervención reglamentaria; y 4) el citado artículo 15 R.H., en materia de extensión de la nota marginal del derecho de retorno, introducido en la re-

forma llevada a cabo por el Decreto de 17 de marzo de 1959, y referido a materia arrendaticia.

Para otros —GIMENO y GÓMEZ-LA FUENTE en lugar destacado— es imprescindible y muy conveniente la escritura pública y no el acta notarial ni el documento privado con firmas legitimadas.

Tras rechazar este autor los argumentos antes expuestos (el 1.º por no ser jurídico; el 2.º por el principio de jerarquía normativa y porque supondría la derogación de los repetidos artículos 3 L.H. y 1.280 C.c.; y el 3.º y 4.º, porque la existencia de supuestos de acceso de documentos privados al Registro sólo se da respecto de asientos provisionales, no cuando el Registro ha de publicar con plena eficacia un derecho), basa su posición en argumentos históricos (Exposición de motivos de la L.H. de 1861; la opinión de ARRÁZOLA en la Discusión ante el Senado de esta Ley y la de ALVAREZ BUGALLAL con respecto a la Ley de 1909); en los tantas veces repetidos artículos 3 L.H. y 1.280 C.c.; en la desaparición de la enmienda planteada por el Grupo Parlamentario Catalán al proyecto de la L.A.U., en la que se proponía una modificación del artículo 3 L.H. para que los documentos privados de arrendamiento accedieran al Registro; y en toda la amplia argumentación existente en favor de la titulación pública (autenticidad, fehaciencia, asesoramiento, redacción del contrato, juicio de capacidad, protocolización del original, etc., etc.).

El Real Decreto se inclina por esta solución. En su preámbulo nos dice que “no hay motivos ni bases legales bastantes para estimar alterados los principios generales de nuestro ordenamiento inmobiliario registral, que exigen, como regla, la titulación pública de los derechos inscribibles” y en el también reproducido artículo 2 del Real Decreto que prescribe que para practicar la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad serán títulos suficientes “la escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado de este contrato”.

Escritura pública notarial es el documento público autorizado por Notario con las solemnidades requeridas por la Ley, concretamente la Ley o legislación notarial (arts. 1.216 y 1.217 C.c. y 143 R.N.) y que define el artículo 17 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 como el “original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmado por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmado y signado por el mismo Notario”.

En los negocios consensuales —como el arrendamiento— una vez otorgada la escritura pública se ponen de manifiesto dos realidades históricas: una, la antecedente y previa a la redacción y firma de la escritura; otra, la escritura misma. La mayor o menor cantidad de aquélla que se incorpora a ésta, determina diversas situaciones cuya eficacia va disminuyendo sucesivamente (escrituras constitutivas, dispositivas o traslativas; elevación a público de documentos privados; protocolización de documentos privados).

En Derecho moderno la escritura puede ser constitutiva tanto en los negocios formales como en los consensuales. En éstos puede suceder o que en el momento del otorgamiento de la escritura no exista un previo acuerdo vinculante (supuesto que GONZÁLEZ PALOMINO considera el normal, afirmando que antes de la escritura no hay contrato sino simplemente trato), o que con anterioridad a ese momento las partes hayan celebrado acuerdos con fuerza de obligar entre ellos (postura de NÚÑEZ-LAGOS sobre la base del artículo 1.278 C.c., según el cual las relaciones jurídicas han nacido antes del otorgamiento de la escritura).

Cuando falta un acuerdo o situación vinculante anteriores, la escritura se nos presenta como negocio primario y es constitutiva en su sentido más estricto.

La dificultad surge al tratar de precisar el valor de la escritura en el segundo supuesto, es decir, cuando exista un negocio primigenio. En este caso, la doctrina tradicional consideraba que la escritura era: o un simple medio de prueba,

cuando recogía sin alteraciones el pacto anterior, o como simplemente modificativa –no extintiva del negocio anterior y creadora de uno nuevo– si divergía su contenido del primitivo negocio.

Más recientemente la doctrina ha puesto de relieve que la escritura posterior puede ser algo más que un medio probatorio, que puede tener valor constitutivo o dispositivo. A esta afirmación se llega a través de dos tesis fundamentales: la de DEGENKOLB, con su idea de la *renovatio contractus*, y la de SIEGEL, basada en el llamado contrato de fijación jurídica.

276 Ambas tesis, no incompatibles entre sí, han sido recogidas por NÚÑEZ-LAGOS, el cual, aceptando la idea fundamental de DEGENKOLB, da un paso más y afirma que así como en los casos de documentación privada posterior la *renovatio contractus* se produce o no según la voluntad de las partes, en el caso de la escritura pública se produce siempre, pues por imperio del artículo 1.º de la L.O. del Notariado y numerosos preceptos de su Reglamento, el Notario tiene que intervenir en el fondo contractual del documento, redactándolo conforme a las Leyes y propósitos de las partes, las que tienen que prestar ante él su consentimiento. Hay, pues, *renovatio contractus* causada por la intervención de un funcionario público aplicando preceptos de carácter formal (*Vide* al respecto la importante S. de 28 de octubre de 1944).

La elevación a escritura pública de todo documento privado –en este caso, del documento privado que contiene un contrato de arrendamiento– consiste en que las partes de un negocio consienten ante un Notario en su contenido, que aparece redactado en un documento privado. La actuación o intervención del Notario es completa y, como se desprende de lo prevenido en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 147 R.N., el Notario redactará el instrumento conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción. También en

este supuesto el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial en los supuestos enumerados en el artículo 145 del Reglamento, entre ellos cuando el contrato sea contrario a la Ley, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinde por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos.

El documento privado elevado a público produce efectos no como documento privado, sino como público y desde el mismo instante en que se ha producido la unión del consentimiento de las partes y la autorización notarial; es decir, desde el momento en que ha nacido como documento público.

Como vemos la elevación a público de un documento privado se encuentra situada en el polo opuesto a la escritura constitutiva. Esta supone que, salvo pacto expreso, los pactos primigenios pierden todo su valor; mientras que en aquélla lo conservan plena y totalmente, ya que se trata tan sólo de dar al mismo contenido una forma pública. Por esto, es necesidad ineludible que estén presentes o representados suficientemente las partes que suscribieron el documento privado.

Los efectos de la elevación a público se derivan de una regla de accesoriadad: el acto reconocido es lo principal, la escritura posterior lo accesorio, y, por tanto, no prueba nada por exceso o por defecto, si se aparta del acuerdo primitivo. Sin embargo, aunque el acto reconocido sea lo principal, el documento privado que lo contenía desaparece por su conversión en público; por ello, en el proceso juega con el mismo régimen de copias y cotejos que todos los documentos públicos, como tiene reconocida la jurisprudencia (la S. de 1 de febrero de 1917 ya dijo que “elevado a escritura pública un documento privado, no es necesario presentar éste en el litigio, dado que no es ya más que un antecedente que queda anulado por la escritura pública”).

En ningún momento cabe confundir esta elevación a público con las meras actas de protocolización de documento

privado a las que se refiere el artículo 215 R.N. y que tiene como única finalidad evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha, por lo que en las mismas debe expresarse que la protocolización se efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los efectos del artículo 1.227 del Código civil. Sus efectos no son dispositivos, ni permiten que actúe en juicio como documento público. Según la S. de 4 de abril de 1942 los documentos privados, aun protocolizados, han de presentarse originales junto con la demanda, para facilitar el reconocimiento a que alude el artículo 1.225 C.c. Doctrina que a algunos autores (NÚÑEZ-LAGOS, en especial) ha llevado a añorar la prohibición contenida en el Reglamento Notarial de 1921 de protocolizar documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato.

Al enumerar el artículo 2 del Real Decreto como títulos formales suficientes para practicar la inscripción del arrendamiento solamente a los documentos notariales ¿está excluyendo a los demás documentos públicos —judiciales o administrativos— que con carácter general admite la legislación hipotecaria (artículos 3 y 4 L.H. y artículos 3 y 51 R.H.)? No puede mantenerse esta exclusión, no sólo por aplicación del principio de jerarquía normativa, sino también en base a las palabras del propio preámbulo ya reproducidas (inexistencia de motivos ni bases legales bastantes para estimar alterados los principios generales de nuestro ordenamiento inmobiliario registral, que exige la “titulación pública”) y en la interpretación literal del precepto de que se trata (que nos habla de “títulos suficientes” y no de “títulos únicos”).

Descripción de la finca.

Regula este punto el artículo 3 del Real Decreto, inspirándose en el criterio, antes expuesto, de que no es de aplicación el principio general en materia registral, concretado en la frase “una sola cosa, un solo derecho”, de que el folio habrá de recoger un derecho en una finca, requirién-

dose la oportuna segregación si el derecho que se pretende inscribir no recayere sobre la totalidad de la finca inmatriculada en el folio de que se trate (CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE) –*vide* además artículo 6.2 del propio Real Decreto–, diferenciando:

a) Cuando la finca arrendada conste inscrita bajo folio registral independiente (art. 3.1).

En este caso el Notario “consignará, incluso si no aparecen reflejados en el documento privado del contrato, todos los datos sobre la población, calle, número y situación dentro del edificio de la finca arrendada, superficie y linderos de ésta”. La referencia a la situación dentro del edificio implica que el Notario deberá, complementando la escritura de elevación a público del documento privado o directamente en la escritura pública de arrendamiento, expresar la parte determinada, piso y puerta o edificio íntegro cedidos en arrendamiento, su superficie (dato de importancia a los efectos de lo prevenido en el art. 4.2 de la nueva L.A.U. –viviendas de superficie superior a trescientos metros cuadrados–) y linderos. No se olvide lo que hace unos instantes decíamos sobre el valor de la elevación a público del documento privado, por lo que estos complementos a que se refiere el artículo 3 que comentamos deberán, en su caso, ser valorados o estimados como tales, es decir con efectos *ex novo* salvo pacto expreso de las partes; pacto que consideramos conveniente para evitar dudas interpretativas.

279

Consignará, además, el Notario:

—los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad,

—el número correlativo que tuviere asignado la finca arrendada en la propiedad horizontal, en su caso,

—y la cuota de comunidad correspondiente a la finca arrendada cuando se haya pactado que los gastos generales sean a cuenta del arrendatario (*vide* artículo 20 de la nueva L.A.U. que regula la forma de distribuir estos gastos).

b) Cuando la finca arrendada no coincide con la que tiene abierto folio registral y es una parte de ésta (art. 3.2).

Se requiere que la finca arrendada se describa con las mismas circunstancias expresadas para el supuesto anterior, “pero no será necesario describir el resto del edificio o vivienda”.

La postura adoptada por el legislador actual no supone novedad alguna —él mismo lo reconoce en el repetido preámbulo pues ya fue mantenida por nuestra Dirección General en su Resolución de 27 de enero de 1928 (“...el arrendamiento de un local en un edificio que tiene varios no lleva consigo la segregación de una parte como finca independiente, porque en la inmensa mayoría de los casos la parte segregada carecería de los requisitos necesarios para ser inscrita bajo número especial, y el prohibir que fueran objeto de arrendamiento las porciones, pisos o habitaciones de un edificio que no pudiesen ser inscritos como fincas independientes, trastornaría todas las relaciones contractuales con patente desconocimiento de las cosas y de las más arraigadas costumbres... Pero en estos casos ha de describirse la porción que ha de ser objeto de arrendamiento inscribible, para permitir así que el tercero que por el Registro conoce la existencia de este gravamen, pueda determinar, sin dudas ni vacilaciones, el alcance de los respectivos derechos que recaen sobre la finca de que se trate”).

Sí supone novedad lo prescrito en el artículo 6 del Real Decreto y que comentaremos en su momento.

Otros datos del título.

Además de la descripción de la finca en el título deberán constar, según el artículo 4 del Real Decreto “la identidad de los contratantes, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado”.

La identidad de los otorgantes o fe de conocimiento es uno de los requisitos esenciales en todo documento público,

por cuanto sirve para garantizar, bajo la fe del Notario, que los otorgantes, en este caso, arrendador y arrendatario, son quienes dicen ser, evitando la suplantación de personalidad y dotando de seguridad al tráfico jurídico. La aplicación supletoria de las normas notariales, según la disposición final primera del Real Decreto, convierten en innecesaria la inclusión de esta mención en el artículo 4, por cuanto el artículo 23 L.O. del Notariado (desarrollado en los arts. 156 y 187 y ss. de su Reglamento) así lo exige. No obstante, dada su vital importancia podemos perdonar el celo del legislador —por eso de que lo que abunda no daña—, aunque no dejaremos de preguntarnos por qué no se ha incluido otra calificación de similar importancia, cual es el juicio de capacidad.

Circunstancias o datos esenciales de todo arrendamiento, y quizás por ello hayan merecido que el legislador se refiera a ellos *nominatim*, son la duración y la renta inicial; recordemos al respecto la definición que del contrato de arrendamiento de cosas nos da el artículo 1.543 C.c.: “En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto”. Según el tipo de arrendamiento de que se trata —de vivienda o para uso distinto del de vivienda, si nos referimos a arrendamientos sujetos a la nueva L.A.U., y de arrendamientos urbanos sujetos al C.c., en otro caso— habrán de ajustarse los pactos sobre duración y cuantía de la renta a su respectiva normativa cuyo estudio vuelve a exceder de los límites de estos comentarios.

También prescribe el legislador que en el título consten “las demás cláusulas que las partes hubieren libremente acordado”. Sin duda estas cláusulas no han de ser contrarias a la Ley, a la moral ni al orden público ex artículo 1.255 C.c. Son estas cláusulas las que configurarán cada arrendamiento concreto y las que una vez inscritas permitirán a los terceros “conocer la extensión del derecho que se inscriba” así como las limitaciones de las facultades de las partes.

¿Podrán inscribir todas estas “demás cláusulas”? Si partimos de la base, según se nos dice en el preámbulo, de que los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario registral no se alteran, lo que confirma la disposición final primera del Real Decreto, nos encontramos con la regla 6.^a del artículo 51 R.H., según la cual: “no se expresarán en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real”. Comentando este punto, y con referencia a la inscripción de los arrendamientos urbanos, ha dicho GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE que “hay aquí encomendada una labor calificadora compleja para el Registrador, no sólo porque determinar qué pactos carecen de trascendencia real para desterrarlos del Registro es difícil, sino porque al ser ya de por sí el arrendamiento de dudosa catalogación como real, más lo serán todavía sus pactos”. Seguidamente ensaya una enumeración –que él mismo califica como no completa– de pactos inscribibles que resulten de la propia L.A.U., a saber: las prórrogas pactadas; las denegaciones de prórroga; la continuación del arrendamiento en beneficio del cónyuge o conviviente del artículo 12; el pacto de extinción del arrendamiento por enajenación de la vivienda (art. 14); el pacto de no subrogación por fallecimiento (art. 16.4); o la prohibición de subarrendar o ceder la finca arrendada para uso distinto de vivienda. Y finaliza afirmando que “no accedería por carecer de trascendencia real, por ejemplo, el pacto indemnizatorio del párrafo 2.º del artículo 11”.

Modificaciones posteriores.

Como ya expusimos en los inicios de este trabajo el actual número 5.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria (según la redacción que le ha dado la Disposición Adicional Segunda de la nueva L.A.U.) declara inscribibles “los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos”. Nueva redacción

que, según también anticipamos, ha dejado parcialmente fuera de juego al artículo 13 R.H.

Para la inscripción de las modificaciones posteriores el artículo 5 del Real Decreto prescribe que “los títulos señalados en el artículo 2 (escritura pública notarial o elevación a escritura pública del documento privado) permitirán la inscripción en el Registro de la Propiedad de los subarrendos, cesiones, subrogaciones, prórrogas y cualesquiera otras modificaciones de los arrendamientos inscritos”.

La aplicación en materia de arrendamientos del principio de tracto sucesivo ha sido admitida por la casi totalidad de nuestros hipotecaristas. Bástenos citar a ROCA SASTRE cuando afirma, al referirse a la inscripción de los subarrendos —y lo reitera cuando examina la inscripción de las subrogaciones, cesiones, retrocesiones y prórrogas— que “aunque no se trate de un caso de derecho real inscrito, no obstante es aplicable el artículo 20 de la Ley, por pura lógica”. Este criterio no se ha modificado en el Real Decreto, sino que se ha remachado en el reproducido artículo 5 en cuando alude a los títulos necesarios para inscribir “modificaciones de los arrendamientos inscritos”.

En todos los supuestos de inscripción de modificaciones posteriores será necesario la inscripción previa del arrendamiento —en las retrocesiones además la cesión— y que no aparezca del Registro o de la Ley aplicable obstáculo que lo impida, *vgr.* prohibición de subarrendar.

Cuando examinábamos el artículo 2.º del Real Decreto, al que se remite el artículo 5, dijimos que la escritura pública notarial o la elevación a escritura del documento privado no eran los únicos títulos hábiles para practicar la inscripción del arrendamiento, por cuanto había que admitir también los demás documentos públicos judiciales o administrativos ex-artículos 3 y 4 L.H. y concordantes de su Reglamento. Tratándose de modificaciones posteriores, y por las mismas razones, mantenemos la misma solución. En este mismo sentido GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE que acepta que

una vez que el arrendamiento haya accedido al Registro sí caben documentos públicos que complementen o modifiquen el arrendamiento sin necesidad de escritura pública; y nos pone como ejemplos las subrogaciones por causa de muerte en arrendamientos de viviendas del artículo 16 L.A.U. que no exijan la prueba de la convivencia, si se acredita el hecho del fallecimiento y la cualidad de subrogado por medio del certificado de defunción, libro de familia o certificado del Registro Civil complementado mediante acta de notoriedad (diferenciación entre escrituras y actas; art. 144 R.N.), y las subrogaciones en arrendamientos para uso distinto del de vivienda del artículo 33 L.A.U. por muerte del arrendatario que ejerza una actividad empresarial o profesional (supuesto para el que, añadimos nosotros, será necesaria la notificación por acta notarial para su inscripción, no bastando el simple “escrito” a que alude el propio art. 33 L.A.U. —una cosa es la consumación de la subrogación, para lo cual será suficiente el “escrito”, y otra su acceso al Registro, que exige documento público—).

Inscripción en el Registro.

Desde la L.H. de 1861 el modo de acceder al Registro de la Propiedad los arrendamientos y sus posteriores modificaciones —salvo el derecho de retorno arrendaticio del artículo 15 R.H., en la redacción que le dio el D. de 17 de marzo de 1959— ha sido a través o por medio del asiento de inscripción (art. 2, 5.º, L.H. y art. 13 R.H.).

Esta solución no siempre ha merecido la aprobación de la doctrina. ROCA SASTRE consideró que la pregunta fundamental no era la de si había acertado o no el legislador hipotecario al conceder acceso registral a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, dada su naturaleza de derecho personal, sino la del modo o forma en que lo había establecido. Y en este sentido consideró “criticable a la Ley Hipotecaria, por cuanto en lugar de permitir el registro

del contrato arrendaticio mediante asiento de inscripción, habría sido más correcto adoptar la anotación preventiva, siempre prolongando la duración de ésta por el tiempo necesario". Y fundamentaba la procedencia de la anotación preventiva —que es la solución adoptada por el artículo 959 del Código civil suizo— como más razonable por ser nuestro sistema registral de exclusión radical de los derechos personales, a los que se niega efectos y facilita su expulsión en el artículo 98 L.H., y sólo excepcionalmente permite inscribir los contratos de arrendamiento, así como los de opción de compra.

No se han dejado convencer nuestros actuales legisladores por este razonamiento y continúan estableciendo que "El contrato inicial y sus modificaciones serán objeto de asiento de inscripción en el folio registral abierto a la finca arrendada" (art. 6.1 del Real Decreto).

E insiste también en el criterio que mantuvo la Dirección General de los Registros y del Notariado en su parcialmente reproducida Resolución de 27 de enero de 1928: no es necesario que la finca arrendada forme folio registral independiente en el Registro. En este sentido —trasladando al campo hipotecario lo que ya había predicado en el campo notarial en el artículo 3.º— se establece en el artículo 6.2:

—que no será obstáculo que suspenda la inscripción del contrato de arrendamiento la circunstancia de que la finca arrendada no forme folio registral independiente en el Registro, siempre que el edificio en su conjunto o la totalidad de la finca figuren inscritos a nombre del arrendador,

—que en este caso bastará, sin necesidad de segregación o de constitución previa de la propiedad horizontal, que la finca arrendada haya quedado en el contrato suficientemente delimitada con expresión de su superficie, situación y linderos,

—y que cumplido lo expuesto, la inscripción se practicará en el folio abierto para la totalidad del edificio o de la finca.

Esta no coincidencia de la finca arrendada con la que tiene abierto folio registral podrá motivar, cuando de un edificio grande y con múltiples viviendas o locales susceptibles de aprovechamiento independiente se trate, que su “historia registral” se complique hasta extremos insospechados si el deseo del legislador, de que los arrendamientos urbanos accedan en masa al Registro, se cumpliera.

Hasta el momento parece que no habrá embotellamiento ni necesidad de habilitar carriles (léase folios) secundarios, como en las operaciones de salida y retorno en vacaciones o puentes señalados. No obstante el legislador —confiando en que la “registro manía” de los arrendamientos cuaje— se ha mostrado previsor y ha adoptado, en el párrafo 2.º del número 2 del artículo 6, una medida similar a la que el R.D. de 12 de noviembre de 1982 reformando el artículo 68 R.H., introdujo en materia de inscripción de cuotas indivisas de finca destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos, prescribiendo que “no obstante, cuando a juicio del Registrador, la claridad de los asientos así lo requiera, o cuando lo solicite el presentante, la inscripción del arrendamiento de parte de la finca registral se practicará en folio independiente, bajo el mismo número y el de orden correlativo que corresponda. La apertura del nuevo folio se hará constar por nota de referencia al margen de la inscripción de dominio”.

Cancelación.

Antes de la publicación y entrada en vigor de la nueva L.A.U. la doctrina (CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE por todos) mantenía que para la cancelación del arrendamiento inscrito se precisaba escritura pública del arrendatario, en la cual éste diera por extinguido el arrendamiento y consintiera en su “desinscripción” o, en su defecto, resolución judicial. A la vista, además, de que en el contrato de arrendamiento de cosas “una de las partes se obliga a dar a la otra el goce

o uso de una cosa por tiempo determinado" (art. 1.543 C.c.) y que el arrendamiento "hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento" (art. 1.565 C.c.) y esta circunstancia resulta del propio Registro, debía admitirse la cancelación por la simple solicitud del arrendador o titular actual de la propiedad. En este sentido la Resolución de 30 de noviembre de 1900, según la cual el Registrador no puede apreciar de oficio una tácita reconducción por entender que "el hecho de haberse prorrogado la duración del mismo (del arrendamiento) resulta tan sólo de la mera opinión o creencia del Registrador, y sabido es que, con arreglo a la doctrina de la Ley Hipotecaria, los Registradores deben proceder en la calificación de los documentos que se presenten en su oficina para el efecto de admitir, negar o suspender la inscripción o anotación, por lo que resulte de los mismos documentos o de los asientos extendidos en los Libros del Registro. Y como de los documentos presentados y de los asientos del Registro consta de un modo claro y terminante que el arrendamiento de que se trata terminó o quedó fenecido de hecho y de derecho por expresa declaración de los otorgantes el día... en que vencían los seis años estipulados para la duración del contrato, en consecuencia quedó extinguido desde ese mismo día el derecho inscrito a favor del arrendatario".

287

Lógicamente esa cancelación del arrendamiento a plazo determinado mediante la solicitud del arrendador o titular de la finca, quedaba circunscrita a los arrendamientos sujetos al C.c. Por el contrario los arrendamientos sujetos a la L.A.U. o L.A.R., que establecían la prórroga legal obligatoria para el arrendador, no podían ser cancelados por la sola voluntad del arrendador una vez vencido el plazo. Su cancelación sólo podrá practicarse con el consentimiento del arrendatario o en virtud de resolución judicial firme. Resolución judicial en la que no será necesario que el juzgador ordene expresamente la cancelación del arrendamiento inscrito, siendo suficiente la Sentencia de desahucio, por cuan-

to en el deshaucio va implícita la extinción del arrendamiento y, por tanto, su posibilidad de cancelación (*vide* al efecto la vieja Resolución de 1.º de julio de 1885).

Una vez entrada en vigor la nueva L.A.U., y antes de conocerse el contenido del R.D. que estamos repasando, GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE opinó que para cancelar los arrendamientos inscritos había que estar a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 de la L.H. y 173 y siguientes de su Reglamento. Admitía por tanto:

— la cancelación con el consentimiento del titular registral (arrendatario). Es el procedimiento admitido en el párrafo 1.º del artículo 82 L.H.: escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación (el llamado “consentimiento formal”, respecto del que no entramos ni salimos sobre si requiere o no la expresión de una causa) la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción, o sus causahabientes o representantes legítimos. Encaja en este lugar el desistimiento del arrendatario contemplado en el artículo 11 L.A.U. en materia de arrendamientos de viviendas en los supuestos de arrendamientos de duración pactada superior a los cinco años siempre que el mismo hubiere durado al menos cinco años (art. 9.1 L.A.U.) y se acredite (prueba fehaciente) haberse dado el correspondiente preaviso al arrendador con la antelación mínima de dos meses. No se olvide que si el arrendatario estuviere casado o conviviere con otra persona deberá cumplirse lo prevenido en el artículo 12 L.A.U. (requerimiento al cónyuge o conviviente y contestación de éste de no desear continuar en el arrendamiento o su no contestación en el plazo de quince días),

— y la cancelación contra el consentimiento del titular registral (arrendatario). En este caso se precisará para la cancelación sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso alguno (art. 82, párrafos 1.º y 3.º, L.H.).

La duda se planteaba respecto de las cancelaciones automáticas o sin consentimiento del titular registral (arrendata-

rio), reguladas en el párrafo 2.º del artículo 82 L.H.: “podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos (cancelación con o contra el consentimiento del titular registral, ya examinadas) cuando el derecho inscrito... quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción...”. O sea, la cancelación automática de los arrendamientos cuyo plazo de duración hubiere vencido.

Resolvía esta duda GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE diferenciando entre arrendamientos destinados a vivienda y los destinados a uso distinto. Respecto de los primeros afirmaba que no puede admitirse la cancelación automática hasta transcurridos cinco años, por ser éste el plazo mínimo de duración (según el art. 9.1 de la L.A.U. si la duración del arrendamiento fuera inferior a cinco años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance la duración mínima de cinco años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador su voluntad de no renovarlo). En orden a los segundos (arrendamiento para uso distinto del de vivienda), sí sería posible la cancelación automática una vez vencido el plazo pactado inscrito y no constare la prórroga arrendaticia; por cuanto en estos arrendamientos no hay plazo máximo (libertad de pacto proclamada en el apartado 3 del preámbulo, refrendada en el art. 37 del articulado –“duración pactada”–) y el Registro sólo protege a quien acude a él.

Finalizaba GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE el examen de la cancelación registral de los arrendamientos afirmando: “no cabe la cancelación de oficio por no estar prevista por la Ley y por no tratarse de un plazo de caducidad”.

¿Cuál es la postura adoptada por el legislador en el R.D. 287/1996 en esta materia? El R.D. se ocupa de la cancelación de las inscripciones de arrendamiento en su artículo 7, pero de su simple lectura se desprende que la regu-

lación contenida en él no es total, sino que solamente abarca determinados supuestos. Ello implica que, teniendo en cuenta que según su preámbulo “no hay motivos ni bases legales bastantes para estimar alterados los principios generales de nuestro ordenamiento inmobiliario registral” y que, según su Disposición final primera, “en todo lo no previsto en este Real Decreto seguirán las normas... registrales en vigor” debamos diferenciar:

1) Cancelaciones con el consentimiento del titular registral (arrendatario). La escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado en donde conste dicho consentimiento serán títulos suficientes para practicar la cancelación del arrendamiento inscrito (art. 3 L.H., concordantes del Reglamento y art. 2 del R.D.).

290

Contiene, no obstante lo dicho, y como norma especial, el artículo 7 del R.D. una regla especial, a saber la contenida en su número 3, y que es del siguiente tenor “La copia del acta notarial por la que el arrendatario notifica al arrendador su voluntad de no renovar el contrato, en los casos comprendidos en el párrafo primero del artículo 10 de la Ley 29/1994 (L.A.U.), será título suficiente para la cancelación del arrendamiento”.

Estamos en sede de arrendamientos de vivienda y cuya duración mínima de cinco años (pactada o prorrogada por aplicación del art. 9.1) se haya cumplido. En este supuesto, si ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con un mes de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más. Pues bien, el n.º 3 del artículo 7, contempla el supuesto de que el arrendatario haya comunicado en plazo su voluntad de no renovar, y considera título suficiente para practicar la cancelación la copia de la correspondiente acta notarial.

A la luz de lo prevenido en el artículo 12 de la L.A.U. parécenos que esta rotundidad del artículo 7.3 del R.D. caerá si en el acta del arrendatario no consta expresamente

que es soltero y que con él no convive ninguna persona de forma permanente y en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual. Y así opinamos por entender que dicho artículo 12 es aplicable tanto al supuesto del desistimiento regulado en el artículo 11 como al de la no renovación del artículo 10, por cuanto su número 1, literalmente interpretado, abarca ambos casos (“Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o desistir de él...”). En el mismo sentido –aplicación de la norma del artículo 12 tanto a la no renovación del contrato por renuncia a la prórroga de los artículos 9 y 10, cuanto al desistimiento específicamente contemplado en el artículo 11– CARRASCO PERERA, quien da un paso más afirmando que “seguramente ha de extenderse, siquiera por analogía, al desistimiento por justa causa regulado en el artículo 22” (obras de mejora).

2) Cancelaciones contra el consentimiento del titular registral (arrendatario). El R.D. no contiene ninguna especialidad y, por tanto, para practicarlos se precisará de sentencia firme.

3) Cancelaciones sin consentimiento del titular registral (arrendatario). Dentro de este grupo cabe diferenciar:

a) Cancelaciones automáticas o *ministerio iuris* que recoge el citado artículo 82.2 de la L.H. (“Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos –Sentencia o escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción– ...”). En estos casos huelga el consentimiento cancelatorio del titular registral, debido a que la extinción del derecho se ha producido –como decía ROCA– por derivación natural del acto inscrito o por ministerio de la Ley, o sea por la voluntad misma de los interesados ya incorporada en el negocio jurídico inscrito (condición o plazos resolutorios, etc.) o por imperio de una disposición legal o norma institucional (confusión de derechos, extinción de usufructo, etc.). Entre los numerosos casos de extinción

automática (opción de compra, artículo 14 R.H.; retracto convencional, art. 177 del propio Reglamento; hipoteca en garantía de rentas o pensiones, art. 157 L.H., etc.) ROCA incluía el del arrendamiento inscrito (*vide* Resoluciones de 30 de noviembre y 5 de diciembre de 1900 y 13 de agosto de 1908).

Dentro de este grupo encajamos la modalidad regulada en el artículo 7.4 del R.D., en cuanto establece que “podrá cancelarse la inscripción (del arrendamiento) en los supuestos comprendidos en (dicho) párrafo primero del artículo 10 de la Ley 29/1994, mediante la presentación de la copia del acta notarial por la que el arrendador notifique al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato, siempre que la notificación se haya hecho en tiempo oportuno y personalmente por el Notario en la forma prevenida en el artículo 202 del Reglamento Notarial”.

292

Téngase en cuenta:

— que el artículo 10 L.A.U. se refiere a los arrendamientos de vivienda,

— que el arrendador sólo puede usar de la facultad de no renovar una vez transcurridos como mínimo cinco años,

— que el arrendador tiene que notificar su voluntad de no renovar con un mes de antelación a la fecha de terminación,

— que la notificación del arrendador ha de hacerse “personalmente por el Notario en la forma prevenida por el artículo 202 del Reglamento Notarial”. Nos encontramos, pues, en un supuesto en que la norma (el R.D.) impide al Notario efectuar la notificación enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo (párrafo 5.º del art. 202 R.N.). En modo alguno el adverbio “personalmente” ha de entenderse referido al arrendatario, sino al Notario, por lo cual no será necesario que el Notario entregue en mano al arrendatario la cédula —al estilo americano—, sino que bastará que la cédula se haya entregado, en el caso de no hallar al arrendatario, a

cualquier persona que se encuentre en el domicilio o lugar en que la notificación deba practicarse y, en su defecto, al portero o conserje del inmueble o con un vecino del mismo o de los más próximos, ex artículo 202, párrafo 2.º y 3.º, del Reglamento Notarial,

—y que en este supuesto no es de aplicación lo prevenido en el artículo 12 L.A.U. (posibilidad de continuar el arrendamiento por el cónyuge o conviviente), ya que la voluntad de no renovar no parte del arrendatario, sino del arrendador.

b) Cancelaciones de oficio, que son las que el Registrador debe practicar sin necesidad de requerimiento de parte interesada ni de mandamiento judicial.

Ya expusimos hace unos instantes como GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE rechazaba las cancelaciones de oficio en materia de arrendamientos “por no estar previstas por la Ley y por tratarse de un plazo de caducidad”. La primera de las objeciones la elimina expresamente el R.D. y la segunda no la toma en consideración, o es del parecer que el plazo de los arrendamientos es de caducidad (?). Así resulta de los números 1 y 2 del repetido artículo 7, según los cuales:

—“Conforme a lo dispuesto en el artículo 353, apartado 3, del Reglamento Hipotecario, se cancelarán de oficio por el Registrador de la Propiedad las inscripciones de los arrendamientos urbanos de duración inferior a cinco años, cuando hayan transcurrido ocho años desde la fecha inicial del contrato y no conste la prórroga convencional de éste” (n.º 1).

La aplicación conjunta de este número 1 y del apartado 3 del artículo 353 del R.H. lleva consigo que, solicitada una certificación de cargas de la finca arrendada o la práctica de cualquier asiento relativo a la finca de que se trate, el Registrador cancele de oficio, mediante la nota marginal correspondiente, el arrendamiento urbano inscrito siempre que éste lo fuere de duración inferior a cinco años. Afecta,

pues, este procedimiento a los arrendamientos de vivienda por plazo pactado inferior a cinco años y cuya prórroga legal máxima es de tres años más (arts. 9 y 10 de la nueva L.A.U.).

— “Por el mismo procedimiento se cancelarán de oficio las inscripciones de los demás arrendamientos urbanos, una vez que haya transcurrido el plazo pactado y no conste en el Registro la prórroga del contrato” (n.º 2).

Aplícase, pues, esta regla a los arrendamientos urbanos de vivienda por plazo pactado de cinco o más años y a los arrendamientos urbanos para uso distinto del de vivienda, todos los cuales serán cancelables de oficio una vez transcurrido el plazo y no conste en el Registro su prórroga, por aquello de que quien pudiendo inscribir no lo hace no merece que le cobije su sombra protectora.

294 *Reducción de aranceles.* Tomando el legislador en cuenta el “clamor popular” del abaratamiento de costes en la inscripción de los arrendamientos, reduce los aranceles notariales y registrales en el artículo 8 del R.D. (“Los contratos de arrendamiento de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda, así como sus modificaciones, se beneficiarán de una reducción del 25 por 100 de los honorarios notariales y registrales que resulten de aplicación conforme al número 2 de sus respectivos aranceles”).

Personalmente consideramos y creemos, puede que inoportunamente, que esta opinión si fuere encuestada resultaría abrumadoramente mayoritaria, que:

— la reducción es justa tratándose de arrendamientos de vivienda modestos o de precio medio de mercado,

— no lo es tanto, pero admisible, respecto de arrendamientos para uso distinto del de vivienda que reúnan las condiciones anteriores,

— es improcedente en los arrendamientos de viviendas a que se refiere el párrafo segundo del n.º 2 del artículo 4.º

de la (de superficie superior a trescientos metros cuadrados o con renta inicial anual que exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional),

—y es confiscatorio, nos atrevemos a decir, en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda de grandes superficies o con rentas mensuales millonarias.

Y respecto de su aplicación en la práctica nos preguntamos: 1.º ¿Cómo se calculará la base, que debe coincidir con la fiscal, si en este punto el artículo 48 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 29 de mayo de 1995 está *out*, por cuanto continúa refiriéndose al cómputo de rentas de “seis años”? y 2.º ¿Será de aplicación la reducción a las escrituras e inscripciones de extinción y consiguiente cancelación de la relación arrendaticia? El artículo 8 no lo dice (la extinción no es una modificación) y debiera ser de interpretación restrictiva, pero todos conocemos lo sucedido en materia de préstamos y sus cancelaciones. ¿Habrá una segunda edición?

295

Normativa supletoria. Poco o nada que añadir a la disposición final primera, coincidente con el criterio tantas veces repetido del breve preámbulo (“En todo lo no previsto en este Real Decreto seguirán aplicables las normas notariales y registrales en vigor”).

Entrada en vigor. Reiteramos, para los desmemoriados a los que se limiten a leer el final de la “novela”, que según la disposición final segunda entró en vigor el mismo día de su publicación en el B.O.E., y que fue el 14 de marzo de este olímpico año de 1996.

Aunque en este caso no estemos ante una cuestión de vida o muerte, aprovechamos la ocasión —rayas en el agua— para solicitar benévolamente y con el respeto debido de la Autoridad competente que no sea tan raudo y veloz con las entradas en vigor, que recuerde la *vacatio legis* de nuestro entrañable Código civil y que piense que, a pesar de los

modernos medios de comunicación, los ejemplares del B.O.E. no están en manos de sus naturales destinatarios, de los que deben aplicar o hacer cumplir las novedades, el mismo día de su publicación, ni al día siguiente y a veces ni en los siete días siguientes. Si este R.D. fue dado en Madrid a 23 de febrero de 1996 y fue publicado en el B.O.E. el 14 de marzo siguiente ¿por qué tantas prisas para su entrada en vigor?

Con todos nuestros plácenos a cualesquiera otras opiniones mejor fundadas. En Palma, verano del 96.

**DICTAMEN EMITIDO A SOLICITUD DE
LA FUNDACION F, ACERCA DE:
A) SI LA EXISTENCIA DE UN PACTO
DE REVERSION AL BANCO FUNDADOR
PUEDE HALLARSE AFECTADO POR LAS
LEYES DE 1994 ESTATAL Y VASCA
DE FUNDACIONES; Y B) POR CUAL DE
ESTAS LEYES DEBE REGIRSE**

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO
Notario

SOLICITUD DEL DICTAMEN

En carta de 11 de abril de 1996, dirigida a este letrado, por el Excmo. Sr. D. P como Presidente de la Fundación F, son expuestos estos antecedentes:

“La Fundación F se constituye con domicilio en Madrid, como Fundación Cultural Privada, el día 19 de octubre de

1988, inscribiéndose en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Cultura y quedando sujeta a su Protectorado.

»Con posterioridad, en 1990, modifica parcialmente sus estatutos, absorbiendo la Fundación F, y en 1991 traslada su domicilio a Bilbao, quedando sujeta a la competencia tributaria de la Diputación Foral de Vizcaya.

»El desarrollo principal de las actividades de la Fundación se realiza en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

»El actual artículo 28 de los Estatutos de la Fundación, de igual contenido al artículo 27 en su redacción inicial, dada en la escritura de constitución, ordena un derecho de reversión del patrimonio de la Fundación (tanto del dotado como del adquirido por ésta con posterioridad) en favor del Banco fundador para el caso de su disolución”.

Con estos antecedentes solicita mi dictamen acerca de las cuestiones:

298

“La Fundación F desea conocer si este derecho de reversión ordenado por los Estatutos de la misma desde su constitución, se puede ver afectado por la promulgación de las Leyes Estatal o Vasca de Fundaciones de 1994.

»Asimismo, y dada la voluntad de cambiar del Protectorado y Ley estatal, al Protectorado y Ley Vasca, la Fundación F desea conocer qué actos o acuerdos deben ser adoptados dentro de su seno y fuera de él, para mantener con plena eficacia y garantía de ejercicio el derecho de reversión fundacional señalado, teniendo en cuenta los plazos máximos de adaptación de estatutos ordenado por una u otra Ley”.

DICTAMEN

A juicio de este letrado, para dar respuesta a la primera de las cuestiones por las cuales se solicita este dictamen, es preciso subdividirla en las tres siguientes:

a. *Licitud y validez inicial de la reversión a favor del Banco fundador establecida en la escritura constitutiva y de-*

terminación de su extensión según el derecho vigente antes de entrar en vigor las leyes indicadas en la carta de solicitud.

b. Subsistencia o no del derecho de reversión a partir de la vigencia de ellas, tanto en caso de aplicársele una u otra de estas leyes.

Por eso examinaré por separado ambas subcuestiones, antes de tratar de la solicitada en segundo lugar:

c. Cuál debe ser la Ley aplicable a la FUNDACIÓN F y si le cabe alguna opción para elegir entre ellas.

I. Licitud y validez inicial de la reversión a favor del Banco fundador establecida en la escritura constitutiva y su extensión antes de entrar en vigor las vigentes leyes 30/1994, de ámbito general, y la del País Vasco de julio del mismo año

299

Para responder a esta primera cuestión es preciso atender a los siguientes antecedentes:

A) En escritura pública autorizada en Madrid a 19 de octubre de 1988 por el notario N fue constituida por el Banco B la Fundación benéfico docente de carácter cultural privado sin fin lucrativo alguno, "FUNDACIÓN F", con el objeto primordial de desarrollar programación y promoción de actividades de índole cultural, dotándola el Banco fundador, como medios financieros y materiales con plena autonomía de acción e independencia, de un capital de catorce mil millones de pesetas (ptas. 14.000.000.000), con cargo a la reserva de fusión, creada en virtud del acuerdo constituyente del propio Banco fundador, y regida por los estatutos que se incorporaron a la escritura fundacional y que, en ella, se elevara a públicos.

En esos estatutos se establecen, entre las normas que interesan para este dictamen, las siguientes:

“Artículo 15. *Duración.*

La duración de la Fundación será de 20 años. No obstante, el Patronato podrá acordar su prórroga, una o más veces, por un período de tiempo determinado”.

“Artículo 27. *Extinción.*

»La Fundación se extingue:

»a. Por el transcurso del plazo previsto en el artículo 5 si no se acuerda su prórroga.

»b. En los demás supuestos contemplados en el artículo 39 del Código civil.

»c. Cuando así lo acuerde el Patronato con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros, por estimar que no es posible cumplir los fines para los que se constituyó la Fundación, o que las circunstancias que presidieron su constitución, han variado de tal manera que, previstas, no se hubiese constituido.

300

»En todos los supuestos de extinción de la Fundación, el destino de los bienes fundacionales, ya se trate de los inicialmente aportados, ya de los adquiridos en el futuro, será el de entregarlos al Banco fundador, quien, en tal supuesto, podrá disponer de ellos libremente”.

La FUNDACIÓN F fue calificada e inscrita en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Cultura.

B) Con anterioridad había sido constituida por el “Banco B” la fundación cultural privada con naturaleza permanente, “FUNDACIÓN F” domiciliada en Bilbao, dotada de un capital de cien millones de pesetas (100.000.000), en escritura autorizada en Bilbao por el notario N° el 25 de noviembre de 1983, en la cual se protocolizaron los estatutos por los que debía regirse. Según estableció su artículo 29: “La fundación se extinguirá en los supuestos contemplados en el artículo 39 del Código civil, siempre que, de acuerdo con dicho precepto, no den causa a un expediente de modificación”.

Nada se preveyó del destino de los bienes.

C) Después de cumplidos todos los requisitos legales, y conforme el dictamen de 26 de julio de 1990 de la Comi-

sión Permanente del Consejo de Estado, fue autorizada por el Ministerio de Cultura, por Orden Ministerial de 3 de septiembre de 1990, la modificación de los estatutos de la FUNDACIÓN F en sus artículos 3, 7 y siguientes, relativos al objeto y a los órganos de gobierno, con el fin de mejor adaptar unos y otros a la actual situación de la Fundación y para conseguir una máxima viabilidad y operatividad de la misma; y obtenida esta autorización la FUNDACIÓN F, el 11 del mismo mes, otorgó escritura de modificación de sus estatutos autorizada en Madrid por el notario N, sin que fuesen modificados los artículos transcritos 5 y 27, pasando éste último a ser el 28.

D) Finalmente en escritura autorizada en Madrid el 14 de diciembre de 1990 por Notario la "FUNDACIÓN F" y la "FUNDACIÓN F" se fusionaron mediante la absorción de aquélla por esta última y el traspaso en bloque, a título de sucesión universal, del patrimonio F, la primera a la absorbente, "FUNDACIÓN F", asimismo ésta trasladó su domicilio a Bilbao.

Con estos antecedentes pueden y deben afrontarse la enunciada en primer lugar cuestión de derecho, conforme la legislación vigente, antes de la promulgación de las Leyes general y vasca de 1994. Esto es, como ya se había planteado la doctrina y debatido en los tribunales, si el fundador podía establecer el destino de los bienes de la fundación remanentes al extinguirse ésta, y si sus destinatarios podían ser los herederos o parientes del fundador.

Creo que esta cuestión debe ser examinada distinguiendo dos problemas, sin duda diferentes, que responden a las dos preguntas siguientes:

1.º *Si la dotación de una fundación pudo efectuarse previniendo la reversión de su dotación al vencer un determinado plazo o condicionada a determinadas circunstancias, e igualmente si las donaciones o instituciones de heredero o legados a favor de ella pudieron someterse a reversión, plazo o condición resolutoria.*

2.º *Si el fundador pudo establecer el destino de los bienes de la fundación en caso de extinción de ésta sea en cualquier hipótesis o sólo en caso de producirse por determinadas causas.*

Vamos a tratar sucesivamente ambos problemas.

A) Si la constitución de la fundación o su dotación fundacional, tanto si se efectuó por testamento como por acto *inter vivos*, e igualmente si sus adquisiciones a título de herencia, legado o donación, producidas después de constituida, pudieron efectuarse por un determinado plazo o bajo condición resolutoria y someterse a reversión. Creo que esta cuestión, evidentemente, debía tener una respuesta afirmativa.

La posibilidad de fundaciones expresamente temporales o si toda su dotación es efectuada por un término, sea determinado o incierto, no excluía entonces, ni tampoco ahora excluye, su utilidad, especialmente cuando con ellas se trata de subvenir a finalidades determinadas o prevenir ciertas circunstancias ocasionales para las cuales su constitución pueda resultar evidentemente de interés general.

a) La posibilidad de constituir fundaciones temporales parece reconocida en el artículo 39 C.c. –si bien refiriéndose, en general, a las personas jurídicas, pero sin indicar excepción– que al señalar las causas de extinción, comienza diciendo: *“Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron...”*. El Reglamento de fundaciones culturales de 21 de julio de 1972, en su artículo 54, indicó que *“la extinción de las fundaciones procederá cuando así lo prevean sus estatutos o su carta fundacional y en los supuestos contemplados en el artículo 39 del Código civil siempre que de dicho precepto no den causa a un expediente de modificación”*.

La doctrina no ha puesto en duda la posibilidad de constituir fundaciones para realizar un fin temporal determinado. Así lo han sostenido JOAQUÍN MADRUGA MÉNDEZ (*“Consideraciones en torno a las fundaciones privadas”*, A.D.C.

XXI-II, 1968, pp. 427 y 429); URBANO VALERO AGUNDEZ (*La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969, p. 33); RAMÓN BADENES GASSET (*Las fundaciones de Derecho privado*, vol. I, ed. Barcelona, Bosch 1986, pp. 124 y ss., 161); el Jefe del Servicio de Fundaciones del Ministerio de Cultura, TOMÁS ALBA MORALES, y el del Ministerio de Educación CARLOS AGUILERA (en la obra que recoge aportaciones de ambos y de JOSÉ MARÍA DE PRADA, *Las fundaciones y los protectorados*, Madrid, Centro de Fundaciones, Civitas 1986, pp. 95-102); ANTONIO DEL CAMPO ARBULO (*Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid, Civitas 1990, p. 259); JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ ("Las fundaciones hoy y mañana: fines, constitución y extinción", en el Seminario celebrado en Santander en 1991 *Hacia una nueva Ley de fundaciones*, Fundación Marcelino Botín, pp. 19, 92 y s.), RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ ("Apuntes patrimoniales en materia de fundaciones", en *Academia Sevillana del Notariado* VI, 1992, pp. 257-261), y, después de promulgada la Ley 30/1994, JUAN IGNACIO GOMEZA VILLA, según después veremos. Como ejemplo de fundaciones para un fin temporal concreto se ha indicado: la Fundación Nuestra Señora de la Almudena, constituida para finalizar las obras de esa Catedral, o la dirigida a realizar las obras de la Sagrada Familia en Barcelona, o la Fundación pro Exposición de Sevilla y la Fundación Thyssen Bornemisza.

Más debatida ha sido la posibilidad de fundaciones constituidas a término cierto. El citado TOMÁS ALBA reconoció que esta clase de fundaciones se inscribían sin problemas en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Cultura, y en él se inscribió, en su día, la Fundación F con su duración de veinte años prorrogables.

Quienes niegan la posibilidad de fundaciones a plazo fijo, ha indicado RAFAEL LEÑA que no dan razón alguna de su negativa, fuera de que normalmente se pretende darles carácter imperecedero, y de que dicen podrían ocultar un fraude. Pero advierte LEÑA que (*loc. cit.* pp. 253 y s.) que

“el riesgo de la posible patología no justifica la condena de una figura”; y que si bien también cabe aducir que “ese resultado puede obtenerse de otra forma, como es transfiriendo solamente el usufructo temporal de bienes”, advierte que el hecho de “que existan otras posibilidades no implica la negación de la primera”.

“Desde mi punto de vista –dice– nada hay que se oponga a la fundación a término cierto, ya sea con reversión de bienes o sin ella. No existen obstáculos ni desde el punto de vista legal, ya que el artículo 39 del Código civil la permite expresamente”, “ni desde la perspectiva jurisprudencial” –citando la S.T.S. de 6 de junio de 1987, a la que luego nos ocuparemos. De otra parte, añade, “no hay nada que se oponga a que un interés general pueda verse satisfecho durante un cierto número de años (porque siempre será mejor para la comunidad eso que nada, ¿dónde puede estar el problema?)”.

304

En la perspectiva con la que observaba una nueva Ley de Fundaciones, JOSÉ MARÍA DE PRADA (*loc. cit.* p. 93), decía que éste es un problema de política legislativa ligado al destino de los fondos de la fundación al cumplirse el plazo.

Volveremos luego a esta cuestión al ocuparnos de las Leyes de Fundaciones de 1994, y allí veremos como JUAN IGNACIO GOMEZA VILLA se ha sumado a la tesis favorable a la aceptación de fundaciones temporales.

b) La posibilidad de dotar a una fundación con derechos de naturaleza temporal también fue examinada detenidamente por LEÑA (pp. 254 y ss.) que indicó los de: usufructo, que tiene el límite de 30 años, señalado en el artículo 515 C.c.; uso y habitación, y también el arrendamiento con renta baja o simbólica o condenada.

c) Tampoco existía dificultad alguna, en el derecho anterior a las leyes de 1994, para la constitución de fundaciones bajo condición extintiva y, en especial, con reversión de todos los bienes de su dotación al fundador o a sus derechohabientes, o bien al donante la de los bienes donados o

al testador la de los dejados en testamento, o, en ambos casos, a sus parientes o herederos.

Así el artículo 641 del Código civil, para las donaciones, —entre las cuales no hay razón para excluir las efectuadas en el acto fundacional a título de dotación o las ulteriores adquisiciones inter vivos de una fundación efectuadas por el mismo título gratuito—, dispone:

“Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias”.

Para las disposiciones de última voluntad, el artículo 790 C.c. dice:

“Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición”.

Y el artículo 781 C.c. dispone:

“Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encargue al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.

Por eso —como dije ya hace años en mi *Panorama del derecho de Sucesiones* 197, Madrid, Civitas 1982, p. 433)— no existe inconveniente alguno en que la reversión de los bienes con que se dote o done a una fundación recaiga en los parientes del fundador donante o la de bienes de una herencia en los parientes o herederos de aquél que la haya favorecido con una herencia o legado o en las personas que él prevenga, siempre que la disposición reversional o sustitutoria condicionada no contenga más de dos llamamientos efectivos, conforme el límite impuesto a los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias en el artículo 781 C.c.

Al extinguirse la fundación, estos bienes dejan de formar parte de ella, en virtud de la cláusula reversional, y, por lo

tanto, no integran los bienes remanentes, que deberán aplicarse según determinen las cláusulas fundacionales, los estatutos o la ley, como determina el artículo 39 C.c. Tema que constituye la materia que debemos examinar a continuación.

Pero, antes, es necesario precisar cuál es el alcance de la reversión en los indicados supuestos de término del plazo, realización del objeto o cumplimiento de la condición. La pauta nos la suministra la doctrina jurídica que ha tratado de esta cuestión en los supuestos de consumación de reservas sucesorias, sustituciones fideicomisarias, reversión de bienes y extinción de usufructos con facultad de disponer, entendiendo que debe tener lugar la subrogación real, cuando ésta sea determinable, y, en caso de no serlo, la subrogación de valor. Esta resulta de especial atención cuando se trata de acciones de sociedades anónimas. Pero, si lo sujeto a reversión es todo el patrimonio de una fundación, porque todo él ha sido el objeto de su dotación, debe entenderse que todo el patrimonio fundacional está sujeto a reversión, pero deduciendo del mismo las rentas acumuladas que se debieron destinar a fines fundacionales y no lo fueron; pues, en ese caso, seguirán debiéndose a dichos fines.

Concretándonos a la FUNDACIÓN F, debe tenerse presente que fue dotada inicialmente sólo por el Banco B en una cantidad de dinero, que fue inmediatamente invertida en acciones, y que más tarde, se nutrió con el patrimonio mucho menor de la Fundación F', que en su fundación y dotación no tenía establecida reversión alguna. Por ello, creo que en caso de disolución de aquélla deben entenderse sujetos a reversión las acciones en las cuales fue invertido el capital fundacional de la FUNDACIÓN F y aquellas otras que por subrogación las vayan sustituyendo, es decir, las que se adquieran por el precio de sus sucesivas enajenaciones o por su conversión o permuta, así como las adquiridas por el ejercicio de algún derecho de preferente adquisición dimanante de la titularidad de aquéllas (art. 158 L.S.A.), aunque restando el importe que fue satisfecho para su adquisición

en caso de haberse pagado ésta con rentas de la Fundación. En cambio, el patrimonio de la Fundación F' absorbido por la Fundación F no se halla sujeto a reversión.

2.º *Destino del patrimonio de la Fundación F, según la legislación anterior a las nuevas Leyes de Fundaciones de 1994, en lo que exceda del caudal sujeto a reversión al fundador dotante B.*

El artículo 39 C.c. dice:

“Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones, y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas”.

307

Esta cuestión ha sido contemplada dos veces por el Tribunal Supremo, en la S. de 23 de junio de 1964 (Sala 1.ª) y en la S. de 6 de junio de 1987 (Sala 3.ª); y, en ambas, se dio plena prevalencia al principio “la voluntad del fundador es ley”.

En la S. de 23 de junio de 1963, de la que fue ponente el magistrado FRANCISCO BONET RAMÓN, la Sala 1.ª se enfrentó con el siguiente caso:

En una fundación dispuesta en testamento, la cláusula decimotercera de éste decía “que si por cualquier causa no pudiera constituirse la Fundación que debe establecerse, o una vez constituida el Estado, por cualquier título o motivo pretendiera incautarse de los bienes de la misma, pasen éstos a ser propiedad de sus herederos y sucesores, quienes se incautarán desde luego de dichos bienes, pudiendo disponer de ellos sin restricción ni limitación alguna”.

La fundación había sido clasificada y cumplía los fines establecidos por el fundador; pero en 1936 se interrumpieron al quedar en zona de guerra el distrito municipal en el que ejercía sus funciones benéfico docentes, sin que después, en 1939, las reanudara cuando se restableció la normalidad. Por esto la comunidad de herederos del testador-fundador demandó la devolución de los bienes, a lo que se opusieron el patronato y la Junta Provincial de Beneficencia, que pretendía la nacionalización de las escuelas reconstruidas, considerando que así la Fundación podía continuar sus fines de una manera más limitada, reforzados sus medios y rentas con aportaciones del Estado. El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 y la Audiencia Territorial de Madrid no dieron lugar a la demanda, por lo cual los demandantes interpusieron recurso de casación, al cual se dio lugar, considerando la sentencia que “prevista en la cláusula décimotercera del testamento del fundador como cláusula resolutoria, la pretensión del Estado de incautarse de los bienes de la misma, no la consumación de la incautación, ésta indudablemente se encierra en la Resolución del Ministerio de Educación Nacional de 8 de noviembre de 1955, después de una pasividad inexplicable de los patronos de la Fundación y de las autoridades competentes, que perdura después de los 25 años de paz tan fructuosa en otros órdenes de nuestra vida cultural y económica, todas las soluciones que propone vulneran la voluntad del fundador suprema Ley, máxime cuando ha obtenido su expreso reconocimiento por el Estado, disponiendo asimismo los artículos 2.º y 3.º de los propios Estatutos, que la Fundación tiene que mantenerse con sus propios medios, y no puede ser agregada, o ser integrada o incorporada a otros establecimientos, no teniendo la fundación capacidad civil necesaria para aceptar dicha agregación o integración, procediendo en consecuencia la estimación íntegra del recurso”.

Y la S. de 6 de junio de 1987, admitió el recurso interpuesto contra el acuerdo del Ministerio de Educación y

Ciencia, que había declarado la nulidad de la resolución y del derecho de los derechohabientes del fundador, considerando –siendo ponente el Magistrado ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ–, entre otros fundamentos de derecho, los siguientes:

“...en los Estatutos regidores de la Fundación se hizo constar, dentro del capítulo de reglas generales, que «Si por una Ley desamortizadora o por otra causa no fuera posible el sostenimiento de la Escuela, estos bienes –(los fundacionales)– se distribuirán entre los herederos de Don Francisco B. G. o sus derechohabientes en la misma forma en que lo fueron”.

Para la Administración, “en el acuerdo recurrido, siguiendo el dictamen del Consejo de Estado de 19 de mayo de 1983”, los bienes de la extinguida Fundación han de adscribirse a una subsistente institución benéfica de Cantabria, fundándose en que “según el artículo 16 de la Ley de 20 de junio de 1849, «la supresión de cualquier establecimiento de Beneficencia, público o particular, supone siempre la incorporación de sus bienes, rentas y derechos, en otro establecimiento de Beneficencia»; aplicable porque, expresamente, a esta Ley se refiere el artículo 39 del Código civil cuando, regulando el destino de los bienes, señala en primer lugar las leyes y después, supletoriamente, los estatutos y las cláusulas fundacionales; en el carácter público del fin fundacional benéfico, previsto por los artículos 34-1 de la Constitución y 35-1 del Código civil, que impide sea irreversible la adscripción permanente de los bienes a las actividades de beneficencia; y en los artículos 7.º, 3, de las Instrucciones del Decreto de 14 de marzo de 1899 y los 50 a 55 del Decreto de 21 de julio de 1972, sobre extinción y la liquidación de los bienes fundacionales”.

“Mas –contrapone la sentencia– tales razonamientos motivadores de lo decidido por el Acuerdo recurrido son plenamente rechazables. Y lo son porque la antigua Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 permanece vigente sólo

en cuanto no se oponga a los preceptos del posterior Código civil, de 24 de julio de 1889, según interpretación que se viene dando a la disposición final y derogatoria de su artículo 1.976, en relación para el presente caso con los 38-2 y 39. Claro está que si, en este caso de extinción de la Fundación, el artículo 39 del Código civil prevé el destino de los bienes fundacionales conforme a la voluntad del fundador, prevalente sobre las disposiciones de Ley, a lo dicho por su manifestación expresa habrá de estarse” ... “Entonces, la regla primera que rige el destino de los bienes de la Fundación extinguida es la de cumplirse lo dispuesto por las cláusulas fundacionales y si éstas nada estableciesen previamente, la segunda regla es la de que los bienes se aplicarán a la realización de fines análogos en beneficio de la región, provincia o municipio sede de la Fundación, pero sólo en defecto de cláusula fundacional. De donde, el artículo 16 de la Ley de 1849, Ley especial de las mencionadas en el artículo 38-2 del Código civil, únicamente entrará en escena cuando ningún destino dispusieren las cláusulas fundacionales respecto de los bienes de la Fundación. Y no se diga, según de contrario afirma la Administración, que el artículo 39 del Código civil da prevalencia de fuente regidora primero a las leyes, luego a los estatutos y después a las cláusulas fundacionales, porque al exponer este orden se está refiriendo a las normas que respectivamente rigen las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones, es decir, las leyes, los estatutos y las cláusulas fundacionales según correlativamente corresponda. A este precepto en nada afecta el artículo 7.º, 3, de las Instrucciones del Decreto de 14 de marzo de 1899, citado por la Administración, pues quedó derogado por el Decreto de 27 de septiembre de 1912, como éste luego por el de 21 de julio de 1972. Y el artículo 55 del Decreto de 21 de julio de 1972, vigente en coordinación con el superior rango jurídico del 39 del Código civil, dispone: «El expediente iniciado para la extinción de una fundación comprenderá necesariamente...; c) la propuesta de designación de

liquidadores, el proyecto de su actuación y el proyecto de distribución del producto de la venta del patrimonio de la fundación, que se hará teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 39 del Código civil...; 3. Cuando el fundador haya previsto el destino de los bienes fundacionales para el supuesto de extinción de la institución, el expediente se concretará en acreditar la forma como se dará cumplimiento a la voluntad del fundador, limitándose la competencia del Protectorado a exigirlo y a disponer su inscripción en el registro».

“Por lo tanto, rige en primer lugar la voluntad expresa del fundador, en el supuesto presente, según recogió literalmente esta expresa voluntad, designando como destinatario de los bienes fundacionales, al quedar extinguida la Fundación, a los «herederos de Don Francisco B y G o sus derechohabientes en la misma forma en que lo fueron». Es que las cláusulas fundacionales constituyen ley de la Fundación; y si ya no pueden cumplirse los fines deseados por el fundador, los bienes que adscribió a ellos han de seguir el destino que le señalase; los cuales, de no haber tal expresa designación, seguirán el destino regulado por las leyes, aquí el artículo 16 de la Ley de 1849 y el 39-2 del Código civil. Sucede algo así como en el sistema sucesorio del artículo 658 de este Código: «La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley». Así pues, primero la voluntad del dueño de los bienes y después la norma de ley o sea, sucesión testada e intestada correspondientes y paralelas a voluntad del fundador y voluntad de la Ley. Es que la intervención del Ministerio de Educación y Ciencia sólo llega, en el actual supuesto, a exigir el acreditamiento de las causas de extinción, el cumplimiento de la voluntad del fundador, la realización de las operaciones liquidadoras y, finalmente, disponer la inscripción de la extinción en el Registro de Fundaciones Culturales Privadas. Aquí termina el protectorado, su vigilante actividad de cuidar de los bienes mientras

estuvieran cumpliendo el objeto para el que el fundador constituyó la fundación”.

“De todas estas razones claro resulta que el acuerdo, en los particulares impugnados, no es conforme a derecho y por ello debe ser, con estimación de recursos, declarada su nulidad, según los artículos 83-2 y 84 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 (R. 1890 y N. Dicc. 18435), y a la vez declarar que el recurrente ha de distribuir el activo fundacional entre los derechos-habientes de Don Francisco B. G., según las cláusulas de la extinguida Fundación, aprobándose la propuesta que presentó en el expediente”.

Es de destacar que esta sentencia de la Sala 3.^a T.S. es posterior a la Constitución de 1978, que en su artículo 34, 1, proclamó: “*Se reconoce el derecho de fundación con arreglo a la ley*”.

312 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, en su estudio “Constitución, fundaciones y sociedad civil” (R.A.P. 122, mayo-agosto 1990, p. 237), glosa así este artículo. “El legislador podrá modificarla, podrá y deberá adaptarla a los cambios sociales, pero respetando siempre su contenido esencial. La existencia de ese contenido esencial intangible por el legislador se deduce también del texto del artículo 53.1 de la Constitución, al establecer que «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...». El artículo 34 está incluido en el Título primero de la Constitución, dentro del catálogo de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I, a que el artículo 53.1 se refiere, aunque no sea entre los derechos fundamentales de especial protección, los protegibles a través del recurso de amparo. El legislador debe, pues, respetar el contenido esencial del derecho de fundación”.

Volveremos después a este interesante estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA, en cuanto amplía y profundiza este comentario.

Aunque la doctrina en este punto que aquí examinamos no ha sido unánime, la mayor parte de ella sigue el mismo criterio de las dos referidas sentencias.

ALFONSO DE COSSÍO, comentando el artículo 39 C.c. (*Comentarios* dirigidos por M. ALBALADEJO, artículos 1 al 41, 1.^a ed., Madrid, EDESA 1978, pp. 864 y s.), fue rotundo en dar prevalencia a la voluntad del fundador. Destacó que las normas posteriores al artículo 39 C.c. que se alegan en contra de él (Instrucción de 14 de mayo de 1899, Decreto de 27 de septiembre de 1912, Instrucción de 24 de julio de 1913) “son de rango inferior a la legal contenida en el artículo 39 del C.c.”; que, en el fondo, el Código civil “no hace sino establecer una norma de carácter supletorio, a falta de voluntad manifestada en otro sentido diferente”, para el destino de los bienes fundacionales, llegando, incluso, a establecer el fundador una cláusula de reversión a su favor o en el de sus herederos. No debe olvidarse —prosigue Cos-
sío— que, “si bien la fundación es un ente de interés público, constituye una persona de derecho privado que encuentra su origen en un acto de la autonomía la voluntad del fundador, cuya ley se impone a cualquiera otra, aunque sea de rango superior”. Por todo ello —dice—, “en los supuestos de extinción de la fundación, habremos de atenernos a lo realmente querido por el fundador en el acto fundacional, que constituye, no debemos olvidarlo, un acto a título gratuito sometido a la ley que rige los actos de liberalidad; si en virtud de una interpretación del negocio fundacional podemos llegar a la conclusión de que el fundador no quería que las leyes tuvieran el destino que se establece en el artículo 39 del C.c., es decir, la *revocación de la fundación*, que, a nuestro juicio, sería siempre posible en el caso de que la fundación creada no se ajuste a la voluntad del fundador donante de los bienes, lo que significaría una causa de extinción distinta de todas las que anteriormente hemos examinado, y sometida, por tanto, a un régimen especial”.

Coincido con este argumento de ALFONSO DE COSSÍO aun-

que, incluso, él va más allá en caso de darse el supuesto previsto en el artículo 647 C.c., extensión que, sin duda, es atendible. Pero, creo que la razón que él aduce no alcanza para justificar el destino de aquellos bienes de la fundación que no hayan sido donados o dejados en testamento por el donante o testador. En cambio, en cuanto a estos últimos coincido plenamente con la opinión y el razonamiento de este ilustre catedrático.

En este mismo sentido, VALERO AGÚNDEZ ha entendido que, si “en los estatutos fundacionales está previsto el destino que los bienes de la fundación han de seguir a la extinción de ésta, no presenta problema alguno teórico de particular importancia” (*La fundación como forma de empresa*, Valladolid 1969, p. 458).

También yo lo sostuve así en mi *Panorama del derecho de sucesiones* (197, Madrid, Civitas, 1982, vol. I, p. 433).

314

Asimismo habían admitido esta posibilidad BADENES GASSET (*op. vol y ed. cit.* p. 61); JOSÉ MARÍA DE PRADA (*loc. cit.*, p. 96) y RAFAEL LEÑA (*loc. cit.*, pp. 284 y ss.) y entre otros, muy destacadamente.

En sentido contrario se mostraron principalmente LUIS DEL CASTILLO y JORGE CAFFARENA.

El primero al comentar la indicada S.T.S. de la Sala 3.^a (La Ley, año VII, n.º 1859, 9 diciembre 1987, pp. 5) afirmó: “Creemos que sus argumentos fundamentales son discutibles” ... “La correspondencia entre las dos enumeraciones del artículo 39 del Código civil es argumento ciertamente agudo pero no incontestable”, “el riesgo de violaciones de las normas sobre vinculaciones sería tremendo de admitirse esa reversión a favor de parientes del fundador. Además esta posibilidad abriría un constante proceso de apetencias particulares, enormemente peligroso para el buen cumplimiento de los fines benéficos que las fundaciones persiguen”.

“Si las normas han de aplicarse con arreglo a la realidad social del momento, tampoco puede desconocerse el impacto que en nuestro ordenamiento tiene la Constitución”.

Estas razones no parecen en modo alguno consistentes.

La primera, referente a la interpretación del artículo 39, no puede prevalecer frente a las expresadas por la sentencia que comenta, basadas en el principio de la autonomía de la voluntad, reconocida en el artículo 39 C.c. La segunda, referente al “riesgo de violaciones sobre vinculaciones”, no puede existir si no se disponen más de dos llamamientos de sustitución o de reversión que sean efectivos (art. 781 C.c.). El tercero, es decir, el que aduce las “apetencias particulares”, si bien éstas existen en todo caso en que quepa una reclamación de bienes, olvida que contra el vicio de reclamar reversiones por esas apetencias está la virtud de los tribunales de denegar las que no estén jurídicamente justificadas. Y, en fin, la alegación de la “realidad social del momento” con “el impacto de la Constitución de 1978”, creo que no conducirá al resultado que él pretende, como examinaremos después, pero anticipo que en ella tiene apoyo más bien la tesis contraria.

315

El profesor JORGE CAFFARENA LAPORTA había expuesto su opinión respecto del derecho anterior a la Ley de 1994, en varios estudios de los cuales el más completo es el titulado *El artículo 39 del Código civil y la extinción de las fundaciones* (“Centenario del Código civil (1889-1989)”, vol. I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces 1990, pp. 389-391). Si bien reconoce, en él: “El artículo 39 del Código no pone trabas ni límites de tipo alguno en este punto a la voluntad del fundador”. En cambio, objeta por su parte:

Primero, que frente a él “planea todo el conjunto de limitaciones que fueron establecidas con carácter imperativo por el legislador del siglo XIX a las vinculaciones”; que en el Código civil “el interés público del fin perseguido por la fundación justificó la excepción a aquellas limitaciones”. Y en nota añade que “la tesis mantenida por la mayoría de la doctrina, poder ilimitado del fundador a la hora de determinar el destino de los bienes sobrantes de una fundación extinguida, facilita el empleo fraudulento de la figura aquí

estudiada, para eludir la aplicación de los límites impuestos por el Código civil a las vinculaciones”. Y aún advierte, al final de la misma nota, que la solución que él rechaza “plantea enormes dificultades para ser llevada a cabo si se tiene en cuenta, como habría que hacer, las atribuciones recibidas por la fundación antes de extinguirse”, la cual ha sido “beneficiada no sólo por un tratamiento fiscal privilegiado, sino también por la intervención de la autoridad encargada del protectorado”.

A mi juicio, estas objeciones carecen de consistencia; porque:

— Las limitaciones que el Código civil impuso a las vinculaciones que no fueran fundaciones de interés general se limitan, según su artículo 781, a no pasar del segundo grado en caso de no efectuarse a favor de personas que vivan al fallecimiento del testador. Es decir, como ha repetido el Tribunal Supremo desde la S. de 5 de abril 1934, se admiten llamamientos sucesivos a favor de personas vivas y dos más a favor de personas “no vivas” —entendiéndose, conforme la S. de 26 de junio de 1940, que grado es “llamamiento” y no “generación”. Por lo tanto ningún límite pone el Código civil a la reversión al propio fundador o a sus derechohabientes de los bienes de una fundación disuelta —que entonces precisamente dejan de estar vinculados— y ni siquiera a que se vinculen con un llamamiento más efectivo.

Tampoco el tratamiento fiscal favorable me parece aducible, puesto que éste no existe sino mientras las rentas de los bienes están adscritas al fin fundacional y cesa una vez desvinculados los bienes, debiendo entonces tributar las rentas acumuladas que no hubieran sido gastadas en el objeto fundacional. Ni creo que la intervención del protectorado constituya, *per se*, un beneficio para el fundador y sus derechohabientes.

Lo que sí ciertamente cabría argüir es la existencia en la fundación extinguida de bienes procedentes de otras atribuciones a título gratuito que pueden consistir en otras dona-

ciones de bienes adicionadas al capital fundacional o simplemente de donativos efectuados para los fines de la fundación. En el primer caso, el donante pudo condicionar su aportación y de no hacerlo ni hacer reserva alguna podría entenderse que los somete al destino, tanto temporal como final, previsto en los estatutos. No obstante, también cabe entender –creo que con mejor razón– que, aún en ese caso, estos bienes deben ser destinados a los fines para los cuales se donaron, lo cual, sin duda, debe hacerse con el montante de los donativos recibidos y no distribuidos.

En segundo lugar –arguye CAFFARENA– el texto, sin duda, concluyente del artículo 16 de la Ley de 20 de junio de 1849 “*La supresión de cualquier establecimiento de beneficencia. Público o Particular supone siempre la incorporación de sus bienes, rentas y derechos en otro establecimiento de beneficencia*”–, entendiendo que no se encuentra contradicho por el artículo 39 C.c.; pues –dice– que “uno y otro precepto son perfectamente compatibles. Para decidir sobre el destino de los bienes de la fundación extinguida habrá que estar a lo dispuesto por el fundador, pero este inexcusablemente deberá destinarlos a fines de interés general, éste será el único límite a su poder de disposición” (Solución que dice ser en Italia la de GALGANO frente a lo de TAMBURRINO y muchos otros autores). Esta parece ser –según destaca LUIS DEL CASTILLO (*loc. cit.*)– la solución dada por el poder reglamentario, en la Instrucción de 1 de enero de 1899 y en el Real Decreto de 19 de octubre de 1919 sobre fundaciones benéficas; pero –como también reconoce el mismo DEL CASTILLO–, la contraria fue la que tuvo el Reglamento de Fundaciones culturales privadas de 21 de julio de 1972, en su artículo 55, 3: “*Cuando el fundador haya previsto el destino de los bienes fundacionales para el supuesto de extinción de la institución el expediente se concretará en acreditar la forma como se dará cumplimiento a la voluntad de fundador limitándose la competencia del protectorado a exigirlo y disponer su inscripción en el Registro*”.

No me parece convincente la solución propuesta por CAFFARENA y DEL CASTILLO, frente a la dada por el Tribunal Supremo en las referidas sentencias de 23 de junio de 1964 y 6 de junio de 1987 ni ante los argumentos de ALFONSO DE COSSÍO, que antes he profundizado y matizado.

En el caso objeto de este dictamen, en su mayor parte el capital fue aportado por el fundador B y en mucho menor porción por el B', en cuanto a la dotación de la Fundación F' absorbida por la Fundación F cuando ya ambos Bancos se habían fusionado en el B, sin que al efectuarse la fusión fueran modificados –sino plenamente mantenidos– los antes transcritos, artículos 15 y 27 de los estatutos de la Fundación F, establecidos por el B ya fusionados el B y el B'. Por eso, creo evidente que quedaron asumidas por la fundación absorbida tanto la duración de la Fundación F como el destino del capital remanente al extinguirse ésta con reversión al mismo B –como se halla previsto en los estatutos de aquélla– incluyéndose las dotaciones de uno y otro banco (B y B'). Sin perjuicio de lo que antes he dicho respecto de las rentas no invertidas en los fines fundacionales aún remanentes.

318

Por otra parte, el retorno de los bienes al B los desamortizaría y su reversión sería de un solo grado, y por tanto no alcanzaría el límite señalado por el artículo 781 C.c.

II. Situación de derecho de la FUNDACIÓN F respecto al destino de sus bienes en caso de extinción, a tenor de la nueva Ley de Fundaciones de 30/1994 de ámbito general

El examen de este segundo punto de este dictamen entiendo que debe dividirse, como el primero, en las mismas dos cuestiones que allí hemos tratado separadamente. Pero, además, creo preciso examinar previamente el impacto de la Constitución de 1978 en materia fundacional. Examen previo

preciso, con tanta o más razón por cuanto, JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS (*Régimen jurídico de las fundaciones. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. 5 Destino de los bienes de las fundaciones extinguidas –S.S.TS. de 23 de junio de 1964 y 6 de junio de 1987–*. Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 67-70) ha escrito que la S.T.S., Sala 1.^a, de 23 de junio de 1964: “opta por una interpretación del artículo 39 del Código civil como prevalente frente al artículo 16 de la Ley de 1849”; y, respecto de la de 6 de junio de 1987, dice que otorga “una prevalencia clara a la voluntad del fundador y optando por una concreta interpretación del artículo 39 del Código civil. En cualquier caso, cáigase en la cuenta que en la sentencia, pese a que se alegó por la administración demandada, no se ha hecho uso del artículo 34 de la Constitución, en el que se hace una expresa mención del interés general como elemento definidor de las fundaciones, si bien en este caso el asunto versa no sobre una fundación, sino sobre una fundación extinguida”.

319

Por estas razones examinaré sucesivamente:

1.º *Incidencia de la Constitución de 1978 en el derecho de fundaciones.*

En el número de Anuario de Derecho Civil, en homenaje al maestro FEDERICO DE CASTRO, el profesor JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (“Las fundaciones en la Constitución española de 1978”, *A.D.C.* XXXVI-IV, 1983, pp. 1454-1467), señaló el giro que respecto de la legislación desamortizadora, nacida de ideas de la Revolución francesa, ha marcado esta Constitución, siguiendo a las democracias de Occidente en la revolución constitucional del derecho de fundación, en cuanto el “contenido esencial” de éstas, que el legislador en sus modalizaciones debe respetar.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, en su brillante estudio antes indicado de 1990, ha penetrado con profundidad en este significado de la Constitución de 1978 en cuanto al derecho de fundar. Advierte, ante todo, para precisarlo, que

la “primera gran sima histórica, donde desaparece todo el importantísimo mundo de las fundaciones del antiguo Régimen”, lo produjo la legislación desvinculadora y desamortizadora, siguiendo el modelo napoleónico. Frente a ella, sólo como una excepción y, por lo tanto de interpretación restrictiva, se admitieron las fundaciones con finalidades benéficas sociales y, después, las culturales.

La segunda gran sima histórica ha sido —según observa GARCÍA DE ENTERRÍA— el proceso inflacionario, por el cual “desaparece prácticamente otro siglo entero de fundaciones altruistas”, y señala que, para evitar esta consecuencia, la práctica social arbitró una serie de fórmulas, partiendo de las cláusulas de “a fe y conciencia”, con el fin de conseguir una patrimonialización económicamente más sana y con el fin de evitar la conversión obligatoria en láminas intransferibles del Estado de los patrimonios fundacionales, garantizándola, mediante el empleo “de la cláusula resolutoria de disolución de las fundaciones, con reversión de los bienes al fundador o a sus herederos, en el caso de que el protectorado impusiera esa conversión obligatoria del patrimonio en deuda pública”. En esa línea de reacción la Ley General de Educación de 1970, en su artículo 137 admitió que las fundaciones pudiesen “*poseer toda clase de bienes*”, abrogando el criterio desamortizador de conversión forzosa de patrimonios en deuda pública; y ésta fue la base en que se apoyó el Reglamento de Fundaciones Culturales de 21 de julio de 1972. De modo paralelo advierte GARCÍA DE ENTERRÍA que surgió la regulación de las fundaciones laborales, por Decreto de 1965 y las de la construcción por un Decreto de 1968. “Hay que decir —advierte— que se invoca un precepto legal general, el del artículo 35 del Código civil, pero su misma generalidad, su carácter abstracto e inespecífico le ha hecho escasamente operativo”.

Pues bien, según GARCÍA DE ENTERRÍA “el artículo 34 de la Constitución ha venido a romper con acierto y lucidez todo ese corsé absolutamente inadmisibile que ha venido aho-

gando hasta la fecha, desde hace más de cien años, todo el derecho de fundaciones. No puede ya más considerarse, no puede concebirse en modo alguno este derecho fundamental de fundaciones como una excepción rigurosamente administrada respecto de una prohibición general, sino que el derecho de fundación, por el mero hecho de su incorporación al catálogo de los derechos fundamentales, ha pasado a ser hoy la regla general, no la excepción de una prohibición. De tal manera que, como ocurre con las instituciones jurídicas de esta naturaleza, hoy las limitaciones de este derecho no se presumen, tendrán que justificarse por una ley formal expresa, ley que, además, deberá preservar su *contenido esencial*, todo según dispone el artículo 53.1 de la Constitución. Del hecho de la calificación de este derecho nada menos que como derecho fundamental, es decir, como un derecho que el artículo 10.1 de la Constitución llama *fundamento del orden jurídico y de la paz social*, resulta que precisamente se ha erigido en principio general él mismo, con una importancia destacada en el conjunto del ordenamiento.

321

“Hoy lo normal no será restringir, condicionar, limitar, ese derecho, fiscalizarlo hasta el extremo, en nombre de su configuración como una excepción puramente casuística a una regla general, sino que, tratándose de un derecho fundamental, la actitud general de los poderes públicos tiene que cambiar radicalmente; su actitud habrá pasado a ser la de la protección, la del estímulo, la de buscar su mayor efectividad, no por ninguna razón teórica, sino porque lo impone así, en estrictos términos de derecho, el artículo 9.2 de la propia Constitución: Corresponde a los poderes públicos –dice el precepto– promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Todos y cada uno de esos conceptos resultan aplicables al derecho de fundación como derecho de libertad. Esa liber-

tad, la que alude al artículo 9, no es un simple *nomen juris* abstracto, vagamente retórico; esa libertad es, por de pronto, la libertad desenvuelta a lo largo del Título I de la Constitución, bajo la etiqueta de derechos fundamentales y entre ellos, por tanto, el derecho de fundación. El mandato constitucional es inmediatamente operativo y rige, por consiguiente, también respecto del artículo 34”.

Y más adelante, señala que, por consiguiente, “hoy, el derecho de fundar entendido como derecho subjetivo de establecer una organización con personalidad jurídica a cuyo sostenimiento se afecta un patrimonio de forma permanente y cuyos fines han de ser necesariamente de interés general, ese derecho no se puede limitar al estrechísimo, al rigurosísimo cuadro normativo existente”.

322

En esa línea, opina: “Hoy, entiendo que vale constituir fundaciones para cualquier fin, siempre que sea de interés general, que es la única exigencia del artículo 34 de la Constitución, que se impuso durante el debate constitucional, durante la elaboración del texto constitucional en el Senado” ... “¿Qué fines pueden ser los de interés general? La cláusula es abierta, como se comprende: cualquiera. Hoy el principio de tipificación de las fundaciones ha desaparecido. Puede haber una fundación, y de hecho la hay, yo mismo soy patrono de una de ellas, para la protección del medio ambiente. Y esto no es ni benéfico, ni cultural, ni laboral, ni de construcción. Pero, está evidentemente dentro del marco abierto por el artículo 34. Puede haber perfectamente, a mi juicio, una fundación que organice prestaciones sanitarias no benéficas, lo cual, siempre que sea de interés general, y en principio la asistencia sanitaria lo es, entiendo que es un fin perfectamente lícito, que entra dentro del ámbito abierto por el artículo 34 de la Constitución”.

Entre aquello que él señala que sería anticonstitucional que lo impusiera el legislador, interesa para este dictamen reproducir los siguientes incisos de este importante artículo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA:

“Por supuesto, tienen que desaparecer definitivamente los últimos vestigios de la regla de la desamortización, aún cuando deban guardarse cautelas para evitar las vinculaciones, familiares o personales, no incluidas en el ámbito del *interés general* que el artículo 34 establece como el propio de las fundaciones”

“A través de cláusulas resolutorias de la fundación, de disolución de la misma, a través, en el caso de las fundaciones culturales, del Reglamento de 1972, que finalmente ha venido a admitirlo por vez primera en nuestra normativa, hay que estimular las llamadas fundaciones receptoras o de aportación diferida o continua. E incluso aquí entra el problema de la fundación empresa...”.

JOSÉ MARÍA TOMÁS Y VALIENTE, Presidente que fue del Tribunal Constitucional, en esa misma línea explicaba (“Constitución, fundaciones y sociedad civil”, *R.A.P.* 122) cuales estimaba las notas configuradoras del derecho de fundar que el legislador debe respetar, a saber:

a) El derecho de fundar implica el de crear la persona jurídica de la fundación. Esta nace por un acto de disposición del fundador o fundadores.

b) El derecho de fundación es un derecho de libertad y más en concreto una manifestación de la autonomía de la voluntad de un propietario sobre sus bienes o parte de ellos.

c) El fin de la fundación ha de ser de interés general, lo cual no excluye la idea de beneficio patrimonial, pero sí la de lucro como fin real de la fundación.

d) La Constitución no delimita, clasifica o denomina cuales sean en concreto los fines de interés general, lo que obliga a pensar que su determinación queda a merced de la voluntad del fundador, pero sí exige que sean de interés general”.

Algo más restrictivo me parece que es el criterio de JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS quien ha dicho (*cfr.* su conferencia “La nueva ley de fundaciones en el marco constitucional y en el

derecho comparado”, Ciclo de conferencias *La Ley 30/1894 de Fundaciones*, Real Academia de Jurisprudencia, con el mecenazgo de la Fundación Ramón Areces, 1995, pendiente de publicación), “que la Constitución garantice tan sólo las fundaciones para fines de interés general no significa, en mi opinión, que el legislador no puede reconocerlas, con las restricciones que en este caso, por supuesto, considere procedentes y sin que en ningún caso, por el hecho de así hacerlo, pasen a disfrutar tales fundaciones de una garantía que vaya más allá de lo que la ley puede prever en un momento determinado, pudiendo ésta ser modificada y en consecuencia acordar de nuevo la prohibición de las mismas”.

324

En cambio JOSÉ LUIS ALVÁREZ ALVÁREZ, en su conferencia dada en el mismo curso (*El patronato y el gobierno de las fundaciones*, I), partiendo como base del artículo 34 de la Constitución, ha razonado:

“La sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1988 afirma que «el artículo 34 de la Constitución se refiere sin duda al concepto de Fundación admitido de forma generalizada entre los juristas, y que considera a la Fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general». Es decir, daba por sentado que la Constitución utiliza el término fundación, y por tanto el derecho a fundar, en el sentido que tiene acuñado ya antes de esta ley nuestro derecho. Y lo que reconoce es el derecho del ciudadano a crear una fundación sin otro límite que el de que sea para fines de interés general, y, por lo tanto, que es al fundador al que corresponde ordenar la fundación conforme a su voluntad, sin otro límite que el señalado, y con arreglo a la ley. Pero ésta debe tener también unos límites que son: respetar el derecho a fundar, la libertad del fundador y que no se use ese derecho para crear algo que no sea una fundación en la forma y fondo acuñados por la doctrina jurídica”.

“Digo esto porque los criterios que inspiran a veces a los autores de la ley hacen temer que éstos hayan olvidado el principio fundamental y llevados de la prepotencia de la condición de legislador, parece como si la ley pudiera poner límites a la amplia facultad reconocida en la Constitución. Buen ejemplo de ello es el artículo 1.2, que después de decir que «las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador», que es lo que se deduce del derecho tradicional y de la Constitución, y «por sus estatutos» que también hace el fundador, añade: «y en todo caso por la presente ley» y en este párrafo ya no estoy de acuerdo. Es evidente que las fundaciones requieren un desarrollo legal, para encajarlas en su naturaleza, para evitar un desorden grave, para asegurar que se cumplan fines de interés general, para reflejarlas en unos Registros, para evitar que se puedan convertir en una figura fraudulenta que perjudique derechos necesarios o se conviertan en una forma de evadir impuestos. Pero lo que no puede hacer el legislador es suplantar, limitar o eliminar la voluntad del fundador que acaba de reconocer como norma máxima rectora, siempre que se mantenga dentro de lo que es una fundación. Y esta idea es la que creemos que se debe precisar siempre para que la interpretación y aplicación de la ley se encuadre dentro del derecho de fundar reconocido constitucionalmente a los ciudadanos”.

2.º Con esa perspectiva, la Ley 30/1994 no puede limitar la facultad de fundar a término o bajo condición ni impedir que el dotante “inter vivos” o “mortis causa” establezca la reversión en ciertas circunstancias de lo donado o dejado en testamento a la fundación.

Lo examinado en el apartado anterior acerca de lo que a este respecto hemos dicho del derecho antes vigente, en la cuestión enunciada en este epígrafe, parece pues, que no puede ser modificado, dentro del marco constitucional, por la Ley 30/1994, pues ésta en dicho caso, incurriría en inconstitucionalidad, ya que restringiría lo que, “de forma ge-

neralizada”, aunque no sea unánime, venía considerándose posible. Por esto, creo que en eso, esta Ley no puede ser interpretada en un sentido que sería restrictivo de lo anteriormente aceptado en general por los juristas y por el Tribunal Supremo. Recordemos que GARCÍA DE ENTERRÍA (*loc. cit.*, p. 249) ha hecho notar que ha sido fórmula admitida por el Reglamento de fundaciones culturales de 1972, en la constitución de fundaciones, la de establecer “cláusulas resolutorias de la fundación en caso de disolución de las mismas”.

326

En concreto, la FUNDACIÓN F fue de hecho clasificada e inscritos sus estatutos, con la antes expresada redacción de los artículos 15 y 27, es decir con duración de veinte años prorrogables y con reversión de sus bienes al Banco fundador, siendo esto entonces algo admitido. Después nos ocuparemos, además, de si esto pudo modificarse conforme el principio de la irretroactividad de las leyes. Aquí lo aducimos como muestra de que esto se halla comprendido en el concepto de fundación que era de “admisión generalizada” en el ámbito jurídico.

Por otra parte, la Ley 30/1994 no ha derogado los artículos 39, 641, 647 y 790 en relación con el 781 C.c. Las fundaciones temporales así como las de rentas temporales o perpetuas pueden responder a objetivos coyunturales, que no hay porque desatender, y, por otra parte, pueden corresponder a las posibilidades de algunos fundadores potenciales, tanto más tratándose de Bancos o empresas, que pueden prever períodos de vacas gordas y de vacas flacas, y que con una buena política legislativa previsoras no hay razones para desatender sino, todo lo contrario, se ha de advertir que pueden prestar servicios el interés general, que no hay razón alguna para desperdiciar.

Es más, según la Ley 30/1994, “*la fundación podrá estar constituida por toda clase de bienes y derechos*”.

No se plantea pues otra cuestión sino la de que el protectorado califique su adecuación y suficiencia para constituir

el objeto de la fundación, puesto que, según el artículo 10, 1: *“La dotación, que podrá consistir en derechos y bienes de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales”*; y conforme el artículo 17, 1: *“El patrimonio de la fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos”*.

Puesto que los derechos pueden ser de cualquier clase, cabe que consistan en usufructos –derecho sustancialmente temporal– o en rentas temporales o vitalicias. Así, el artículo 3, 1, del Reglamento del Registro de Fundaciones de 1996 de competencia estatal, indica que se inscribirán en él: *“La constitución, modificación y extinción de cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general”*.

Por otra parte, incluso, el artículo 20 de la Ley previene: *“la aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requerirá la previa autorización del Protectorado”*. Lo cual implica que, aun en ese caso, los bienes así gravados pueden integrar el patrimonio de la fundación.

En suma, siendo así, la extinción de la fundación por expiración del plazo y las dotaciones temporales o los bienes y derechos afectos a reversión al fundador o a terceras personas físicas o jurídicas, da lugar a que tal patrimonio dotado y esos bienes dejen de integrar el patrimonio de la fundación al extinguirse ésta, del mismo modo que los bienes sujetos a reversión, fideicomisos, sustituciones fideicomisarias o reservas sucesorias no forman parte de la herencia del donatario, ni por lo tanto del heredero o legatario gravado ni del reservista; y, por lo tanto, no integran el caudal repartible. Asimismo, los bienes o derechos que la fundación tenga a término o bajo condición extintiva cumplida o sujetos a reversión no pueden integrar, una vez disuelta aquélla, el patrimonio objeto de la liquidación a la que se refiere el artículo 31, 2, de la Ley 30/1994.

Por lo demás, el artículo 1, 1, al definir las fundaciones las describe como *“organizaciones constituidas sin ánimo de*

lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general". Es decir, las fundaciones requieren la afectación "de modo duradero"; pero no dice que deba ser de modo "perpetuo", ni siquiera "ilimitado" o "indefinido", "irreversible", "definitivo", o "no temporal", aunque sí haya de ser "duradero".

En el antes referido ciclo de conferencias en la Real Academia de Jurisprudencia, el notario de Bilbao JUAN IGNACIO GOMEZA VILLA (*Comparación de la Ley de fundaciones del País vasco con la Ley 30/1994, 4 Dotación fiduciaria y dotación temporal*) ha defendido la posibilidad de constituir fundaciones, ya sean éstas fiduciarias o bien autónomas; y dijo: "Corresponderá a los juristas construirla adecuadamente, teniendo en cuenta todos los intereses en juego, y a los tribunales corregir el abuso o mal uso de la misma, pero en ningún caso renunciar anticipadamente a su admisibilidad, cuando se encuentra fundada en una justa causa, como es contribuir al desarrollo de la voluntad dotacional".

JORGE CAFFARENA, en la última conferencia del ciclo organizado por la Real Academia de Jurisprudencia (*La extinción de las fundaciones y el destino de los bienes La fundación extinguida en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*), entiende que el artículo 31, "pretende fundamentalmente" que "se tenga en cuenta y se respete la voluntad del fundador", pero "establece un límite a dicha voluntad: el destino de los bienes ha de ser una entidad o unas entidades sin ánimo de lucro que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquélla. Aunque no lo dice el precepto literalmente, a la vista del fin que persigue el artículo debe entenderse que es preciso que la entidad que perciba los bienes de los destinatarios tenga, a su vez, afectado su patrimonio a la consecución de fines de interés general incluso para el supuesto de su disolución y así suce-

sivamente. Se trata con la norma de que los bienes fundacionales queden adscritos definitivamente a la realización de fines de interés general”.

Como vemos, JORGE CAFFARENA, además de decir aquí lo que no dice la Ley, que los bienes fundacionales queden adscritos “*definitivamente*”, no distingue el destino previamente delimitado de los bienes dados a la fundación como dotación por su donante o testador y el destino previsto por el fundador de los bienes integrantes del patrimonio remanente de la fundación disuelta.

Por el contrario, según considera JUAN IGNACIO GOMEZA VILLA: “Tampoco parece que la reversión constituye una carga contraria a un fin fundacional que exige la autorización del protectorado para su aceptación en las fundaciones de sujeción a la Ley estatal. La reversión en sí misma no desnaturaliza el fin cultural benéfico de investigación de una fundación. Tan sólo limita el patrimonio de la misma en función del evento restitutorio, y en su caso podrá ser causa de disolución de la Fundación por imposibilidad del cumplimiento del fin. Pero el agotamiento o consumo de los medios, también en sí mismo es causa de extinción de la fundación por lo que no parece que haya una incompatibilidad de la reversión con el fin fundacional, que impida la aceptación de una donación con esta cláusula por una fundación”.

329

Y unos párrafos después recalca: “Los bienes sujetos a estas limitaciones no quedan por tanto en el RESULTADO de la liquidación, ya que tienen su camino predeterminado con anterioridad al mismo, y por otro lado no impiden que los efectivamente RESULTANTES de la liquidación quedan afectos a los fines de interés general”.

Estoy plenamente de acuerdo con estas afirmaciones de GOMEZA VILLA, como antes he razonado.

No obstante, en contra de este criterio, podría argüirse la disposición transitoria primera 2, aplicable a las fundaciones constituidas a fe y conciencia, según la cual: “*transcurri-*

dos dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente” quedan “sin efecto desde esa fecha las disposiciones estatutarias que se la opongán”.

Luego examinaremos esta objeción; pero anticipo que la no admisión de la reversión puede ser inconstitucional y, tanto más, la aplicación retroactiva de esa no admisión.

3.º Cual es la posición de la Ley 30/1994 ante la previsión de que el patrimonio de una fundación disuelta revierta al fundador o a sus sucesores.

Con referencia a la legalidad anterior a esta Ley de 1994, hemos tratado de esta cuestión en el apartado I, 2.º, entendiendo que, a excepción de los bienes sujetos a reversión o los a ella donados o dejados en testamento por otra persona o los destinados para ser distribuidos sin haberlo sido, deben tener al liquidarse el destino predeterminado en los estatutos de la fundación.

330

En la nueva Ley, su artículo 31, 2 declara: *“Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el estatuto de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al protectorado cumplir ese cometido”.*

Hemos visto antes que CAFFARENA ha entendido esta norma en el sentido imperativo aun en contra de las previsiones estatutarias, y no como supletorio de éstas. Sin embargo, el artículo 42, 1, de la Ley 30/1984 señala como requisito e para disfrutar del régimen fiscal previsto en ella: *“Aplicar su patrimonio, en caso de disolución, a la realización de fines de interés general análogos a los realizados por las mismas”.*

Por lo tanto, esta norma presupone la posibilidad de fundaciones sin los beneficios fiscales otorgados por la Ley, cuando sus bienes no tengan el destino liquidatorio indicado en el artículo 31, 2. Es decir, según esta Ley –como ha advertido GOMEZA VILLA– esas fundaciones siguen siendo posibles y efectivas, pero no beneficiadas fiscalmente.

Claro está que algunas disposiciones transitorias de la Ley 30/1994 parecen negar, en este punto, la vigencia de los estatutos de la fundación, como veremos en el apartado siguiente.

Pero por otra parte, los derechos de reversión y el destino de los bienes de una fundación sometida, ella misma o la adquisición de aquellos bienes, a término final o condición resolutoria, se hallan fuera de la disponibilidad del patronato y menos aun del protectorado, pues desde el principio corresponden al fundador dotante, o al donante o a los causahabientes del testador *de cuius*. Derechos de los cuales, constitucionalmente, es una evidencia que no puede privarles ley alguna.

331

4.º *El principio de la irretroactividad de las leyes en la Ley 30/1996.*

Es probable que cuanto hemos dicho en los epígrafes II, 1 y 2 no corresponda el criterio de la Administración pública y, tal vez, pueda temerse que no sea aquel que en el futuro prevalezca en los tribunales, en especial en el Tribunal constitucional. Por ello, conviene examinar cuanto se refiere a la irretroactividad de las leyes y, concretamente, a cual es la aplicación de la misma hecha en las disposiciones transitorias de la Ley 30/1994.

La Constitución española de 1978 en su artículo 9, 3 dice:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales la seguridad jurídica, la

responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Y el artículo 2, 3 del Código civil declara:

“Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”.

Como se ve, la disposición constitucional del artículo 9, 3, es más rotunda que la del Código civil; pues garantiza, incluso *contra legem*, la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales (S.T.S. 23 de octubre de 1982, Sala 3.^a, y S.T.S. de 12 de julio de 1985, Sala 1.^a).

La Ley 30/1994, en relación a esta materia, dispone:

— *Disposición transitoria primera fundaciones preexistentes.*

“1. Las fundaciones preexistentes de competencia estatal, constituidas a fe y conciencia, estarán sujetas a los preceptos de la ley salvo aquellas cuya aplicación suponga, en virtud de lo dispuesto expresamente por el fundador el cumplimiento de una condición resolutoria que implique la extinción de la Fundación.

»2. Respecto de dichas fundaciones, el artículo 31. 2 sólo será de aplicación transcurridos dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, quedando sin efecto desde esa fecha las disposiciones estatutarias que se le opongan”.

— *Disposición transitoria segunda. Adaptación de Estatutos de fundaciones y asociaciones de utilidad pública.*

“1. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley las fundaciones ya constituidas deberán adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en la misma y presentarlos en el Registro de Fundaciones.

»Excepcionalmente, el protectorado, a solicitud razonada del patronato, y cuando consten acreditadas circunstancias que objetivamente lo justifiquen, podrá prorrogar hasta un máximo de dos años más dicho plazo”.

.....

»3. Transcurrido el plazo previsto en el apartado 1, las fundaciones reguladas en los apartados anteriores, en tanto

no cumplan las obligaciones previstas, no podrán gozar de los beneficios fiscales contemplados en la legislación vigente ni obtener subvenciones y ayudas estatales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27, 3 de esta Ley”.

Del examen del texto transcrito resulta que, a *contrario*, es deducible de la disposición transitoria primera, que el artículo 31, 2 se debe aplicar retroactivamente a todas las fundaciones excepto las constituidas a fe y conciencia, en el caso de que su aplicación a éstas *“suponga en virtud de lo dispuesto expresamente por el fundador el cumplimiento de una condición resolutoria que implique la extinción de la fundación”*, y esto siempre que de esa facultad hagan uso en el término de dos años de la entrada en vigor de la ley.

Pero, ocurre que existen fundaciones no constituidas a fe y conciencia que también tienen toda su dotación o algunos bienes integrantes de su patrimonio sometidos a reversión, el ejercicio de lo cual puede mermar el patrimonio de la fundación hasta provocar incluso su extinción. Aun siendo así, acaso ¿debe entenderse que a estas fundaciones se las aplica inmediatamente la norma del artículo 31, 2?

No olvidemos que la Ley 30/1994 no ha derogado los artículos 39, 641, 647 y 790 C.c.; y que el derecho a la reversión es un derecho nacido a la par de la transmisión de los bienes a la fundación y que es inherente a ellos. Tampoco se puede olvidar que el principio de la irretroactividad de las leyes tiene aplicación concreta a los derechos ya “nacidos” cuando ellas entraron en vigor (S.T.S. de 28 de octubre de 1928; y F. DE CASTRO, Parte General, vol. I, 3.^a ed., p. 742 y s.). El mismo Tribunal Supremo ha dicho que la regla general es la irretroactividad y que de no ser un derecho nuevo debe atenderse a la fecha de la originación del derecho para determinar cuál es la norma que le es aplicable.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la disposición transitoria segunda 3, priva de los beneficios fiscales, a las fundaciones que no adaptan sus estatutos a la Ley en el

plazo señalado, y debe ponérsela en relación con el artículo 42, 1, e, que deniega el régimen fiscal favorable, concedido en el título II, a aquellas fundaciones que no cumplan el requisito de *“aplicar su patrimonio, en caso de disolución, a la realización de los fines de interés general análogos a los realizados por la misma”*. Lo cual parece claro que implica la posibilidad de que las haya sin reunir ese requisito fiscal que, por ello, tendrán esa sanción de quedar privada de los “beneficios fiscales” y, también, la de no obtener “subvenciones y ayudas estatales”, como concordantemente dice la disposición transitoria segunda 3. Pero que no por esto dejarán de ser válidas y lícitas civil y administrativamente.

Nótase que tanto esa norma transitoria segunda 3 como la del artículo 42, 1, e, no son sólo referibles a los derechos de reversión, sino más propiamente a las disposiciones estatutarias que señalan el destino del patrimonio de la fundación extinguida fuera del ámbito del artículo 31, 2; y que éste último no puede comprender los bienes sujetos a reversión puesto que extinguida la fundación quedan fuera del patrimonio que se halla sujeto a la liquidación que previene esta norma del artículo 31, 2.

La referencia que esta disposición transitoria segunda, 3, efectúa al artículo 27, 3, sólo puede ser aplicable al supuesto del mismo artículo 27, 1, de modificación de los estatutos *“siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador, en cuyo caso requerirá autorización expresa del protectorado”*. Por lo tanto, éste no puede caber en contra de preceptos sustanciales limitativos de la fundación misma, como son plazos, condiciones o reversiones.

Siendo así, la norma de la disposición transitoria primera, sólo puede estimarse aplicable a las fundaciones constituidas a fe y conciencia que en el plazo de dos años no ejerciten la condición resolutoria prevista en el apartado 1 de la misma disposición, que por ello dejarán de ser “a fe y conciencia” entendiéndose consentida esa pérdida por el

hecho de no haber ejercitado en ese plazo la condición resolutoria.

Los estatutos de la Fundación F contienen una previsión de reversión en su artículo 27 inicial, hoy 28; pero no puede ser considerada constituida a fe y conciencia, pues no señala como causa de extinción y de reversión de los bienes la intervención del protectorado en los actos de disposición de los bienes de la fundación que efectúe el patronato, que era la característica específica de las fundaciones constituidas a fe y conciencia, no sólo imponiendo la venta de los bienes inmuebles y su inversión en láminas del Tesoro, sino incluso accionando contra los actos de disposición efectuados por el fundador o el patronato.

Por ello, no está sometida a la disposición transitoria primera sino a la segunda; pudiendo, por lo tanto, mantener la reversión a favor del Banco fundador de su patrimonio previsto para cuando se extinga pero, en ese caso, dejaría de gozar de los beneficios fiscales contemplados por la legislación vigente y no podría obtener subvenciones ni ayudas estatales.

Es de interés aquí el dictamen de Consejo de Estado 132/95/M.M., de fecha 6 de abril de 1995, referente a la pretensión de la "Fundación Banesto —que se informó negativamente— de disolverse y de que sus bienes revirtieran al Banco fundador. Es de notar que según el dictamen: "La reversión de un patrimonio fundacional a los fundadores de estas entidades no es, ciertamente, una cláusula distintiva de la «Fundación Banesto» y ha sido admitida por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1987, que funda aquélla en la prevalencia de los preceptos del Código civil sobre los anteriores de la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849. Mas, a juicio del Consejo de Estado, no es ese el ámbito concreto que concierne al expediente sometido a consulta. En éste, en efecto, no se trata de analizar la validez de una cláusula de reversión sino la aplicación de la misma en el supuesto concreto de extinción que se invoca".

Lo que el Consejo de Estado dictaminó desfavorablemente fue la posibilidad de que “Fundación Banesto” se disolviera: “En primer lugar, porque el artículo 31,2 de la Ley, que impide con carácter general esa reversión a los fundadores, sólo será de aplicación «transcurridos dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley» (disposición transitoria primera). Pero en segundo lugar y con carácter más fundamental en el presente caso, porque la reversión a la entidad fundadora sólo tendría lugar en el supuesto de «cambio normativo sustancial» y no en cualquier otro, por lo que, afirmada la inexistencia efectiva de tal cambio, no resulta de aplicación, sin perjuicio de su vigencia, lo previsto por el artículo 28 de los estatutos de la fundación”.

336 **III. Situación de derecho, respecto al destino de los bienes de la Fundación E, en caso de extinción, si le es aplicable la Ley del País Vasco 12/1994 de 17 de junio**

La nueva Ley de fundaciones del País Vasco, redactada siguiendo la pauta de la Ley estatal 30/1994, presenta respecto de ésta, en la cuestión objeto de este dictamen, las siguientes similitudes y particularidades.

—Según el artículo 9, 1: “*La dotación patrimonial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación...*”.

En consonancia, el artículo 20, 1 dice: “*El patrimonio de la fundación puede estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica*”.

En esto no se aprecia diferencia con la Ley estatal 30/1994.

En cambio, sí la hay por la mayor amplitud con la cual el artículo 21 dice: “*Los representantes de la fundación podrán aceptar o repudiar herencias legados o donaciones siem-*

pre que lo consideren conveniente para la fundación, pero deberán ponerlo en conocimiento del protectorado, que podrá ejercer judicialmente las acciones de responsabilidad procedentes frente a los miembros del órgano de gobierno cuando de su actuación se derive algún perjuicio para aquella”.

Es decir, no se advierte limitación alguna para aceptar herencias, legados y donaciones de toda clase sin necesidad de autorización del protectorado, aunque sean a término, bajo condición resolutoria o sujetas a reversión.

No hay tampoco obstáculo alguno en que la extinción de las fundaciones se prevenga en caso de vencimiento del término establecido o de la condición impuesta en la escritura de constitución. No lo hay, por lo que dice el artículo 33 *a* y *b*, éste por su remisión al artículo 39 C.c. que también la señala *“Por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente”*.

En cambio su artículo 35, 2, es paralelo al artículo 31, 2 de la Ley estatal 30/1994, pues dice: *“Los bienes y derechos que resulten de la liquidación fundacional serán destinados a otras entidades o actividades de interés general que haya ordenado el fundador o los Estatutos o que determinen los miembros del órgano de gobierno de la fundación si estuviesen para ello autorizados por aquél o éstos...”*. Pero, a diferencia de las dudas y posibles contradicciones que presentan las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley estatal 30/1994, resulta clara la disposición transitoria primera 1, de la Ley vasca, que previene: *“En el plazo de dos años, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las fundaciones sujetas a la misma constituidas con anterioridad deberán adaptar sus respectivos estatutos a los preceptos de ésta salvo aquéllos cuya aplicación conlleve, según la voluntad del fundador, el cumplimiento de una condición resolutoria que implique la extinción de la fundación...”*.

Estos artículos 35 y disposición transitoria primera 1, pueden examinarse independientemente uno del otro y, sin em-

bargo, deben ineludiblemente ponerse en relación. Efectuaré ambos exámenes; pero, antes, estimo que es preciso examinar las pautas interpretativas que son específicas del derecho foral País Vasco, aunque las creo comunes a los demás derechos especiales o forales hispánicos.

A este respecto la *Ley del derecho civil foral del País Vasco*, en su artículo 4.º, inciso primero que es de aplicación general en todo el País Vasco, dice:

“De acuerdo con el principio de la libertad civil tradicional en el derecho foral vasco, las leyes se presumen dispositivas; ...”.

A la par, la Exposición de Motivos de la Ley de fundaciones del mismo País Vasco indica que su normativa responde a este principio, así como a la naturaleza del derecho de fundación y a su reconocimiento por la Constitución. A este respecto espigamos algunos incisos de esta exposición.

338

Resalta uno “la naturaleza dual del derecho de fundación, en el que confluyen múltiples aspectos de tipo político, administrativo, civil, etcétera, cabalgando entre lo público y lo privado. A este respecto es preciso subrayar que las fundaciones son entidades jurídicas de derecho privado pero erigidas para la consecución de un interés general o público” ... “Por todo lo cual deviene consecuencia obligada el sometimiento a la tutela y protección de los poderes públicos como garantía de la voluntad fundacional plasmada en una finalidad de interés general”.

Que, “tomando como punto de partida la definición constitucional del derecho de fundación respecto al núcleo o contenido esencial inducido del ordenamiento jurídico vigente, se aborda la regulación contenida en la presente ley...”.

Que las fundaciones “emergen como un instrumento idóneo de participación de la sociedad civil en ...”.

Que, “la presente ley quiere regular las fundaciones del País Vasco con criterios de libertad, responsabilidad y flexibilidad, frente a las restricciones actualmente imperantes”.

“En función de la filosofía eminentemente liberal adoptada, se vertebraba la figura jurídica de la fundación atendiendo a dos líneas fundamentales. Por una parte, el respeto a la voluntad del fundador, y por otra, la nueva configuración que se otorga al protectorado, que pasa de un régimen tradicional de autorizaciones (control «ex ante») a otro de aprobaciones y comunicaciones (control «ex post»), dotando a las fundaciones de una gran autonomía, correlativa al régimen de responsabilidad de los patronos y gestores”:

Que “en lo que a la dotación respecta se introducen elementos novedosos que permitirán ejercer el derecho de fundar en términos de gran elasticidad y efectividad, desde el enunciado de su integración por cualesquiera bienes o derechos suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación hasta la posibilidad de aportaciones sucesivas, con la fijación de un plazo de realización flexible en función de la naturaleza de los bienes objeto de la misma”.

339

Y, respecto al protectorado, indica que “de la filosofía en que se inspira la ley no podía desprenderse, obviamente, sino un protectorado ágil y moderno con misión de ayudar a las fundaciones en su tarea de llevar a cabo los fines fundacionales con eficacia. Por ello, se configura como un órgano administrativo eminentemente asesor e informador, sin perjuicio de las funciones de supervisión” ... “De este modo, las atribuciones administrativas quedan limitadas a promover la intervención judicial, en aras del principio de la tutela judicial afectiva, pieza clave del Estado de derecho”.

Con esta perspectiva, *centrada en la libertad civil, característica del derecho del País Vasco y en “la definición constitucional del derecho de fundación y el respeto al núcleo o contenido esencial inducido del ordenamiento vigente”* –antes de la legislación de fundaciones de 1994, se entiende–, parece que el contenido normativo del artículo 35 –tal como yo entiendo el artículo 31, 2 de la Ley estatal– debe considerarse referido solamente al patrimonio de la fundación extinguida sujeto a liquidación después de separar del mismo

los bienes sujetos a reversión o los que –por vencimiento del plazo por el cual se constituyó la fundación o el cumplimiento de la condición extintiva de la misma– deben retornar al fundador dotante o a su donante o *de cuius mortis causa*.

Por lo tanto, la adaptación de los estatutos a la Ley 12/1994 del País Vasco, requerida por la disposición transitoria primera 1 no puede implicar que se excluya derecho alguno de reversión que dimane del fundador dotante o de un donante o testador. Derecho que, por otra parte, no puede considerarse disponible por el patronato de la fundación ni tiene sobre él poder alguno el protectorado.

340 La excepción a la obligación de adaptar los estatutos, que se reconoce a aquellas fundaciones cuando, en caso de imponérsele, se ocasionaría el cumplimiento “*según la voluntad del fundador de una condición resolutoria que implique la extinción de la fundación*”, no puede referirse ni siquiera a los derechos de reversión producidos por vencimiento del término de la fundación o por el cumplimiento de otras condiciones –salvo si se aplican por intervenciones del protectorado de la administración pública prohibidas por el fundador– pues aquéllas quedan fuera de toda posible exigencia de adaptación; y, por ello, sólo se ha podido referir esta exigencia a otras normas estatutarias, como *v.gr.* su configuración a fe y conciencia u otras normas de los estatutos referentes al régimen orgánico de la fundación, a la no intervención del patronato, o relativo a su funcionamiento, contrarias a las normas de la nueva ley.

Es decir conforme la Ley del País Vasco 12/1994, la Fundación F en nada resulta contraria a su régimen dispositivo.

IV. Cuál debe ser la ley aplicable a la “FUNDACIÓN F” y si le cabe alguna opción entre la 30/1994 del Estado y la 12/1994 del País Vasco

La disposición final primera de ésta, “*Aplicación de la Ley*”, señala detalladamente cuál es el ámbito territorial de su aplicación. Por lo demás, es de notar que las normas que hemos tenido que contemplar para emitir este dictamen no están reservadas, según la disposición final primera de la Ley 30/1990, a la competencia estatal en aquellas fundaciones que se rijan por leyes de cualquiera de las Comunidades autónomas que las tengan en esta materia.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 12/1994 dice: “*Se regirán por lo dispuesto en la presente ley las fundaciones que desarrollen sus funciones principalmente en el País Vasco: A estos efectos se estará a lo que dispongan los estatutos o carta fundacional de acuerdo con lo establecido en los apartados c) y d) del artículo 7, 1*”.

341

Y según el artículo 42 de la Ley 30/1990 de ámbito general: “*Las fundaciones tendrán su domicilio social en el lugar donde se encuentre la sede de su órgano de gobierno, que deberá radicar en el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades*”.

La “FUNDACIÓN F” tiene su domicilio en Bilbao y el desarrollo principal de sus actividades se realiza –según dice la solicitud de dictamen– en el ámbito de la Comunidad autónoma del País Vasco.

Siendo así, en cuanto se refiere a la materia objeto de este dictamen debe regirse por la Ley de fundaciones del País Vasco; por lo cual, debe cancelar su inscripción en el registro de fundaciones estatal e inscribirse en el del País Vasco.

CONCLUSIONES

De conformidad a lo examinado, a lo largo de este dictamen, entiendo que de él se desprenden las conclusiones siguientes:

Primera: La “FUNDACIÓN F”, constituida con duración temporal, aunque prorrogable, conforme la legislación vigente con anterioridad a las leyes general y del País Vasco de 1994, conforme a aquélla fue calificada y registrada. En su virtud, como sea que el B, en su condición de fundador y dotante de ella, se reservó unos derechos, éstos, conforme hemos visto, se hallan fuera del alcance tanto del propio patronato de la fundación como del protectorado.

342 Segundo: Estos derechos se hallan amparados por la Constitución de 1978 y no pueden entenderse limitados por la Ley 30/1994 ni por la del País Vasco 12/1994.

Tercero: La FUNDACIÓN F debe regirse por la legislación de fundaciones del País Vasco, pues tiene su domicilio en Bilbao y desarrolla en la Comunidad Vasca la mayor parte de sus actividades.

Cuarto: El derecho de reversión reservado por el B comprende todos los bienes dimanantes por subrogación real del capital aportado tanto por él mismo como por el B', fusionado con el B, que aceptó la absorción de la FUNDACIÓN F' por la FUNDACIÓN F. En cambio, deben comprenderse las rentas no invertidas en fines fundacionales ni destinadas a amortizaciones, pues éstas deberán ser destinadas a las mismas finalidades constitutivas del objeto propio de la fundación.

Este es el dictamen que emito, según mi leal saber y entender, sometiéndolo a cualquier otro mejor fundado.

Madrid, a diez de mayo de mil novecientos noventa y seis.

**INFORME COMPLEMENTARIO DEL DICTAMEN
EMITIDO EL DIEZ DE MAYO DE MIL
NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS POR EL MISMO
LETRADO JUAN VALLET DE GOYTISOLO,
TAMBIEN A SOLICITUD DE LA FUNDACION F**

SOLICITUD DE ACLARACIÓN DE DICTAMEN Acompañada de carta del Presidente de la Fundación F, Excmo. Sr. P el letrado que suscribió la siguiente solicitud:

“La Fundación F desearía conocer si es viable jurídicamente la posibilidad de no adaptar sus Estatutos en los plazos legalmente establecidos a la Ley de Fundaciones del 24 de noviembre de 1994. Somos conscientes de que dicha alternativa supondría, en todo caso, la pérdida del régimen fiscal específico establecido en la Ley de Fundaciones con el subsiguiente sometimiento al régimen fiscal de las Entidades parcialmente exentas (arts. 133 y siguientes de la Ley del Impuesto). Se llega a la conclusión de que la valoración y cuantificación de tal posible alternativa, y la consideración exclusiva del aspecto cuantitativo del sometimiento a tal régimen tributario, puede ser aceptada como vía adecuada para salir del actual “impass”.

343

En tu informe de fecha 10 de mayo de 1996, en primer lugar defendías la posición de que el B, en su condición de fundador y dotante de la Fundación temporal F, se reservó el derecho de reversión de su patrimonio, y tal derecho se halla fuera del alcance tanto del Patronato de la Fundación, como del Protectorado. En segundo lugar, sostenía que tal derecho se halla amparado por la Constitución de 1978 y no puede entenderse limitado por la Ley 30/1994, ni por la del País Vasco 12/1994.

En tal contexto, para el supuesto de que las Administraciones, tanto Estatal como Vasca, no admitiendo nuestros argumentos, consideraran que la Fundación no tiene adapta-

dos sus Estatutos a la legalidad sustantiva vigente, la Fundación desea conocer tu opinión sobre aspectos que ya fueron, cuando menos, apuntados en tu informe de 10 de mayo, pero que, en esta ocasión, solicitamos sean objeto de tu atención preferente, y que tiene que ver con la alternativa ya apuntada de permanencia de la Fundación con los Estatutos actuales en los que se conservara la actual redacción de la cláusula de reversión.

La fundación F desea conocer:

1.º Si desde el punto de vista de ordenamiento jurídico civil y administrativo, sería o no posible que la Fundación F, una vez transcurrido el plazo prorrogado para adaptar los Estatutos, pudiera permanecer como ente con personalidad jurídica, sin ánimo de lucro, patrimonio propio y capacidad de obrar.

344

2.º Si la circunstancia de no adaptar implicará para la Fundación, tan sólo, la consecuencia prevista en la Disposición Transitoria segunda-3, de no poder gozar de los beneficios fiscales contemplados en la Ley 30/1994, ni de obtener subvenciones y ayudas estatales.

3.º Nos interesaría conocer cuál es el sentido o alcance que habría que dar al último inciso de la expresada Disposición Transitoria segunda-3 cuando, textualmente, dice “sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27-3 de la Ley”.

En concreto, se desea conocer cuál es, en tal contexto, el alcance de la posibilidad que tiene el Protectorado de acordar de oficio, o a instancia de quien tenga interés legítimo en ello, la modificación que proceda en los Estatutos de la Fundación.

4.º Si el Protectorado pretendiera una modificación de los Estatutos en el sentido apuntado, ¿sería posible estructurar la defensa de los intereses de la Fundación con la siguiente doble argumentación?

1. Posibilidad de permanencia de la Fundación como ente sin ánimo de lucro, con patrimonio propio y capacidad de obrar, ... y también

2. En todo caso, posibilidad de la defensa, en tal momento, del derecho de reversión en base a la profusa argumentación expuesta en el informe de referencia.

5.º El articulado 9-2 de la Ley 30/1994 dispone textualmente que “toda disposición de los Estatutos de la Fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley *se tendrá por no puesta* salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla”.

Si las Administraciones entendieran que la cláusula de reversión contenida en nuestros Estatutos es contraria a las nuevas leyes de Fundaciones, y se aplicara el contenido del artículo 9-2 transcrito, la cláusula de reversión de la Fundación, desde la perspectiva de la Administración, no tendría validez alguna. En definitiva, se produciría el mismo efecto que si se hubiera eliminado de nuestros Estatutos.

De tal precepto, ¿podríamos considerar que se pueden obtener las siguientes consecuencias?

a) Si la cláusula de reversión, cumplido el plazo para la adaptación de Estatutos, se tiene por no puesta, parece que por disposición legal, y a los ojos de la propia Administración, no sería necesario adaptar los Estatutos en cuanto a tal punto, puesto que la adaptación en concreto se produciría automáticamente por imperativo legal?

b) Tal interpretación puede ser utilizada por añadir un argumento adicional a los apuntados en el apartado 4, para la defensa de la Fundación, ante una hipotética pretensión del Protectorado de modificación de nuestros Estatutos?

c) En definitiva, si la Fundación adoptara la decisión de no adaptar sus Estatutos en cuanto a la cláusula de reversión en concreto se refiere, se podría concluir que admitiendo la pérdida del régimen especial fiscal específico, se esta-

ría consiguiendo un diferimiento *sine die* de la discusión jurídica sobre la validez de la misma.

6.º Por último, la Fundación F desearía conocer, bajo la premisa de no modificar en caso alguno la actual redacción de la cláusula de reversión, si debería adoptar algún acuerdo específico, antes de la expiración del plazo para adaptar Estatutos, que reforzara la defensa de tal cuestión, en su día.

INFORME

346

El preámbulo de la solicitud formulada por la Fundación F, indica que en mi dictamen yo informaba, en primer lugar, que el B, en su condición de fundador y dotante de la Fundación temporal F se reservó el derecho de reversión del patrimonio de ésta en caso de extinguirse, y, en segundo lugar, que tal derecho se halla fuera del alcance tanto del Patronato de la Fundación como de la Administración del Estado; pues su persistencia se halla amparado por la Constitución de 1978 y no puede entenderse limitado por la Ley 30/1994, ni por la del País Vasco 12/1994.

Ciertamente lo estimo así, porque:

1.º El 19 de octubre de 1988 fue constituida la Fundación F, unilateralmente por el B, con una duración de veinte años prorrogables (arts. 15) y estableciéndose en el artículo 27, § final, que en todos los supuestos de extinción de la Fundación, el destino de los bienes fundacionales “será el de entregarlos al Banco fundador, quien en tal supuesto podrá disponer de ellos libremente”. La Fundación con sus estatutos fue calificada e inscrita en el Registro de Fundaciones de Ministerio de Cultura.

2.º Es principio general que la voluntad de fundador es ley de la fundación, naturalmente en cuanto no se oponga a

las leyes imperativas vigentes en el momento de constituirse. Este principio ha sido recordado por el Tribunal Supremo en Ss. 23 de junio de 1964 (Sala 1.^a) y de 6 de junio de 1987 (Sala 3.^a); y, por otra parte, la dotación efectuada a una fundación, *inter vivos*, como *acto de liberalidad por el cual "se dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta"*, es una donación que efectúa el dotante y que él mismo, representando a la Fundación, acepta por el hecho mismo de otorgar la escritura.

3.º Los bienes donados se hallan sujetos a reversión cuando así lo establezca el donante, como admite el artículo 641 C.c., que no ha sido derogado por la Ley 30/1966. Por otra parte, ésta ni ninguna otra ley puede derogar un derecho de reversión establecido con anterioridad por el fundador; pues incidiría en anticonstitucionalidad, conforme el artículo 9, 3 de la Constitución española de 1978, que declara *"la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales"*. La derogación o el desconocimiento de ese derecho significaría, en este caso, la privación al fundador de éste sin *"la correspondiente indemnización"*, en contravención del artículo 33, 3 de la misma Constitución; y, por lo tanto, también por eso incidiría en otra causa de inconstitucionalidad.

347

4.º Las disposiciones de los artículos 31, 2, y 39 de la Ley 30/1994 y 35 de la Ley del País Vasco 12/1994, que determinan el destino de los bienes de una fundación extinguida solamente pueden referirse a los integrantes del patrimonio que reste una vez extinguida la Fundación y que sea objeto de liquidación; pero no a los bienes, derechos o capital sujetos de reversión, sea ésta a favor del donante (donante o testador) o a favor de terceras personas, puesto que esos bienes, al disolverse la fundación dejan de formar parte de su patrimonio, sujeto a liquidación, ya que, al revertir quien corresponda, han salido del patrimonio

de la fundación extinguida y, por lo tanto, no forman parte de él.

Creo que esta perspectiva, sintéticamente expuesta, facilita que resulten con más claridad de las respuestas a cada una de las seis preguntas que me han sido formuladas y que a continuación cumplimiento.

1.º Si la Fundación F dejare transcurrir el plazo prorrogado para adaptar los Estatutos, sin efectuarlo, permanecería viva, puesto que –según el texto de la disposición transitoria segunda 3 de la Ley 30/1994– las fundaciones que se hallaran en esa situación *“no podrán gozar de los beneficios fiscales contemplados en la legislación vigente ni obtener subvenciones y ayudas estatales sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27, 3 de esta Ley”*, reafirmando esta disposición lo que similarmente previene el artículo 42, 1, e.

348

2.º Queda contestada en la respuesta 1.ª

3.º El artículo 27, 3, de la Ley 30/1994 se refiere a la posibilidad de que el Protectorado –ya sea de oficio o bien a instancia de parte– acuerde la modificación de los estatutos de una fundación *“siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador en cuyo caso requerirá autorización expresa del protectorado”*. Pienso que en el caso examinado esto no puede efectuarlo el Patronato, ni autorizarlo el Protectorado (*cfr.* S.T.S. de 26 de junio de 1964), pues afecta a un derecho ajeno, al corresponder al fundador-dotante solo disponible por él tratándose de suprimir o modificar normas sustanciales limitativas de la misma fundación, como plazos, condiciones o reversiones, puestos por el fundador dotante, y tanto más cuando éstas implican reservas de derechos a favor del mismo, que sólo el puede renunciar o modificar. A mi juicio, esto resulta indudable por las razones expuestas en el preámbulo de este dictamen.

4.º Si el Protectorado pretendiere imponer una modificación de los Estatutos en el sentido de excluir de ellos la cláusula reversional a favor del Banco B, la Fundación F podría rechazar esta pretensión, oponiendo las razones siguientes:

a) Basándose en que el artículo 42, 1, e de la Ley, impone a las fundaciones que no se ajustaren a la Ley la pérdida de los “beneficios fiscales” y de las “subvenciones y ayudas estatales”. Razón por la cual, consecuentemente, presupone su continuidad como tal fundación con su calificación cultural o benéfica aunque con pérdida de aquellos beneficios.

b) Arguyendo las cuatro razones expuestas –en síntesis– en el preámbulo de este informe y reiteradas en la respuesta 3.^a

5.º En el caso de que la Administración pretendiere apoyarse en el artículo 9, 2 Ley 30/1994 para considerar inexistente la cláusula de reversión; estimo lo siguiente:

a) Si bien en caso de tenerse por no puesta esa cláusula sería innecesaria la modificación de los estatutos, en cambio podría la Administración argüir para pretender la caducidad del derecho de reversión. Ciertamente, por las razones antes expuestas, esta pretensión podría rechazarla el Banco fundador; pero, en ese caso, se vería obligado a tomar la iniciativa en defensa de su derecho.

b) Por otra parte, por esa misma razón (acabada de aducir bajo la letra a) no creo conveniente que la Fundación dé lugar a que se origine esta situación.

c) Ciertamente, creo que si la Fundación adoptara la decisión de no adaptar sus Estatutos, en cuanto se refiere en concreto a la cláusula de reversión, se podría concluir que resignándose a admitir la pérdida del régimen especial fiscal específico de las fundaciones calificadas, se conseguiría diferir *sine die* la discusión jurídica acerca de la validez de la reversión. Pero, dudo que esto sea lo más conveniente a

la Fundación; y sugiero que, tal vez, podría ser preferible adaptar los Estatutos a la Ley, pero efectuando una salvedad con respecto al mantenimiento en vigor del actual artículo 27, § final, de los estatutos, que establece el derecho de reversión a favor del Banco fundador.

Esta salvedad podría consistir en considerar que, dado que el artículo 641 C.c. sólo prevé el derecho de reversión respecto de los bienes donados, y no sobre otros bienes de distinto origen (como son los que hayan incrementado el patrimonio de la Fundación), cabría modificar la cláusula de los estatutos tan solo en cuanto a la diferencia que exista entre el importe actualizado de la aportación del Banco fundador y el patrimonio que al extinguirse la Fundación le restare, razonando que el Patronato no puede disponer acerca de la reversión de lo aportado por dicho Banco, por las razones que antes se han resumido en el preámbulo de este informe y que vienen reiterándose. En ese caso, incluso creo que podría defenderse que no se perderían los beneficios fiscales que la Ley concede.

350

Aunque en mi dictamen he sostenido la no retroactividad de la Ley 30/1994, razón por la cual entiendo que el artículo estatutario que contiene el derecho de reversión sigue íntegramente efectivo; en cambio, creo más discutible y dudoso –a pesar de las razones que expuse en mi dictamen y mantengo– que el montante de lo sujeto a reversión pueda extenderse a todo aquello del patrimonio de la Fundación que exceda de lo aportado como dotación, eso sí siendo actualizado el importe de ésta atendiendo a la depreciación sufrida por la moneda. Si puede cederse o no en lo que se refiere a la exclusión de la reversión de ese exceso, deberá ponderarlo el Patronato consultando con el B.

La propuesta de adaptación de este artículo 27, § final, podría tener la siguiente o parecida formulación:

“En todos los supuestos de extinción de la Fundación, el destino del importe de la dotación del Banco fundador, actualizado atendiendo a la depreciación monetaria producida

en estos años, debe revertir al mismo Banco B, que podrá disponer libremente de él. El remanente del patrimonio de la Fundación quedará sujeto a liquidación y será destinado a..." (lo que el Patronato crea conveniente, *v.gr.* a otra Fundación, con finalidad semejante, constituida por el B, antes de la extinción de la actual Fundación F).

Creo que lo mismo cabe decir respecto de la disposición transitoria primera de la Ley 12/1994 del País Vasco, a pesar de la interpretación que, en mi dictamen, yo dí al primer inciso de la misma que es defendible pero es discutible.

6.º En el caso de que la Fundación F considere que no debe modificar artículo alguno de sus Estatutos, creo que debería tomar ese acuerdo, razonándolo primero, antes de expirar el plazo señalado para adaptar los Estatutos, de forma tal que se refuerce la defensa, que en su día tuviere necesidad de efectuar B, del derecho de reversión que se reservó al fundar y dotar a la Fundación. Al efectuarlo debería el Patronato declarar y reiterar que él no puede disponer del mismo por tratarse de algo que corresponde al Banco fundador, siendo establecido por éste, y que implica la existencia de un derecho adquirido, suyo desde el momento en que fundó y otorgó la dotación.

351

Este es el informe que emito, como complemento de mi dictamen de 10 de mayo de 1996, sometiéndolo, como éste, a cualquier otro mejor fundado.

Madrid, a dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y seis.