



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ABRIL~JUNIO 1998

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

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

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

Depósito legal: GU-72/92

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

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

REVISTA
JURÍDICA
NOTARIAL
ABRIL-JUNIO 1998

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

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

Estudios

- 11 GALINDO AYUDA, Fernando: "Las entidades de fiabilidad de las comunicaciones electrónicas. El estado de la cuestión en España".
- 31 GARCÍA CANTERO, Gabriel: "Significado del Código civil cubano de 1987 en el proceso de codificación".
- 35 GARCÍA MÁS, Francisco Javier: "Problemática del análisis de la disposición transitoria 6.ª, 2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativa a la disolución de pleno derecho, en conexión con la disposición transitoria 8.ª del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996".
- 126 RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad".
- 335 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Visión panorámica de los protocolos notariales".

Actualidad notarial

- 451 — Conclusiones de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz (México), 4 a 7 de febrero de 1998.
- 459 — Conmemoración del IV centenario del fallecimiento de Felipe II:
- 471 — "Felipe II y el notariado de su tiempo", por Antonio Fernández-Golfín Aparicio.
- 483 — "Felipe II, legislador", por Antonio Rodríguez Adrados.
- 497 — "La nueva literatura notarial castellana en el reinado de Felipe II", por el Dr. José Bono.
- 495 — "La política notarial bajo Felipe II", por Manuel Andrino.
- 497 — "Los Benito Arias Montano", por Manuel Andrino.

Dos trabajos que se publican en este número y otros dos en el próximo de la *Revista Jurídica del Notariado* son parte de las ponencias españolas presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado que se celebrará en Bristol, en el verano de 1998 (*).

Conviene recordar la importancia científica que, a lo largo del siglo XX, han ido adquiriendo estos Congresos, organizados cada cuatro años por la "Académie de Droit Comparé", con sede en París, cuya presidencia ostenta actualmente el canadiense prof. Crepeau. Puede decirse que permiten conocer el nivel de los estudios comparativos en un panorama casi mundial, con relación a un programa muy extenso que abarca, prácticamente, la totalidad de las materias jurídicas. En los últimos años se han celebrado estos Congresos en Uppsala (1966), Pescara (1970), Teherán (1974), Budapest (1978), Caracas (1982), Sidney (1986), Montreal (1990) y Atenas (1994).

(*) En la *Revista Jurídica del Notariado* se publicarán solamente cuatro de las ponencias presentadas al Congreso, que son las siguientes:

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

— "Las entidades de fiabilidad de las comunicaciones electrónicas. El estado de la cuestión en España", de GALINDO AYUDA, Fernando.

— "Significado del Código civil cubano de 1987 en el proceso de codificación", de GARCÍA CANTERO, Gabriel.

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

Aproximadamente desde hace un cuarto de siglo, la presencia española en estos Congresos se ha ido reduciendo alarmantemente hasta quedar reducida a poco más que simbólica; ello hacía desmerecer el nivel de los estudios comparativos en España respecto, no ya a las grandes potencias en este campo (USA, Inglaterra, Italia, Alemania, Francia), sino a las que podían considerarse como medias (Bélgica, Polonia, Suiza, Argentina, México o Israel), e, incluso, frente a las emergentes, como Japón. Todo ello —advuértase—, sin que el método comparativo dejara de emplearse en la enseñanza y en la investigación de nuestras universidades.

10

La recién constituida “Asociación Española de Derecho Comparado”, integrada en la “Association International des Sciences Juridiques”, ha querido asumir el relevo de la anterior generación comparatista, y se ha propuesto impulsar una mayor participación española en el Congreso de Bristol. Como es sabido, el funcionamiento de estos Congresos se basa en la misión encomendada a un “rapporteur général” que estudia y sintetiza las ponencias nacionales recibidas. En el presente volumen y en el siguiente se incluyen ponencias españolas a determinados temas del programa a discutir en Bristol.

Gracias a la generosidad de la *Revista Jurídica del Notariado*, algunas de las ponencias españolas, en versión castellana, verán la luz antes del Congreso, como homenaje también a los países hispanoamericanos, cuya presencia en estos Congresos se va intensificando paulatinamente. Por ello, nuestro profundo reconocimiento a esta iniciativa que permitirá dar mejor a conocer los logros de nuestro país en el ámbito comparativo.

Gabriel GARCÍA CANTERO

Presidente de la Asociación Española de Derecho Comparado
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

LAS ENTIDADES DE FIABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA (*)

11

FERNANDO GALINDO AYUDA

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LOS PROBLEMAS JURÍDICOS, EN SÍNTESIS. **III.** LA SOLUCIÓN JURÍDICA. **1.** El marco general. **2.** La solución. **IV.** PROPUESTAS PARA UNA ARQUITECTURA DE RED SEGURA Y CONFIABLE. **1.** Consideraciones previas. **2.** Técnicas criptográficas. **3.** Mecanismos de cifrado. **4.** Propiedades de las comunicaciones electrónicas. **5.** Instituciones. **6.** Arquitecturas de seguridad y garantía.

(*) Informe español a la Académie internationale de droit compare. XVème Congrès. Bristol, 26 julio-1 de agosto de 1998. Sección VII: Informatique: Points de vue doctrinaux et solutions législatives et jurisprudentielles concernant les nouveaux procédés de télécommunications Interactives (Internet).

7. La posición estatalista. 8. La posición individualista. 9. La posición comunicativa. 10. La posición del desconocimiento. V. REGULACIONES REFERIDAS A LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS POR OFICINAS DE CONFIANZA DE CARÁCTER TRADICIONAL. 1. Consideraciones previas. 2. Instituciones de confianza. 3. Leyes. 4. Reglamentos. a) *Reglamento del Banco de España de 29 de marzo de 1996.* b) *Decreto 263/1996, de 16 de febrero.* c) *La Instrucción de 29.10.96, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.* d) *Orden de 22.3.1996, del Ministerio de Economía y Hacienda.* 5. Consideraciones. VI. PROPUESTA PARA LA UNIÓN EUROPEA. 1. Una directiva. a) *Mecanismos y métodos.* Mecanismos. Métodos de cifrado. b) *Conexión con el resto del ordenamiento jurídico.* c) *Esquema de la directiva.* 2. Las leyes estatales complementarias. a) *Ley sobre firma digital.* b) *Redefinición del delito de obstrucción a la justicia.* c) *Regulación de la interceptación legal de las comunicaciones.* d) *Ley sobre la Autoridad Competente.* e) *Ley sobre Autoridades de Certificación de clave pública.* 3. Prueba prevista. a) *Constitución de una autoridad de certificación.* b) *Constitución y puesta en funcionamiento de dos oficinas de confiabilidad.* SISCER. AD AEQUITATEM. c) *Regulación de la actividad de las instituciones.* VII. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

Es difícil averiguar cuál es en España el conjunto de problemas jurídicos más significativos derivados de la utilización de Internet, si partimos de la base de que no está claro incluso lo más básico: el alcance real de la expansión de la red en la actualidad. Algo sí se conoce: están aceptados por gobierno, industria y usuarios, como ocurre en otros países, tanto el previsible aumento del número de integrantes de la red como su generalizada operatividad (1). Se espera que en breve plazo sirva como medio de correo o comunicación, acceso a información y mecanismo para la realización del comercio electrónico. Consecuentemente con ello se dan pasos dirigidos a la ordenación del fenómeno. Inicialmente mediante la regulación de las telecomunicaciones. Ello trae como consecuencia el que se puedan realizar algunas aproximaciones a problemas jurídicos, así como elaborar alguna propuesta de reglamentación al respecto.

13

En todo caso, las propuestas serán limitadas porque conflictos jurídicos concretos resueltos a través de procesos judiciales, apenas existen en España, tal y como sucede en otros países. Un reciente estudio ha puesto de manifiesto este hecho (2). Especialmente en lo relativo a asuntos de carácter privado. Otra cosa es en lo referido a problemas penales. Es conocida la preocupación por los contenidos de lo que se ofrece en Internet, especialmente en materia de pornografía infantil, debido a tristes sucesos ocurridos recientemente en Europa. Aquí sí se han producido conflictos y soluciones jurídicas (3), pero no parece sea objeto propio

(1) European Ministerial Conference, "Global Information Networks: Realising the Potential", Bonn 6-8 julio 1997, <http://www.echo.lu/bonn/conference.html>

(2) ISTEV, Legal and Regulatory Issues for the European Trusted Services Infrastructure-ETS. Final report, INFOSEC, European Commission DGXIII, junio 1997, <http://www.cordis.lu/infosec/home.html>

(3) Véase un breve resumen del estado de la cuestión en Europa remitiéndose a una próxima regulación o un "Plan de acción sobre Internet" de la Comisión Europea en: <http://www.freenix.fr/netizen/special/econtent1.html>

de esta sección de la Academia hablar del Derecho Penal Comparado, para ello existen otras secciones. Además, su solución también está implícita en la solución de algo previo: la ordenación de las telecomunicaciones o lo que es lo mismo el establecimiento de los mecanismos jurídicos necesarios para facilitar la expansión mundial de la red. Ello se concreta, como veremos en el presente trabajo, en la adopción de mecanismos capaces de garantizar tanto la identificación de los usuarios como el secreto del contenido de los mensajes ofertados, enviados o recibidos a través de Internet. A esto se le denomina, desde una perspectiva institucional, el establecimiento de la red (4) de seguridad y garantía de las comunicaciones electrónicas.

14

En efecto, el grueso de los problemas jurídicos está relacionado por ahora con un problema central: la propia subsistencia o supervivencia de la red. De no existir una regulación no se podrá realizar su expansión, una vez que no se darán las condiciones necesarias para que se pongan en práctica con las suficientes garantías las funciones que puede cumplir la red, y que resumíamos al decir que consisten en procurar correo o comunicaciones, dar acceso a información y facilitar el comercio electrónico. El Derecho –los agentes jurídicos– tiene que ayudar a solventar un requisito imprescindible para la expansión de la red: la resolución de los problemas de seguridad que, objetivamente, la red tiene en la actualidad, tomando opción por unas u otras soluciones técnicas a los problemas de seguridad existentes de entre las propuestas por laboratorios e industrias. Todo ello a la vez que se aplica un ordenamiento como el vigente que si bien en escasa medida regula el fenómeno Internet, sí que, en cambio, regula ya desde hace años el fenómeno informático (protección de datos, por ejemplo).

La discusión jurídica propiamente dicha está situada, por tanto, en un plano prelegislativo, una vez que el problema

(4) En el lenguaje informático se suele hablar de arquitectura más que de red.

todavía se cuece en ámbitos gubernamentales, aunque las consecuencias de la discusión puedan tener una gran trascendencia social. Dicho de otra manera, la discusión es, en buena medida, de política jurídica: afecta a la elaboración de normas para la regulación de la organización social, principio de separación de poderes incluido. Ello es así porque está referida a la organización de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas con todo lo que esto comporta. Ha de tenerse en cuenta que bienes jurídicos implicados son, entre otros, los siguientes: soberanía, ejercicio de la fe pública, desarrollo tecnológico, libertad de expresión y libertad de mercado.

Estas consideraciones nos llevan a la siguiente reflexión. Por lo dicho acaso lo más característico de la discusión jurídica en relación con Internet es el hecho de que ha de ocuparse de algo inusual: si normalmente el Derecho va detrás de la evolución social, en este caso es preciso que el Derecho se anteponga a la evolución social, facilitando la misma evolución social al dar pautas adecuadas para la implantación segura de la red. Con lo cual en esta ocasión los agentes jurídicos han de hacer un esfuerzo distinto al habitual. Si la práctica jurídica está caracterizada por el estudio de normas, reglamentos y resoluciones judiciales, en esta ocasión ha de atender a un ámbito o contexto constituido por valores, leyes e informes y testimonios elaborados en laboratorios de investigación, informes de servicios secretos, organismos y centros dedicados a establecer políticas tecnológicas y labor de empresas ligadas al desarrollo e implantación de las telecomunicaciones, entendido esto en un sentido muy amplio. La labor del jurista reside en efectuar propuestas de composiciones de estas reglas que sean coherentes con la vida, principios jurídicos y convicciones propias de una sociedad democrática.

II. Los problemas jurídicos, en síntesis

El núcleo central del problema depende de que son sobradamente conocidas las debilidades de Internet. Éstas consisten en que el mecanismo de funcionamiento de la red permite la interceptación de los mensajes por sus usuarios. La red funciona mediante el envío de paquetes de información entre emisores y receptores de una a otra parte del mundo utilizando los ordenadores conectados a la red, lo que comporta que sea muy fácil observar el contenido de mensajes en los que constan números y claves de tarjetas de crédito, por ejemplo, o cualquier otro tipo de comunicaciones mantenidas por los usuarios de la red. Esto origina varias desventajas del medio, y la más principal es la de que el mecanismo va en contra de la seguridad y confianza del comercio electrónico, fuente de riqueza y trabajo, lo que está en cuestión. Ello preocupa a industrias y gobiernos.

16

La solución existe. Pasa por dos remedios.

El primero consiste en la utilización de mecanismos e instituciones requeridos por el cifrado de mensajes que: 1) permitan garantizar el envío y destino, o lo que es lo mismo conocer con bastante certeza que el mensaje ha sido emitido, ha llegado, en qué día y hora se ha hecho, quién lo ha enviado y quién lo ha recibido y 2) impidan observar el contenido de las comunicaciones.

El segundo remedio consiste en compatibilizar el uso de los mencionados mecanismos con el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, una vez que la utilización del cifrado de mensajes acarrea consecuencias graves para los ordenamientos jurídicos vigentes.

Aquí atendemos preferentemente al estudio del segundo remedio. En otros foros hemos prestado atención especial al primero (5).

(5) En concreto en un informe dirigido a la Unión Europea, Dirección General XIII, titulado "La garantía de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas en la Unión Europea". Al día de la fecha (octubre 1997) el informe es de difusión restringida. Más adelante se podrá solicitar a: cfa@posta.unizar.es

En todo caso ha de apuntarse que es un hecho que los remedios son parcialmente efectivos y que siempre conducen al remedio jurídico. Efectivamente, el cifrado resuelve los problemas de la identificación e incluso confidencialidad o intimidad, pero crea otros muchos. Desde un punto de vista jurídico el más fundamental es el problema del poder. En concreto el problema de la posesión de las claves de cifrado y descifrado. En dos casos: en el de la salvaguarda de las claves y en el de la identificación de las personas. Tanto en uno como en otro el poseedor de las claves puede dominar al usuario de las mismas, con más eficacia incluso que con el uso de las armas. No es de extrañar por ello que los recursos criptográficos sean equiparados a los de armamento en las regulaciones sobre límites a la exportación de productos de doble uso recogidas en tratados y convenios vigentes.

Este problema deriva en otro: la restricción a la libertad de expresión. Ello es así porque las soluciones técnicas, sobre todo las que impiden observar el contenido, facilitan la libertad de expresión pero también dificultan y en ocasiones impiden acciones dirigidas a la prevención del delito: las escuchas telefónicas de carácter legal. Lo cual requiere el establecimiento de medidas que permitan la interceptación de mensajes por los servicios de seguridad y con ello la generación de posibles excesos que afectan al principio de libertad de expresión además de, por supuesto, al de intimidad personal.

Todo lo cual impide a su vez que se ponga en ejercicio el principio de libertad de comercio, principio que puede ser expandido notablemente mediante la creación de mercados y productos mediante Internet. Principio que no puede satisfacerse si existen canales de transmisión de la información tan vulnerables como los existentes, o si se adoptan soluciones técnicas contrarias a principios fundamentales del ordenamiento jurídico establecido como los hasta aquí señalados.

Otro problema, también de poder y más concreto que los anteriores, es el de que la implantación de medidas de seguridad, consistentes en el uso de técnicas de cifrado, requiere el establecimiento de organizaciones ajustadas a las redes de seguridad y confianza de las relaciones económicas, sociales y comunicaciones existentes en la actualidad, desde comienzos del XIX con la implantación del Estado liberal. Es en este momento cuando se implantaron registros estatales, que tenían por función proteger los derechos de las personas y garantizar el tráfico mercantil y el derecho al voto. El problema fundamental reside en que las telecomunicaciones, cuyos recursos mediante el uso de Internet se utilizan en primer lugar en un país de Derecho anglosajón como Estados Unidos, están introduciendo como agentes fedatarios a empresas, con lo cual cambian en la práctica un sistema jurídico fundamental del Estado de Derecho: el sistema de fe pública cuyos pilares están constituidos por diferentes agentes fedatarios, notarios especialmente.

Por todo ello decíamos que en relación con el uso de Internet la discusión jurídica tiene una gran importancia y que está centrada en la resolución de los dos siguientes problemas. En primer lugar la consideración sobre cuáles son las instituciones encargadas de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas. En segundo lugar la reflexión sobre cuáles son los recursos técnicos que permiten satisfacer el requisito del secreto de las comunicaciones a la vez que ejercer a las instituciones competentes la función de prevenir y reprimir el mal uso de las comunicaciones electrónicas.

Como ha quedado expuesto más arriba, aquí vamos a poner énfasis en el primero de estos problemas. En concreto el del establecimiento de una red de seguridad y garantía de las comunicaciones electrónicas que sea capaz de mantener un equilibrio entre las necesidades hasta aquí apuntadas. De ello se trata en los siguientes apartados en los que se expone, partiendo de un horizonte europeo, el estado de una solución jurídica que se está adoptando en España.

III. La solución jurídica

1. El marco general.

En varios países europeos, como también sucede en Estados Unidos, se está pasando del terreno de las propuestas de carácter teórico o técnico a la legislación (6) en lo referido a la garantía de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas. Con lo cual ya se ha iniciado el establecimiento de redes constituidas por servicios, oficinas y autoridades de confianza, que facilitan dicha garantía al asegurar, especialmente, la identificación de los que envían y reciben mensajes y la confidencialidad e integridad de los mismos. Estos servicios son requeridos por la aceptación generalizada del uso de la criptografía o las técnicas de cifrado como medio de seguridad de las comunicaciones electrónicas.

Dado este inicio, y el fenómeno de la globalidad que es consustancial a las comunicaciones, se están realizando en la Unión Europea propuestas que auxilian a la concreción de la legislación necesaria en este ámbito (7). Ello no es sino un acto de previsión para el momento en el que, a corto plazo, estas medidas sean el soporte de las transacciones electrónicas (8), porque todo ello no puede hacer olvidar algo

19

(6) Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz luKDG, 13 June 1997. Es la ley que establece las condiciones generales para los servicios de información y comunicación. También en Italia se ha aprobado la siguiente norma: Schema di Regolamento Approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 agosto 1997 concernente: "Atti, documenti e contratti in forma elettronica".

(7) Se propone en la declaración de Bonn mencionada, 6-8 de julio de 1997, Industrial Declaration, Regulatory framework: "The Commission and Governments should ensure full, effective and timely implementation of legislation". Existe un borrador de Comunicación de la Comisión Europea dirigido al Parlamento Europeo, al Consejo de Europa, a la Comisión y a los Comités Económico, Social y de las Regiones, de fecha 8 de octubre de 1997, COM (97) 503, titulado "ENSURING SECURITY AND TRUST IN ELECTRONIC COMMUNICATION. Towards A European Framework for Digital Signatures And Encryption", en el cual se dan pautas para la regulación europea sobre la materia.

(8) Se dice en la Declaración de Bonn de la Conferencia de Ministros Europeos sobre "Redes de información global", 6-8 de julio de 1997, ya citada, "que los

obvio a lo que nos referimos desde el comienzo de este trabajo: el hecho de que cuando diseñamos dichas redes nos encontramos en la fase inicial de su implantación masiva en la vida diaria.

No cabe esperar a la expansión: el problema ya es real. Ha de tenerse en cuenta que el desarrollo tecnológico permite iniciar la expansión a escala mundial de dichas medidas de forma inmediata como lo demuestra un hecho tan relevante como el de que los programas Netscape, versión 4 Communicator, construido por la empresa estadounidense Netscape Communications, y Explorer, versión 4, construido por Microsoft, las dos interfaces (9) de acceso a Internet más extendidas en el mundo, están en el mercado. El problema está en que entre las novedades más significativas de estos programas se encuentra la de ofrecer recursos de programación destinados a garantizar mediante la criptografía la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas. En concreto permiten a sus usuarios, sea el que sea el lugar del mundo en el que se encuentren, el cifrado de los mensajes, la firma electrónica, el acuse de recibo y el ejercicio de todos los mecanismos precisos para que ello se ponga en práctica.

Ligado al uso de estos mecanismos está la oferta, que los programas también hacen, de poner en práctica las funciones propias de las denominadas en la jerga informática, en expresiones recogidas también por la propia Comisión Europea (10), autoridades de certificación. Funciones que consisten especialmente en la identificación del usuario, de su firma digital y la validación de la identificación mediante certificación de su identidad o de sus atributos (11). Estas

avances en las redes de información global tienen el potencial de afectar a cada aspecto de nuestra sociedad: del comercio a la salud, de la educación a la diversión, de la práctica del gobierno al ejercicio de la democracia", § 2.

(9) En la jerga informática se les denomina habitualmente "navegadores".

(10) Ver al efecto las expresiones utilizadas en el borrador mencionado en nota *supra* 7.

(11) Algunos ejemplos de estos atributos pueden ser: edad, profesión, dirección, teléfono, dirección de correo electrónico, número de tarjeta de crédito, disposición

funciones son realizadas por parte de empresas situadas en Estados Unidos, con respecto a personas, usuarios de Internet, que envían documentos o mensajes a otros usuarios de Internet de todo el mundo. Para realizar su función estas empresas tan sólo tienen la legitimidad que les da haber sido incluidas por las empresas Netscape o Microsoft en la lista de autoridades de certificación que están recogidas en sus productos (12). La cuestión es, ¿puede ser ésta una red de confianza global?, ¿tendría valor probatorio ante un juez la certificación de una transacción usando Communicator realizada por una autoridad de certificación, empresa, radicada en Estados Unidos?

Que la respuesta a estas preguntas ha de ser de carácter negativo lo demuestra, por ejemplo, que estos hechos requieran en Alemania que a partir del 1 de agosto de 1997, fecha de entrada en vigor de la ley de condiciones generales para los servicios de información y comunicación, que las autoridades de certificación reconocidas por las empresas Netscape o Microsoft cumplan expresamente con los requisitos establecidos por la ley alemana. Especialmente el que dice que la acción de las autoridades de certificación de países distintos a los de la Unión Europea requerirá la existencia de un acuerdo firmado entre los respectivos gobiernos (art. 3, § 15,2).

El problema fundamental reside en que ni siquiera esta solución existe en otros países de la Unión Europea: carecen de legislación. Éste es el caso de España.

21

económica, capacidad de obrar... Ver al respecto: POHL, H., Guidelines for the Use of Names and Keys on a Global TTP Infrastructure. Final Report, INFOSEC, European Commission DGXIII, July 1997, p. 30. Afortunadamente en este informe se dice sobre los atributos: "Attribute formats and the procedures for creation, distribution, and revocation of attribute certificates should primarily reflect local requirements and should only in exceptional cases be determined by the ETI" (*Ibidem*: p. 92). ETI es la abreviación para una hipotética European Trust Infrastructure propuesta en el trabajo. Los atributos es el mejor ejemplo de que hace falta una infraestructura jurídica y técnica para el establecimiento de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas.

(12) Está en fase de aprobación por el Congreso y el Senado norteamericano la legitimación jurídica de esta práctica.

De ahí la urgente necesidad de actualizar la legislación de cada Estado a efectos de establecer las condiciones de uso de estas técnicas. Ello especialmente en lo referido al establecimiento de las instituciones que facilitan dicho uso. Ha de tenerse en cuenta que se está hablando del ejercicio de las funciones de identificar y validar o certificar dichas identificaciones, funciones que son asumidas en la actualidad en los países europeos donde existen, incluso para actividades privadas o mercantiles, por instituciones públicas especializadas en conformidad con la legislación existente al respecto en cada país (13).

22

Esta acción importa tanto desde la perspectiva pública o de la soberanía, perspectiva no superada en el mundo de la globalidad mercantil, cuanto que desde el hecho de que la inexistencia de esta legislación va a impedir lo que sin duda permiten las técnicas y aceptan y promueven todos los gobiernos del mundo: el desarrollo del comercio electrónico.

En efecto, la falta de legislación y la práctica de los programas mencionados, no van a garantizar la seguridad y la confianza de las comunicaciones electrónicas. De no reaccionar a tiempo justamente puede ocurrir lo contrario: el uso prematuro de todas las virtualidades de los programas Communicator y Explorer puede originar una red generadora de conflictos, y con ello un retraso del consumo y la implantación del comercio electrónico, lo que no beneficia a nadie. Ha de caerse en la cuenta de que entidades confiables para Netscape y Microsoft son, hasta ahora, únicamente empresas establecidas en Estados Unidos o Canadá, que se rigen por su Derecho. En un futuro próximo lo serán empresas que realicen acuerdos con aquéllas. El problema está en que los contratos realizados a partir de los recursos de seguridad de

(13) "In those legal systems where notaries exist, and in the case of agreements for which identification is required by law, the notary controls the parties' identity". ISTEVE, Legal and Regulatory Issues for the European Trusted Services Infrastructure, ETS. Final report, INFOSEC, European Commission DGXIII, junio 1997, p. 24.

esa red pueden ser inválidos, una vez que lo más probable es que no sean reconocidos como tales en caso de conflicto ante un tribunal (14). Y la razón de la falta de reconocimiento no va a residir tanto en un hipotético desconocimiento del contenido de las técnicas por los agentes jurídicos, cuanto que en un problema de soberanía o un problema de prueba. La única posibilidad en un caso conflictivo puede ser la de acudir ante un tribunal estadounidense o la de acudir a un tribunal español, aun cuando vendedores y compradores no sean nacionales de los Estados Unidos, aportando como pruebas certificaciones personales emitidas por empresas estadounidenses. Por tanto, ¿es la establecida una red confiable? En muy escasa medida (15).

Efectuar una posible orientación para esta legislación necesaria es el objetivo de este trabajo en el que se presentan iniciativas de alcance estatal y europeo llevadas al respecto en España. A partir de este ejemplo, centrando la reflexión en el establecimiento de instituciones de fiabilidad, se presentan argumentos capaces de fundamentar la elaboración de la legislación conveniente en los Estados miembros de la Unión Europea e incluso las notas fundamentales de un borrador de Directiva europea destinada a garantizar “la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas” (16). La reflexión no se quedará en la reflexión teórica, una vez que también se expondrán las notas fundamentales de una red como la mencionada, que está siendo puesta en práctica en aplicación de los argumentos que se presentan en este trabajo.

(14) Sobre las limitaciones del sistema jurídico norteamericano para la prueba de la identidad y los certificados se extiende: See: SEDGWICK BARASSI, T., *The Cybernotary: public key registration and certification and authentication of international legal transactions*, in <http://www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html>

(15) No es confiable desde una perspectiva jurídica. Por ello: ¿no es Comunicar una prueba de que el uso de las técnicas de criptografía requieren infraestructuras de seguridad con fuerte carga jurídica?

(16) El borrador será discutido próximamente por un grupo de funcionarios, juristas y técnicos, a la vez que hacen uso de un servicio experimental de seguridad y garantía de las comunicaciones electrónicas en la investigación, promovida por la DGXIII de la Unión Europea, denominada AEQUITAS (<http://aequitas.encomix.es>).

2. La solución.

Aquí se trata sobre lo siguiente.

Primero, [4], se presentan, en rasgos generales, las características más importantes de las técnicas criptográficas o de cifrado. A partir de ellas se muestran las diferentes políticas globales imaginables para la solución del problema legislativo sobre la materia, teniendo en cuenta que es precisa la regulación de las técnicas y de las instituciones que aquéllas requieren. Estas políticas están centradas en este momento en discurrir desde una perspectiva jurídica y técnica sobre un diseño ideal de una red o arquitectura de la infraestructura de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas.

24

En segundo lugar, [5], se reseñan, sintéticamente, las características fundamentales de las más importantes normas existentes en España que pueden ser consideradas punto de partida para la construcción de una red de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas, teniendo en cuenta que aquí no se ha regulado todavía una solución sensible a las técnicas criptográficas, a diferencia de lo sucedido en Alemania e Italia, contando, por tanto, una red de seguridad y confianza de carácter liberal "tradicional".

En tercer lugar, [6] se adopta, en coherencia con las reflexiones anteriores, la propuesta inicial más aceptable del contenido de una Directiva europea que tenga por fin el establecimiento de una infraestructura de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas. También se establecen los contenidos básicos de varias leyes que deberían aprobarse en los diferentes Estados europeos a efectos de contar con la infraestructura necesaria para tener una garantía jurídica y técnica de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas, que satisfaga tanto las exigencias técnicas cuanto las prescritas por los ordenamientos jurídicos democráticos.

En cuarto lugar [7] se concluye.

IV. Propuestas para una arquitectura de red segura y confiable

1. Consideraciones previas.

Las redes de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas deben establecerse por el hecho de que son exigidas por las mismas técnicas criptográficas o de cifrado. Las recientes versiones de éstas, sustancialmente la técnica de clave pública, requieren que en las comunicaciones exista un tercero que o bien guarde las claves o bien las dé a conocer públicamente. El hecho de la globalidad permitida por las comunicaciones exige también la instalación de una red de terceros reconocida internacionalmente. Ello significa que dichas técnicas no pueden utilizarse sin la existencia de una red de confianza. En el siguiente apartado exponemos ordenadamente las nociones más básicas de dichas técnicas de cifrado o criptografía tal y como quedan recogidas en manuales, libros al uso y disposiciones normativas (17). A continuación siguen las posiciones sobre las redes.

25

2. Técnicas criptográficas.

Las técnicas criptográficas están constituidas por los mecanismos de cifrado, las propiedades características o funciones a satisfacer por unas comunicaciones electrónicas seguras y, entendiendo la expresión en sentido amplio, las instituciones que se ocupan de garantizar la puesta en acción de técnicas criptográficas y las comunicaciones electrónicas seguras.

(17) A no ser que cite otra fuente me baso fundamentalmente en dos estudios, uno europeo ya citado: POHL, H., Guidelines for the Use of Names and Keys on a Global TTP Infrastructure. Final Report, INFOSEC, European Commission DGXIII, July 1997, y otro estadounidense: NRC project, Cryptography's Role in Securing the Information Society, May 30, 1996, ver en <http://www.replay.com/mirror/nrc>. También se tiene en cuenta la legislación mencionada en este trabajo ya aprobada o en fase de aprobación. En esta legislación se recogen vocabularios similares a los aquí establecidos.

A continuación aportamos las notas fundamentales de cada uno de estos elementos integrantes de las redes de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas.

3. Mecanismos de cifrado.

El elemento básico de los mensajes electrónicos está constituido por las comunicaciones electrónicas. Éstas son definidas como la transmisión “total o parcial de voces, textos, mensajes, imágenes, sonidos, datos, documentos o informaciones de cualquier tipo a través de sistemas de cable, radiofónico, electromagnético, fotoelectrónico, fotóptico o codificación digital en forma legible por ordenador” (18).

26 Dado que el tratamiento de textos constituye el objeto más común de las aplicaciones informáticas con frecuencia se pone énfasis en los textos como objeto de las comunicaciones electrónicas. La precisión más fundamental con respecto a los textos es la que tiene que ver con su cifrado. Por ello se define al texto en claro como datos “que no están cifrados o que si han estado cifrados han sido descifrados”.

Los sistemas de cifrado están constituidos por “cualquier producto, programa o tecnología, utilizado para cifrar y descifrar mensajes electrónicos, y cualquier producto, programa o tecnología que tenga capacidades para el cifrado”.

A la operación de cifrar se le denomina “cifrado de mensajes”. Éste está constituido por la “transformación electrónica de datos (incluyendo comunicaciones) realizada con el fin de ocultar el contenido de información de los mismos”. En consecuencia el descifrado de mensajes está constituido por la “retransformación electrónica de datos (incluyendo comunicaciones) cifrados, en la forma original de los datos”.

(18) Voz telecommunications en el Glosario de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 17 de enero de 1995 sobre la interceptación legal de las telecomunicaciones, DOCE 96/C 329/01.

Los mecanismos de cifrado están constituidos por la clave y el algoritmo de cifrado. La clave es el “parámetro o componente del mismo usado con un algoritmo para transformar, validar, identificar, cifrar o descifrar datos o comunicaciones”. El algoritmo de cifrado está constituido por “la función matemática utilizada para convertir texto (en claro) en texto cifrado y viceversa”.

En la criptografía clásica se utilizaba una sola clave para cifrar y descifrar los textos. El emisor y receptor la conocían y enviaban sus mensajes utilizando esa clave. A esta criptografía se le denomina criptografía de clave simétrica. Este sistema es inseguro una vez que la clave puede ser interceptada en el momento del envío o en el de su almacenaje. También es problemática su utilización por muchos emisores y receptores una vez que el secreto puede desaparecer al ser compartido por varias personas.

Para incrementar la seguridad en la criptografía moderna, en cambio, existen dos claves de cifrado: la privada y la pública. Esta criptografía es denominada criptografía asimétrica. A la clave privada se la define de la siguiente forma: “La clave o información (secreta) asociada a la clave pública de una persona, que en un sistema de clave pública puede ser usada para descifrar los datos o comunicaciones de la persona”. A la clave pública se la define, en cambio, así: “La clave o información que, en los sistemas de cifrado de clave pública, ha de ser conocida públicamente”.

La vinculación de ambas claves está constituida por la firma digital o electrónica que es la “información que identifica a la clave pública con su usuario, al haber sido firmada por la persona propietaria del certificado de clave pública utilizando la clave privada con la que ha generado su clave pública”.

El certificado de clave pública está constituido por la “información sobre una clave pública y su usuario emitida por una Autoridad de Certificación”.

Entre las propiedades más notables de los métodos de cifrado en la actualidad se destacan las siguientes: no-repu-

diación, interoperatividad, portabilidad y movilidad (19). La primera tiene que ver con las virtualidades propias de los sistemas de cifrado, las segundas son requeridas a los sistemas de cifrado por el hecho de la globalidad de las comunicaciones electrónicas.

La no-repudiación es la “propiedad de los métodos de cifrado de prevenir el hecho de que un individuo o una entidad que utilicen una firma digital (en un mensaje, con respecto a unos datos o un programa) nieguen haber realizado determinada acción con relación a determinados datos. En concreto: impiden negar la autoría de mensajes; prueban la obligación, la intención o promesa, y prueban la posesión de las claves”.

Interoperatividad es “la propiedad de los métodos de cifrado de ser capaces de funcionar junto a métodos de cifrado de diferente carácter”.

28 Portabilidad es “la propiedad de los métodos de cifrado de ser adaptables y poder funcionar en múltiples sistemas”.

Movilidad es “la propiedad de los métodos de cifrado de poder funcionar en múltiples países o en múltiples infraestructuras de información y comunicación”.

4. Propiedades de las comunicaciones electrónicas.

Mediante la puesta en práctica de las técnicas de cifrado se quieren asegurar los requisitos o propiedades exigibles a las comunicaciones electrónicas en una sociedad democrática. En concreto garantizar su autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y la reseña de la fecha y hora de su emisión y recepción. Estas propiedades se definen de la siguiente forma.

(19) Las definiciones referidas a las propiedades interoperatividad, portabilidad y movilidad de los métodos de cifrado han sido recogidas de las propuestas hechas por la OCDE en sus “Recomendaciones para una política criptográfica”, de 27 de marzo de 1997; ver OECD Guidelines for Cryptography Policy, 27.3.97; http://www.oecd.org/dsti/iccp/crypto_e.html

La autenticidad es “la función de verificar la identidad de un usuario, dispositivo u otra entidad, que formen parte de un sistema de comunicaciones o de información”. Ligada a la autenticidad está la propiedad de la autenticación de identidad, que es “un paso añadido a la identificación en cuanto añade a determinada identidad un nivel concreto de confianza. La autenticación puede ser utilizada para asegurar que una identidad concreta es la identidad asociada a la entidad que la provee. El mecanismo de autenticación puede estar basado en algo que la entidad conoce, tiene, o usa (por ejemplo: una contraseña, una tarjeta que tiene algún número cifrado o aleatorio que requiere un diálogo, o la huella digital)”.

La confidencialidad es “la propiedad de que los datos o la información no son accesibles ni revelados a individuos, entidades o procesos no autorizados”.

La disponibilidad es “la propiedad de que los datos, la información y los sistemas de comunicación e información son accesibles y utilizables a lo largo de determinado tiempo en la forma establecida al respecto”.

La integridad es “la propiedad de que los datos o la información no han sido modificados o alterados en forma no autorizada”.

La fijación de la fecha y hora de una comunicación electrónica es “la operación de establecer la fecha y hora en la que una transacción o un documento son iniciados o enviados a un sistema informático, o la fecha en la que una transacción es introducida en el sistema o archivada”. Es ésta una operación que en ocasiones requiere ser certificada por una autoridad de carácter jurídico. La operación también puede ser realizada mediante técnicas de cifrado.

5. Instituciones.

Las técnicas de cifrado y las funciones a satisfacer por las comunicaciones electrónicas requieren, como ha quedado expresado, de ciudadanos o usuarios e instituciones o auto-

ridades que las pongan en práctica. Ciudadanos e instituciones son, por ello, la garantía de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas.

Los usuarios son “entes principales (hombres o máquinas) identificables inequívocamente que son propietarios, poseen o utilizan un par de claves pública y privada. Los usuarios finales de un directorio son las entidades o personas que acceden al directorio”.

En la actualidad se cuenta con tres clases de instituciones de confianza: autoridad estatal, autoridad de certificación y oficina de confiabilidad.

La autoridad estatal es la “entidad autorizada a la que se ha dado poder suficiente para actuar”.

La autoridad de certificación es la “persona o institución a la que una o más personas confían la creación y asignación de certificados de clave pública”.

La oficina de confiabilidad o confianza es la “persona, empresa o institución a la que una o más personas u otras entidades confían servicios de seguridad o actividades relacionadas con la seguridad”.

6. Arquitecturas de seguridad y garantía.

Dado el funcionamiento de las técnicas criptográficas y la globalidad de las comunicaciones las instituciones de garantía no pueden funcionar aisladamente, han de basar su funcionamiento en la articulación del mismo realizada en forma de red. Por ello se habla de redes o de arquitecturas de seguridad y garantía.

Se manifiestan socialmente tres posiciones sobre la filosofía o política técnico-jurídica que puede estar presente en la construcción de una arquitectura de seguridad y garantía de las comunicaciones electrónicas que permita el funcionamiento de las técnicas de cifrado. En concreto aparecen las tendencias fundamentales siguientes:

1. La propuesta de políticas que ponen un mayor énfasis en el diseño de redes de seguridad y confianza destinadas fundamentalmente a la protección de la seguridad del Estado,

2. La propuesta de políticas que ponen un mayor énfasis en lograr la libertad y autonomía del ciudadano o individuo y

3. La propuesta de políticas que centran sus tesis en la aceptación de que el presente es un mundo plural y complejo, que cuenta con múltiples culturas, las cuales quedan mínimamente satisfechas con la participación de todas ellas en la organización heterogénea de las sociedades democráticas. Ésta es la propuesta democrática o comunicativa.

En los tres casos, en coherencia con el hecho de la globalidad permitido por el propio desarrollo tecnológico, el centro de la discusión está situado en el diseño de redes y la caracterización de sus elementos (20).

En cuanto que en el presente trabajo se trata de elaborar una propuesta de legislación dirigida, especialmente, a los Estados miembros de la Unión Europea y por su medio a todos sus ciudadanos, ha de tenerse en cuenta que además de éstas hay otra posición con respecto al tema objeto

31

(20) Al ser el objetivo de este trabajo la elaboración de una propuesta jurídica no se incide en los aspectos técnicos propiamente dichos de la construcción de redes de confianza. Una presentación de los requisitos técnicos más importantes para una infraestructura de clave pública se encuentra en el trabajo citado: POHL, H., Guidelines for the Use of Names and Keys in a Global TTP Infrastructure. Final Report, INFOSEC, European Commission DGXIII, July 1997. En este trabajo queda sin precisar cuál es la mejor arquitectura para una hipotética ETI, European Trust Infrastructure, al distinguir como posibles las siguientes: una Autoridad Única Centralizada, el Modelo Jerárquico, el Modelo en forma de red y el Modelo híbrido o mixto (p. 83). Las propuestas de este informe son tenidas en cuenta en el presente trabajo. También puede verse: Shimshon Berkovits et al. (MITRE Corporation), Public Key Infrastructure Study: Final Report, National Institute of Standards and Technology, Gaithersburg, Md., April 1994. Argumentos técnicos sobre arquitecturas de seguridad hay muchos, por ejemplo, dentro del ámbito europeo véase lo que se dice en: CHADWICK, D. W., YOUNG, A. J., "Merging and Extending the PGP and PEM Trust Models. The ICE-TEL Trust Model", en *IEEE Network*, vol. 11, 3, May/June 1997, pp. 16-24.

de estudio, acaso la más extendida por el número de población que la acepta. A esta posición la podemos denominar la del desconocimiento.

Esta posición está fundada en el hecho de que, como sucede con la mayoría de la población, apenas intervienen en la discusión aquellas personas e instituciones que son responsables de la gestión de las redes establecidas, fundamentalmente a lo largo de los siglos XIX y XX, para la seguridad y confianza del tráfico mercantil y las prestaciones de servicios públicos. Éstas son las instituciones que tienen encomendada por el Estado de Derecho la función pública de identificar y certificar las características o propiedades de personas, documentos y cosas relevantes en el tráfico mercantil y público. Éstas son registros públicos y notarías, expresiones en las que cabe incluir a todas las instituciones (21) que, en cuanto servicios u oficinas de confianza, tienen atribuidas las funciones de identificar y certificar a personas u ordenadores. Estas funciones son atribuidas, en el ejemplo de los programas Communicator y Explorer, por empresas como Netscape Communications o Microsoft a empresas de certificación recientemente constituidas denominadas autoridades de certificación, que están integradas por representantes de empresas del sector de informática y comunicaciones (22).

32

(21) Es muy importante reconocer que estas instituciones son diferentes en los países de Derecho continental y en los de Derecho de "common law". Si las de los primeros están reguladas a partir de iniciativas del Estado, que en el siglo XIX impone la acción de redes definidas contando con profesiones ya establecidas desde el Derecho Romano como son los notarios, quienes cuentan con tanta confianza pública y social que llegan a actuar incluso a modo de jurisdicción voluntaria, esto no sucede así en los países de "common law" (Estados Unidos y el Reino Unido, por ejemplo), que cuentan con una tradición jurídica distinta y no tienen profesionales especializados en certificar e identificar, sino que para ello son competentes empresas o profesionales, que no tienen por qué ser juristas. Ha de tenerse en cuenta que en los países de "common law" la certificación y prueba tiene lugar esencialmente en la oralidad de los procesos judiciales desarrollados ante los tribunales.

(22) La más conocida es VeriSign, conglomerado en el que participan IBM, Digital, Sun... Al parecer existen otras en las que participan compañías de teléfonos (AT&T...). En un documento aprobado por Naciones Unidas se dice que "one of the

A continuación quedan expuestas las tesis fundamentales de las tres primeras posiciones en lo relativo a las características generales que, en su opinión, debería satisfacer una red que garantice la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas, una vez admitido que la utilización generalizada de las técnicas de cifrado es la solución al problema. Al final hay una consideración para la posición que desconoce la existencia de estas redes.

7. La posición estatalista.

La posición estatalista “pura” propugnaría el establecimiento de una única red de oficinas de confiabilidad o de servicios confiables, en los que cada usuario debería depositar su clave privada. El depósito tiene el fin de que la autoridad gubernamental competente, de carácter estatal, pueda utilizar la clave privada de un particular en conjunción con la clave pública, y descifrar los mensajes enviados en forma cifrada por dicho particular en el caso de que exista la sospecha de que dichos mensajes formaban parte de actos criminales o atentaban contra la seguridad e intereses estatales.

Esta posición se basa en argumentos defendidos hasta hace no mucho, con distintas variantes, por Estados y organismos gubernamentales, temerosos de que con la expansión de las técnicas de cifrado no puedan realizar la función de mantener el orden y la seguridad en sus respectivas sociedades (23).

factors to be taken in account when assessing the trustworthiness of a certification authority is independence, i. e. the absence of financial or other interest in underlying transactions” (United Nations Commission on international trade law, Working group on Electronic Commerce, Thirty-first session, New York, Planning of future work on electronic commerce: digital signatures, verification authorities and related legal issues, p. 13, 18-28 February 1997, citado por ISTEVE o.c. nota 24).

(23) Paradigmática la posición recogida en la siguiente norma aprobada en Estados Unidos, en concreto la “Export Administration Regulations (EAR) by exercising jurisdiction over, and imposing new combined national security and foreign policy controls on, certain encryption items that were on the United States Munitions List, consistent with Executive Order 13026 and pursuant to the Presidential Memo-

8. La posición individualista.

La posición individualista “pura” considera que no pueden verse limitados derechos fundamentales reconocidos por la Constitución como las libertades de acción y expresión y el secreto de las comunicaciones, mediante el control de las comunicaciones realizado por el Estado a través del establecimiento de una red de instituciones encargadas de velar por el contenido del flujo de comunicaciones e información que circula por Internet y las redes de comunicación. Su propuesta concreta aboga por mantener la organización existente. Es decir, la gestionada por informáticos y asociaciones que se ocupan de la administración de Internet, la red global más importante, manteniendo al margen de ella a lo que genéricamente denominan el Gobierno.

34

Esta posición está defendida por usuarios avanzados de las redes informáticas, temerosos de cualquier regulación jurídica de la red Internet, en cuanto que ésta hasta el presente ha estado libre de regulación de cualquier tipo que no sea la establecida por el conjunto de técnicos que se ocupan del mantenimiento de la red (24).

randum of that date, both issued by President Clinton on November 15, 1996”. Las normas están fechadas el 30 de diciembre de 1996: “On October 1, 1996, the Administration announced a plan to make it easier for Americans to use stronger encryption products to protect their privacy, intellectual property and other valuable information. The plan envisions a worldwide key management infrastructure with the use of key escrow and key recovery encryption items to promote electronic commerce and secure communications while protecting national security and public safety. To provide for a transition period for the development of this key management infrastructure, this rule permits the export and reexport of 56-bit key length DES or equivalent strength encryption items under the authority of License Exception, if an exporter makes satisfactory commitments to build and/or market recoverable encryption items and to help build the supporting international infrastructure. This policy will apply to hardware and software”.

(24) Una muestra de este espíritu, reiterado en grupos de discusión que suceden en el *www*, se puede encontrar en la posición adoptada por un significativo grupo de informáticos estadounidenses reunidos para tratar sobre las entidades de depósito de las claves: ABELSON, H., ANDERSON, R., BELLOVIN, S. M., BENALOH, J., BLAZE, M., DIFFIE, W., GILMORE, J., NEUMANN, P. G., RIVEST, R. L., SCHILLER, J., SCHNEIER, B., *The Risks of Key Recovery, Key Escrow, and Trusted Third-Party*

9. La posición comunicativa.

La posición comunicativa, o democrática, considera que la salvaguarda de la confianza de las comunicaciones electrónicas no puede realizarse si en ella no se atiende a la pluralidad de confianzas y culturas que existen en cualquier Estado o país. En este sentido, si no se atiende a la pluralidad de redes de confianza, reconocidas o no por el Estado, que existen de hecho en una sociedad gobernada democráticamente. El sistema sólo podrá subsistir, en opinión de la teoría, si es coherente con la pluralidad, y es capaz de incrementarla en lugar de cercenarla mediante una red dirigida autoritaria o jerárquicamente. No le satisfacen por reduccionistas la solución estatal, de carácter dirigista, o la propuesta tecnocrática en la que desemboca la posición individualista.

Esta posición está defendida por políticos y filósofos (25) que proponen la reflexión comunicativa como solución a la

35

Encryption, final report, 27.5.1997. This report grew out of a group meeting at Sun Microsystems in Menlo Park, CA in late January 1997, including many of the authors and also attended by Ken Bass, Alan Davidson, Michael Froomkin, Shabbir Safdar, David Sobel, and Daniel Weitzner. The latest version of this document can be found on the world-wide-web at <http://www.crypto.com/key_study>, in PostScript format at <ftp://research.att.com/dist/mab/key_study.ps> and in ASCII text format at <ftp://research.att.com/dist/mab/key_study.txt>. This is the conclusion of the study: "Key recovery systems are inherently less secure, more costly, and more difficult to use than similar systems without a recovery feature. The massive deployment of key-recovery-based infrastructures to meet law enforcement's specifications will require significant sacrifices in security and convenience and substantially increased costs to all users of encryption. Furthermore, building the secure infrastructure of the breathtaking scale and complexity that would be required for such a scheme is beyond the experience and current competency of the field, and may well introduce ultimately unacceptable risks and costs. - Attempts to force the widespread adoption of key recovery through export controls, import or domestic use regulations, or international standards should be considered in light of these factors. We urge public debate to carefully weigh the costs and benefits of government-access key recovery before these systems are deployed".

(25) Es interesante la reflexión que sobre la composición de elementos racionales y afectivos que integra a la confianza (trust) se hace en tres artículos recogidos en el número dedicado a Trust en Ethics 107 (October 1996), pp. 4-61. Son de interés el trabajo de JONES, K., "Trust as an Affective Attitude", pp. 4-25, y el de BECKER, L. C., "Trust as noncognitive Security about motives", pp. 43-61.

violencia que puede generar un mundo organizado exclusivamente por la eficiencia o el máximo beneficio y la técnica (26).

10. La posición del desconocimiento.

Posición distinta a las anteriores es la adoptada por las instituciones de certificación tradicionales, que puede decirse que apenas han tomado posición una vez que no participan en esta discusión. Su posición implícita es, por tanto, la del mantenimiento de las redes existentes.

Un dato significativo al respecto es que la excepción más notable de interés por la materia es la del notariado alemán que, a través del Consejo Federal de Notarios (27) ha intervenido en la creación de la ley alemana de 13 de junio de 1997 que establece las condiciones generales para los servicios de información y comunicación de carácter privado. Su participación ha quedado reducida a proponer el establecimiento de las condiciones necesarias para que sea reconocida como válida la firma digital (art. 3 de la ley), lo que supone reconocer la necesidad de autoridades de certificación

36

(26) Esta posición se encuentra refrendada por la Declaración de Bonn de 1997, hecha en la Conferencia sobre Redes de Información globales ya citada. Una muestra de ello es el hecho de que el comunicado final de la conferencia está integrado por declaraciones de tres mundos o culturas diferentes: el de los gobiernos, el de la industria y el de las asociaciones de usuarios. En la Declaración gubernamental se puede leer lo siguiente: "they [the Ministers] commit themselves to maximise opportunities for the creation of new jobs, the exploitation of new forms of employment (such as teleworking), the maintenance of social standards, greater economic integration and social cohesion. They consider it essential to avoid a division between information 'haves' and 'have not's' in Europe and globally" (§ 7). "Ministers stress the importance of wide accessibility of information technology to citizens of both sexes and of all ages and backgrounds, including those in remote regions and disadvantaged groups, e.g., the long-term unemployed, people with disabilities and elderly people. Ministers will encourage actions to make content available in users' own languages thus fostering linguistic diversity" (§ 45).

(27) Se encuentran recogidos testimonios sobre la intervención del Consejo Federal de Notarios en la elaboración de la ley en: ISTEV, Legal and Regulatory Issues for the European Trusted Services Infrastructure-ETS. Final Report, June 1997, pp. 47 y ss.

de clave pública competentes a las que el Estado ha de otorgar una licencia tras la realización de un concurso (28). Esta medida permite, cuanto menos (29), el mantenimiento de los notarios en las redes de comunicaciones electrónicas como agentes depositarios de la clave privada, a los que la ley no hace referencia.

Pese a este significativo testimonio lo normal es la posición de desconocimiento que manifiestan por lo general estas instituciones (30). Ellas participan del hecho de que en su vida diaria apenas se observan conflictos relacionados con el uso de las redes electrónicas (31). La población sigue utilizando en sus relaciones con otras personas o con empresas comerciales los medios de comunicación tradicionales. Lo cierto es que todavía no existe una conciencia social generaliza-

(28) En concreto esta ley dispone, desde la perspectiva del establecimiento de una red de seguridad y confianza (§ 4), que las autoridades de certificación de clave pública deberán obtener, tras el oportuno concurso público, una licencia de la autoridad competente en telecomunicaciones, licencia que se les otorgará si: pueden asumir la posible responsabilidad de sus actos, demuestran poseer los suficientes conocimientos sobre la materia y satisfacen los requisitos que establecerá una futura ley alemana que regulará la actividad de las autoridades de certificación (§ 16).

(29) Tal vez hay más posibilidades una vez que la certificación de clave pública tiene múltiples posibilidades al diferenciar la ley (§ 2,3) entre el "certificado de clave de la firma" y "certificado de atributos". El primero certifica la asignación de una clave pública a una persona natural, mientras que el segundo da más información ligada a un certificado de clave de firma específico. Esto da múltiple competencia y responsabilidad a la autoridad de certificación de clave pública, haciendo deseable que dicha autoridad tenga profundos conocimientos jurídicos...

(30) Que la situación está cambiando rápidamente lo muestra la aprobación el 5 de agosto de 1997 del reglamento italiano sobre "Atti, documenti e contratti in forma elettronica", que prevé en su artículo 7 que el notario u otro depositario público autorizado sea la institución que guarde la clave privada. Otro ejemplo de esta celeridad lo constituye el hecho de que en un seminario organizado por el Consejo General del Notariado español que versaba sobre "La protección de los consumidores ante las nuevas técnicas comerciales", celebrado en Santander entre el 18 y el 22 de agosto de 1997, una de las ponencias, encargada al notario D. Diego SIMÓ SEVILLA, versó sobre "Las nuevas modalidades de prestación del consentimiento: la función notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico"; en esta ponencia se recoge con gran precisión el relevante papel que ha de jugar el notario continental en las comunicaciones electrónicas.

(31) Véase al respecto la escasez de resoluciones jurisprudenciales sobre firma digital y servicios de confianza recogidas en: ISTEV: Legal and Regulatory cit. p. 75. Se menciona un caso resuelto en Holanda.

da sobre el problema, una vez que la discusión se mueve en términos gratos para los conocedores de la jerga técnica, en especial los expertos en cifrado, términos que son oscuros incluso para el usuario de Internet. Lo que no es de extrañar: si se habla de que la expansión prevista de las comunicaciones electrónicas será muy fuerte, es sabido que al día de la fecha el número de usuarios de las mismas en relación con el de la población total es limitado.

En todo caso el escaso número de opiniones recogido de las actuales oficinas o servicios de confianza no puede hacer desconocer su existencia cuando se trata de establecer propuestas jurídicas que garanticen la seguridad y la confianza de las comunicaciones electrónicas. Lo que es más preciso si se tiene en cuenta que en la práctica estas instituciones utilizan las comunicaciones electrónicas en relaciones establecidas con otras instituciones de confianza. Además, tal y como se ha manifestado, las funciones sociales que satisfacen las redes de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas son, propiamente, las de identificación y certificación, funciones que realizan diariamente oficinas o servicios de confianza regulados jurídicamente como, entre otros, son los registros o las notarías.

Todo esto significa reconocer que a la hora de establecer una infraestructura de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas no es posible atender tan sólo a quienes se manifiestan al respecto con conocimiento e interés sobre el tema. Ha de aceptarse como hecho la existencia de redes de seguridad y confianza de las comunicaciones no electrónicas. Tarde o temprano todos aceptarán que el uso de las técnicas de cifrado es imprescindible para la expansión del uso de Internet en aquello para lo que se está demostrando es una buena herramienta, y que puede acarrear enormes beneficios para toda la población: el comercio electrónico, el acceso electrónico por los ciudadanos a servicios propios del Estado y las comunicaciones entre ciudadanos.

Hasta aquí los datos teóricos. Pero a la hora de tomar punto de partida para elaborar una propuesta jurídica lo expresado en este apartado ya no es suficiente: hace falta acudir directamente a la regulación. Ya se ha mencionado que han sido adoptadas por gobiernos y organizaciones internacionales recientemente distintas posiciones. Aquí, aunque se tengan presentes estas posiciones no van a quedar expuestas. El objetivo del presente trabajo es más limitado. Se centra en exponer el caso español en el que apenas se ha tomado posición al respecto en el plano legislativo a no ser en lo referido a la presentación de una Ley General de Telecomunicaciones en el Parlamento.

A continuación se reflejan las características de este caso, teniendo siempre presentes las regulaciones aprobadas al respecto en otros países y por organizaciones internacionales. En consecuencia, el caso español va a ser presentado como significativo de aquellos países, que son muchos, en los que existe Internet, apenas hay regulación sobre el fenómeno, es precisa una red de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas y ella no puede ser establecida por ahora sino contando con las redes de seguridad y confianza de las relaciones jurídicas ya existentes, redes que están constituidas por las oficinas de fiabilidad tradicionales.

39

V. Regulaciones referidas a la utilización de dispositivos electrónicos por oficinas de confianza de carácter tradicional

1. Consideraciones previas.

Las oficinas de confianza en aquellos países donde existen hace ya tiempo que utilizan dispositivos electrónicos e incluso procedimientos de auxilio al envío de comunicaciones electrónicas. Por ello, existen prácticamente en todos los países europeos normas que regulan dicha utilización. Una muestra de los enunciados de las mismas se puede encon-

trar recogida en un informe de la Unión Europea, en concreto del grupo INFOSEC titulado "Legal and Regulatory Issues for the European Trusted Services Infrastructure-ETS" (32). Aquí vamos a mostrar su carácter tomando como ejemplo el contenido básico de algunas de las españolas.

Tomamos este ejemplo porque el uso en España de las telecomunicaciones por las instituciones de confianza tradicionales es muy similar al que se realiza en otros países europeos. Quizás este uso sea más habitual en España que en otros Estados, la razón reside en que en España existen nuevas instituciones, nacidas después de la Constitución de 1978. Estas instituciones, privadas y públicas, han adoptado desde su comienzo nuevos instrumentos de trabajo desarrollados con auxilio de las tecnologías de información y comunicación.

2. Instituciones de confianza.

Hay instituciones de confianza legales tradicionales que funcionan en la práctica utilizando tecnologías de la información y la comunicación. Ejercen sus funciones con medios de comunicación modernos. Por ejemplo (33):

1. El Banco Nacional (Banco de España) que es autoridad en relación con las comunicaciones telemáticas mantenidas entre el sistema de instituciones financieras;
2. Los registros de las Administraciones Públicas en relación con las comunicaciones habidas entre las Administraciones y ciudadanos y las mismas Administraciones entre sí;
3. Registros de la propiedad;
4. Inspección de tributos;
5. Notarios.

(32) ISTEV, Legal and Regulatory Issues cited pp. 44-56, 73-75.

(33) Se da, desde una perspectiva técnica, una enumeración parecida de trusted third parties posibles en: POHL, H., *Guidelines for the Use of Names and Keys* cit. p. 23.

Es un hecho que estas instituciones utilizan las denominadas nuevas tecnologías. La pregunta es: ¿cómo regula la ley este uso? En las próximas secciones observaremos las regulaciones más importantes. En la primera sección exponemos lo referido a las leyes generales (normas del Parlamento), y en el segundo los reglamentos (regulaciones gubernamentales).

3. Leyes.

No hay obstáculos legales al uso en España por instituciones jurídicas de tecnologías modernas en sus actividades. Desde la Constitución de 1978 en todas las áreas hay provisiones generales para el uso de información y tecnologías de comunicaciones. Ejemplos:

1. El artículo 18.4 de la Constitución, que establece la regulación legal de la informática.

2. El nuevo Código Penal es de 1995, y establece normas sobre el secreto de telecomunicaciones (art. 197).

3. Existe una Ley de protección de datos (desde 1992).

4. Hay permisos generales para la utilización de ordenadores y telemática en los Juzgados y Tribunales de Justicia en la Ley Orgánica del poder judicial (art. 230).

5. En el área de procedimientos las viejas leyes, obviamente, no regulan como elementos de prueba los documentos electrónicos, pero el nuevo Código Penal (1995, art. 26) realiza una nueva y realista regulación en documentos. También hay sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo penal (una sentencia de 19.4.1991, y una más reciente de 10.7.1996, por ejemplo). En estas normas los archivos informáticos son considerados documentos.

6. En relación con la interceptación de comunicaciones por teléfono hay sentencias muy importantes que precisan las condiciones de los controles legales (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 12.1.95).

7. En las Administraciones Públicas, la Ley de 1992 acepta y promueve el uso de las modernas tecnologías por los funcionarios de las Administraciones y por los ciudadanos en su relación con las Administraciones.

8. En el área de telecomunicaciones existen modernas leyes: se han promulgado leyes generales de telecomunicaciones en 1987, 1992; existe, desde junio de 1997, en el Parlamento, como proyecto de ley, una nueva norma; la Ley de las telecomunicaciones por satélite es de 1995 (el Reglamento es de 1997) y la Ley de las telecomunicaciones por cable fue promulgada en 1995. Hay también Leyes de Televisión. En todas las leyes hay regulaciones referidas a la homologación de productos y a los requisitos que han de satisfacer los operadores y servicios de telecomunicaciones para comenzar a operar.

9. En las leyes de telecomunicaciones se regula una Comisión Nacional para el Mercado de Telecomunicaciones. La regulación está recogida en los Decretos de 6 de junio y 6 de septiembre de 1996. La Comisión es designada por el Ministerio de Fomento.

No hay una legislación referida a la constitución de una red de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas. El mercado es la regla, esto es lo mismo que decir que hoy es posible la libre oferta de servicios de información y comunicación. La Comisión Nacional para el Mercado de las Telecomunicaciones debe arbitrar en caso de conflicto.

4. Reglamentos.

Las normas no sólo están en el nivel de las leyes promulgadas por el Parlamento, hay también regulaciones gubernamentales que articulan el uso de telecomunicaciones por las instituciones de confianza mencionadas. Por ejemplo:

1. Hay un Reglamento del Banco de España de 29 de marzo de 1996, que da normas sobre criptografía y seguri-

dad para las transmisiones ocurridas entre los centros de proceso de datos de entidades bancarias;

2. Existe el Decreto 263/1996, de 16 de febrero, referido al uso de la información electrónica y las técnicas telemáticas por la Administración General del Estado;

3. La Instrucción de 29.10.96, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa a la reseña de instrumentos técnicos a utilizar en la comunicación entre los Registros;

4. Hay una Orden de 22.3.1996, sobre la facturación del IVA hecha por medios telemáticos, obra del Ministerio de Economía y Hacienda.

En las próximas secciones describimos sintéticamente las características más importantes de estas regulaciones.

a) *Reglamento del Banco de España de 29 de marzo de 1996.*

43

La regulación da normas sobre criptografía y seguridad de las transmisiones de transacciones ocurridas entre los centros de proceso de datos de distintas entidades bancarias. Estas reglas se establecen para el funcionamiento habitual del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, que trabaja desde 1988 entre el Banco de España y las entidades asociadas (instituciones financieras).

La norma establece: el objeto y contenido de la norma, aspectos sustantivos de la norma (instrumentos técnicos, servicios de criptografía, técnicas de criptografía y personal responsable), instrucciones complementarias, infracciones y sanciones y, como anexo, el formulario de acuerdo a cumplimentar entre las instituciones financieras y el Banco de España con relación a la satisfacción de la norma.

Este es un ejemplo del interés en la seguridad de las comunicaciones de las instituciones de confianza, en este caso de carácter bancario. Pero la norma tiene límites. El límite principal consiste en que la norma no da para los últimos

usuarios del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, los ciudadanos, información sobre las actividades de los sistemas criptográficos y de seguridad. Por supuesto los juristas tampoco tienen esa información. La norma tan sólo da algunas descripciones generales sobre las técnicas de los sistemas criptográficos pero no es posible saber ni siquiera las características generales del Sistema Nacional. Por esta razón, cuando la norma habla sobre las instrucciones complementarias a la norma, regula sólo las reglas para salvaguardar el secreto de las instrucciones. Las instrucciones tienen carácter confidencial. Ello tiene como consecuencia que la regulación de estos servicios está fuera de las normas. Está basada solamente en los aspectos técnicos de los sistemas de criptografía y seguridad. Una consecuencia de ello es, por ejemplo, que no hay respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál será la posición del Banco de España o de las instituciones financieras cuando la autoridad competente en materia de interceptación de las telecomunicaciones haga preguntas concretas sobre el movimiento de transacciones entre determinados usuarios del sistema?

No hay normas concretas al respecto y ello puede tener resultados peligrosos tanto a los ciudadanos como a la propia confiabilidad del sistema de compensación de las instituciones financieras.

b) Decreto 263/1996, de 16 de febrero.

Este Decreto del Gobierno da normas para la aplicación de la Ley de las Administraciones Públicas de 1992 en relación con el uso de técnicas electrónicas, de información y telemáticas.

El Decreto estipula: las disposiciones generales (objeto de la norma, derechos y limitaciones de los ciudadanos, definiciones y garantías generales para el uso de medios electrónicos, informáticos y comunicación, telemáticos y aplicaciones en las Administraciones Públicas). Requisitos para

el uso de medios electrónicos, informáticos y comunicación, telemáticos y aplicaciones (aplicaciones a ser autorizadas, emisión de documentos y copias, comunicaciones por medios electrónicos, informáticos y telemáticos y aplicaciones, almacenamiento de documentos). Acción administrativa (aprobación y publicaciones de las aplicaciones, publicación de las aplicaciones, homologación).

El Decreto no establece directamente reglas para los Registros, las instituciones de confianza. Tampoco regula a las autoridades de certificación o las firmas digitales. Hay referencias genéricas a seguridad. La norma da reglas técnicas y organizativas sobre autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información a satisfacer por los instrumentos, medios de comunicación y aplicaciones. Estas notas son las características de los documentos electrónicos seguros. La norma estipula que estas reglas deben ser adecuadas a la tecnología, la naturaleza de los datos y sus riesgos.

45

Otra tendencia de la regulación de las Administraciones Públicas en el uso de la telemática se encuentra recogida en la Resolución de 17 de enero de 1996 sobre Seguridad Social. La Resolución establece directrices para acceder a la información sobre Seguridad Social que mantenga la institución en relación con el ciudadano. La Resolución da posibilidad de acceder a esta información utilizando medios telemáticos a empresas y ciudadanos. El problema está aquí en que la única referencia de la norma a la seguridad está ligada a la aplicación de la Ley de protección de datos. Hay también una referencia general a posibles nuevas regulaciones en el próximo futuro.

c) La Instrucción de 29.10.96, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Es un hecho el uso de las nuevas tecnologías por los Registros de la Propiedad y Mercantiles. La instrucción de

29.10.96 hace lo siguiente: 1) regula las posibilidades existentes, 2) desarrolla nuevas acciones y posibles expansiones, 3) da normas para la centralización de los sistemas y 4) estipula los requisitos técnicos para que se puedan producir comunicaciones entre los Registros entre sí y con el Registro central por medio del fax y e-mail. No hay referencias a la seguridad de los sistemas, tan sólo las hay de carácter genérico a la protección de los datos.

Hay muchas posibilidades para los notarios para la utilización de los nuevos medios de comunicación. Por ejemplo, el Registro General de Testamentos está apoyado por la informática por norma de 13.11.92. Existen previsiones para que se produzcan comunicaciones telemáticas entre los notarios y el Registro General (Reglamento de 2.12.92). No están reguladas medidas de seguridad concretas.

d) Orden de 22.3.1996, del Ministerio de Economía y Hacienda.

La Orden establece condiciones para el pago de facturas de IVA realizado por medio de la telemática. En concreto regula las condiciones a satisfacer por las industrias que colaboran en la tramitación de las facturas electrónicas considerándolas como terceros confiables. La autorización a estas industrias debe ser dada por la Inspección General de Tributos. Las empresas deben satisfacer estos requisitos: reseñar el objeto de la industria, presentar estatutos, aportar memoria económica, realizar una descripción general del sistema, expresar la configuración lógica y física del sistema informático utilizado, indicar medidas de seguridad, el tipo de usuarios, modelo de contrato de adhesión al sistema, satisfacción de los requisitos de la ley de telecomunicaciones, lugar de los servidores, obligaciones, auditorías...

5. Consideraciones.

El caso presentado puede ser un ejemplo de lo que sucede en cualquier otro país europeo de tipo continental. A continuación se hace un resumen de la situación:

1. No existe conciencia generalizada sobre métodos de cifrado y por tanto no hay referencias a expresiones propias de la discusión criptográfica como autoridades de certificación, firma digital, clave pública o clave privada. La única excepción es el caso de la Administración Pública, donde se recogen las exigencias generales de seguridad para las comunicaciones electrónicas.

2. No existen redes establecidas para una comunicación electrónica de los ciudadanos de carácter seguro y confiable.

3. Existen redes de oficinas de fiabilidad que, pese a que utilizan las comunicaciones electrónicas, no satisfacen los requisitos de seguridad y garantía de las mismas.

4. Las leyes penales, procesales y de carácter administrativo no impiden la constitución de redes de seguridad y garantía de las comunicaciones electrónicas. Al contrario: promueven su creación.

5. Dado el principio de legalidad vigente se echa en falta una regulación concreta sobre firma electrónica. Sería conveniente una regulación procesal expresa sobre el valor como prueba en juicio de los documentos electrónicos.

6. Existe una ley de protección de datos de obligado cumplimiento en el ámbito público y privado.

7. Las normas que regulan a las oficinas tradicionales de confianza, registros y notaría, propician el uso como instrumento de comunicación de los recursos que proporciona la electrónica.

8. Los bancos utilizan las técnicas de cifrado. Probablemente las de clave simétrica.

9. La ley de telecomunicaciones no impone norma alguna limitadora para el establecimiento de redes de carácter privado o público.

10. Existe una pluralidad de redes de confianza en actividad.

Estos ejemplos muestran que el grado de utilización y regulación de las comunicaciones electrónicas es elevado en las modernas Administraciones. Su límite reside en que, por lo general, no están adaptadas a las exigencias de seguridad y confianza que se reclama, por el desarrollo tecnológico, en la actualidad a las comunicaciones electrónicas. Pero éste no es un grave obstáculo, estos datos expresan que el cambio legislativo requerido para la adaptación es limitado, especialmente se trataría de adoptar las medidas técnicas precisas para establecer las redes de seguridad y confianza que faltan para propiciar las comunicaciones entre ciudadanos, el comercio electrónico y la comunicación con las Administraciones Públicas. Lo fundamental, que está centrado en la existencia de redes de seguridad y confianza de las relaciones jurídicas, existe.

48

Estos datos son señal también de la solución desarrollada autónomamente por la sociedad para la seguridad y la confianza de las comunicaciones electrónicas. La solución consiste, en países democráticos, en la progresiva integración del desarrollo tecnológico en el tejido social a través de la práctica asumida por las instituciones que la integran.

Ha de reconocerse que esta solución tiene sus límites porque el problema está en si el procedimiento es suficiente para integrar el cambio tecnológico que está sucediendo y que viene de forma inmediata con el uso de programas que están en el mercado, como hemos expresado desde el comienzo de este trabajo. La dinámica social está guiada tradicionalmente por la ley del mercado y ello tiene como consecuencia dejar en muy segundo plano: hasta que no entren en el mercado, a numerosas culturas que están presentes en nuestra sociedad.

De ahí la necesidad de elaborar leyes estatales y, dado que hablamos de redes, las mismas han de tener como horizonte una directiva europea que coopere a la coordinación

de los esfuerzos nacionales teniendo en cuenta que hay países con regulaciones nuevas y con regulaciones antiguas sobre la materia.

VI. Propuesta para la Unión Europea

Por todo lo anterior, teniendo presente:

1. Las indicaciones técnicas, las leyes y políticas existentes en Europa, Estados Unidos y organizaciones internacionales,

2. Los modelos de regulación que cabe construir con dicha experiencia (34) y

3. El modelo de infraestructura de seguridad que de todo ello resulta más adecuado teniendo en cuenta, además, que aquí se parte de la experiencia ocurrida en un país como España, en el que todavía no se han ajustado las leyes a los requisitos de las técnicas criptográficas dado que en esta materia siempre ha de hablarse de redes, aquí es posible discurrir acerca de las tres siguientes cuestiones:

- a) Una posible directiva,
- b) Las leyes estatales complementarias, y
- c) Un procedimiento de prueba de una red de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas elaborada contando con instituciones tradicionales.

1. Una directiva.

El núcleo central de una normativa europea sobre la materia ha de estar centrado en los siguientes temas: mecanismos de confianza y métodos de cifrado, conexión de la directiva con el resto del ordenamiento jurídico y el esquema fundamental de la directiva.

(34) Estos modelos europeos y estadounidenses han quedado reflejados en el informe citado *supra* en nota 5.

a) *Mecanismos y métodos.*

Como ha sido expresado en apartados anteriores, desde el comienzo de este trabajo, una directiva europea, dirigida a los Estados miembros, que garantice la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas ha de propiciar la instauración de los siguientes mecanismos de confianza y métodos de cifrado:

Mecanismos.

1. Una infraestructura que garantice las comunicaciones entre los ciudadanos, de éstos con las Administraciones y de las Administraciones entre sí, respetando la pluralidad cultural y lingüística europea.

50

2. La declaración de que los ciudadanos son libres y responsables de sus actos pudiendo ser penados como autores de un delito de obstrucción a la justicia por negarse a declarar la clave privada en comunicaciones electrónicas que formen parte de acciones delictivas.

3. El respeto a la legislación sobre protección de datos personales.

4. La puesta en práctica de la interceptación de las telecomunicaciones con el fin de prevenir el delito.

5. El establecimiento de una autoridad competente sobre telecomunicaciones en cada país europeo.

6. El establecimiento de varias autoridades de certificación en cada país europeo. La acción de estas autoridades ha de estar autorizada por la autoridad competente respectiva por medio de un procedimiento que potencie la acción del mercado.

7. La libertad del establecimiento de oficinas de confiabilidad pudiendo serlo las oficinas tradicionales (notarías y registros).

8. La posibilidad de que las oficinas de confiabilidad puedan establecer acuerdos con autoridades de certificación.

9. La articulación de medidas dirigidas a propiciar la estandarización técnica.

10. La organización de códigos de práctica.

11. El establecimiento de un grupo de protección de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas de ámbito europeo, representante de las autoridades competentes de cada país y del comité de la Comisión, encargado de coordinar las políticas sobre la materia.

12. El establecimiento en la Comisión Europea de un comité nombrado por los Estados miembros que tendrá por misión hacer propuestas relacionadas con la materia atendiendo al desarrollo tecnológico y al de las técnicas de cifrado.

Métodos de cifrado.

1. La declaración del principio de la libertad de elección de los métodos de cifrado.

2. La declaración del principio de que nadie estará obligado a depositar su clave privada.

3. La declaración del principio de que el ciudadano es responsable de las consecuencias seguidas de la adopción de uno u otro método.

4. La afirmación de que el Estado ha de cumplir sus funciones propias de fe pública y prevenir y perseguir la delincuencia.

b) Conexión con el resto del ordenamiento jurídico.

Otros elementos de la directiva han de estar constituidos por la conexión de su regulación con el resto de las materias objeto de regulación del ordenamiento jurídico. En especial ha de atenderse a las personas, lugar y tiempo de las comunicaciones electrónicas. También al reconocimiento de las garantías jurídicas de la regulación: al sistema de recursos.

En concreto: ámbito de aplicación, regulación de Derecho Internacional Privado, recursos judiciales, sanciones y regulación del ámbito internacional de las comunicaciones electrónicas habidas con otros países (de la Unión Europea y de fuera de la Unión Europea).

Para estas medidas referencia fundamental ha de ser la regulación sobre protección de datos personales dada la conexión que desde un punto de vista jurídico sin duda existe sobre la materia. En concreto la Directiva sobre protección de datos personales. La diferencia reside en los bienes afectados, que en el caso de la protección de datos es la intimidad personal, mientras que en la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas lo es el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión, la fe pública, el libre comercio, el acceso a la información y la acción del Estado en la persecución y prevención del delito. La coincidencia está en que en uno y otro caso los mecanismos de acción están constituidos por las tecnologías de la información y la comunicación.

c) *Esquema de la directiva.*

El borrador de directiva hipotética cuenta con los siguientes apartados:

El Preámbulo.

El Capítulo I (arts. 1 a 4), que está destinado al establecimiento de Disposiciones generales. En él se especifica lo siguiente:

1. El objeto de la directiva.
2. Las definiciones fundamentales de la misma referidas a: técnicas de cifrado, propiedades de las comunicaciones electrónicas seguras, y a las instituciones de confianza
3. La coordinación de la red con la destinada a protección de datos personales, red complementaria a la anterior.
4. La estipulación de que está al margen de la directiva la regulación de la interceptación de las comunicaciones electrónicas.

5. La determinación del Derecho nacional aplicable según el lugar de la comunicación y la nacionalidad de quien la realiza.

El Capítulo II (arts. 5 a 8), se ocupa de las “Condiciones generales para la protección de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas”. En él se establecen, en tres secciones, las siguientes materias:

1. Los principios relativos a la puesta en práctica de la seguridad de las comunicaciones electrónicas,

2. Los principios relativos a la puesta en práctica de la confiabilidad de las comunicaciones electrónicas, y

3. Los principios relativos a la adopción de estándares técnicos sobre la materia.

El Capítulo III (arts. 9 a 11), se ocupa de reseñar los recursos judiciales. Responsabilidad y sanciones.

El Capítulo IV (arts. 12 a 13), se ocupa de las comunicaciones internacionales y de la forma de establecer la necesaria coordinación en la materia.

El Capítulo V (art. 14), se ocupa del establecimiento de códigos de conducta.

El Capítulo VI (arts. 15 a 17), da normas para el funcionamiento de la autoridad competente y del grupo de protección de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas.

El Capítulo VII (art. 18), hace una previsión sobre las medidas de ejecución comunitarias.

Las Disposiciones finales (arts. 19 a 21), se ocupan de la entrada en funcionamiento de la directiva.

2. Las leyes estatales complementarias.

Como ha quedado expresado, la regulación no termina con la directiva. Dada la situación de la normativa interna de cada Estado, más bien se inicia en cada Estado mediante el ajuste del ordenamiento interno a la normativa europea. Ahora bien, es difícil hablar de cómo puede concretar-

se este ajuste porque, como se ha observado en el estudio de las soluciones ya adoptadas o en vías de adoptar, el contenido del ordenamiento interno dependerá de las características del ordenamiento interno y del contenido final de la directiva.

Por todo lo cual aquí vamos a limitarnos a hacer algunas sugerencias generales de cambios más notables del ordenamiento que se desprenden del contenido de la hipótesis de directiva aquí establecida. Ha de advertirse que aquí se parte de la convicción de que los cambios, en general, no necesitan ser drásticos, una vez que la mayor parte de los ordenamientos europeos ya cuentan con normas, a uno u otro nivel (legislativas y administrativas unas, sentencias judiciales en alguna medida) en las que se da respuesta a los problemas de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas que han ido naciendo, como ya se ha visto al estudiar la legislación vigente española como ejemplo.

54

a) *Ley sobre firma digital.*

A efectos de evitar dificultades en la aplicación del Derecho positivo, debería elaborarse una ley sobre firma digital que concretara sus características y condiciones, a efectos de ser tenidos por válidos en juicio los actos y contratos realizados utilizando dicho mecanismo.

b) *Redefinición del delito de obstrucción a la justicia.*

En el Código Penal de cada país debería contemplarse que aquel que en el caso de que en la investigación de un delito se negare a revelar la clave privada de un mensaje cifrado incurriría en el delito de obstrucción a la justicia, lo que comportaría la aplicación de la pena correspondiente.

c) Regulación de la interceptación legal de las comunicaciones.

Han de ajustarse al Derecho interno las actividades de los operadores de servicios de telecomunicaciones. Éstos han de cumplir con los derechos de las personas, especialmente el del secreto de las telecomunicaciones, y auxiliar a la interceptación de las mismas dispuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Europea, Resolución 96/C 329/01, relativa a la interceptación legal de las telecomunicaciones, en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión Europea.

En cada país de la Unión Europea se hace preciso desarrollar, lo mejor es que desde el comienzo sea ello en forma coordinada, un conjunto de normas que permitan utilizar las virtualidades de las vigentes y establecer un mecanismo que permita asumir las modificaciones que reclame el futuro desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones.

55

d) Ley sobre la Autoridad Competente.

Se deben regular las características, derechos y obligaciones de la autoridad competente en materia de telecomunicaciones. Su estatuto orgánico. Su dependencia.

Esta autoridad debería ser nombrada por el poder ejecutivo, pero, dadas sus funciones y su competencia relacionada con la soberanía, debería estar obligada al menos a informar al poder legislativo.

Ha de prestarse atención a su función en la interceptación legal de telecomunicaciones con respecto a operadores de red y oficinas de confianza.

Debería regularse una institución gubernamental que centralizara las peticiones de intervención de distintas agencias estatales, contando con permiso judicial, a la autoridad competente.

e) *Ley sobre Autoridades de Certificación de clave pública.*

Se deben regular las condiciones que han de satisfacer las denominadas autoridades de certificación de clave pública para obtener una licencia por parte de la autoridad competente.

También ha de regularse la constitución y acción de dichas autoridades en las administraciones Públicas, Juzgados... en general en organismos de carácter público.

3. Prueba prevista.

56

El contenido del borrador de directiva ha sido elaborado a partir de la información adquirida sobre el estado de la cuestión, el Derecho comparado y, especialmente, dada la novedad del asunto, la experiencia adquirida en el desarrollo de las actividades que lleva adelante el grupo de investigación AEQUITAS y otras instituciones con las que el grupo está colaborando, desde comienzos de 1997. Estas experiencias van a continuar con la prueba del sistema jurídico aquí propuesto con relación a:

1. La constitución y puesta en acción de una autoridad de certificación de claves públicas para la contratación de carácter privado,

2. El funcionamiento de varias oficinas o servicios de confiabilidad, y

3. La elaboración de normativa necesaria para las actividades de dichas instituciones.

La previsión actual con respecto al desarrollo de estas acciones es la siguiente.

a) *Constitución de una autoridad de certificación.*

El Consejo General del Notariado de España, el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio de España, la empresa Intercomputer S.A. y la Uni-

versidad de Zaragoza constituyen en estos momentos la Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones (FESTE). La fundación está destinada:

1. Al estudio de problemas como los aquí mencionados,
2. A constituirse en autoridad de certificación destinada a hacer públicas las claves de las personas que por sí mismas o por medio de oficinas de confiabilidad confíen a la fundación,
3. A elaborar un código de prácticas conjuntamente con las oficinas de confiabilidad que pacten en este sentido con la fundación, y
4. A la formación mediante organización de conferencias, seminarios y cursos de postgrado.

La fundación FESTE está abierta a la participación de todas aquellas instituciones y empresas que coincidan con los objetivos expuestos. Inicialmente va a ejercer su función como autoridad de certificación en el ámbito de la contratación electrónica de carácter privado. Notarios y corredores de comercio serán las oficinas de fiabilidad reconocidas inicialmente por la autoridad de certificación.

57

b) Constitución y puesta en funcionamiento de dos oficinas de confiabilidad.

En concreto las denominadas SISCER y AD AEQUITA-TEM. Las oficinas están en fase de implantación inicial. Han sido las experiencias iniciales, en la actualidad se está redefiniendo su función al contar con FESTE. En concreto:

SISCER

SISCER (<http://www.siscer.com>), servicio de valor añadido de la empresa Intercomputer S.A., con colaboración de la Universidad de Zaragoza, constituido bajo el marco de la Ley de Telecomunicaciones, está certificando los servidores (ordenadores) de varias entidades bancarias que han asumi-

do su labor de oficina de confiabilidad, y comienza a dar fe, en fase de prueba, de las direcciones de correo electrónico de varias personas que participan en dicha prueba inicial.

AD AEQUITATEM

AD AEQUITATEM (<http://aequitas.encomix.es>), realiza trabajos de forma experimental. Está constituido por la Universidad de Zaragoza y cuenta con la colaboración de la empresa Intercomputer S.A. Tiene por fin fundamental la creación de autoridades de certificación y oficinas de confiabilidad. Sus funciones son las siguientes:

1. Realizar investigaciones referidas al estudio de los mecanismos jurídicos y técnicos precisos para certificar a servidores de información de instituciones de carácter público y privado,

58 2. Realizar investigaciones referidas al estudio de los mecanismos jurídicos y técnicos precisos para certificar datos de personas, especialmente juristas españoles, franceses, austríacos, chilenos y estadounidenses que colaboren con sus actividades, y

3. Participar en la construcción de autoridades de certificación y oficinas de confiabilidad de ámbito público y privado.

c) *Regulación de la actividad de las instituciones.*

La fundación FESTE cuenta con un anteproyecto de Estatutos de funcionamiento que quedarán aprobados al tiempo de constitución de la fundación previsto para el mes de noviembre de 1997. En este momento se ultima la preparación de las organizaciones iniciales que constituirán en un primer momento a FESTE.

Cada una de las oficinas de confiabilidad cuenta para su acción con la reglamentación correspondiente a su grado de participación en la acción de FESTE. Especialmente está in-

tegrada por los contratos establecidos entre FESTE y las personas o entidades que aceptan sus servicios. Contratos que constan de los cuatro elementos siguientes:

1. La aceptación de los servicios de FESTE por parte del contratante,
2. Cuando ello es pertinente, la aceptación de los servicios de FESTE por parte de los clientes del contratante,
3. Las cláusulas generales de funcionamiento de FESTE, y
4. Las condiciones del servicio.

Está en proceso de elaboración otro tipo de normativa integrada por:

1. El reglamento interno de las oficinas en el que se establecen las obligaciones y derechos de quienes trabajan en la misma,
2. El código de prácticas aceptado por todas las oficinas en su funcionamiento entre sí y con respecto a la autoridad de certificación, y
3. Las reglamentaciones técnicas o estándares a satisfacer por este tipo de oficinas.

59

VII. Conclusión

Por lo hasta aquí reseñado, cabe encontrar posiciones intermedias que satisfagan a Gobiernos y usuarios europeos en la regulación de la garantía de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas. La conjunción de recursos jurídicos y técnicos permite elaborar instrumentos o mecanismos que facilitan la libertad, la seguridad y la confianza de los ciudadanos en la utilización de las comunicaciones electrónicas, a la vez que el ejercicio de las funciones propias del Estado, sea cual sea el idioma que tengan o la cultura de la que participen. Esta posición es preferible a la meramente tecnocrática que, dado el estado de la técnica, favorece exclusivamente a intereses ajenos a los europeos y

se apartan del ordenamiento jurídico vigente. Uno de los recursos es el constituido por la normativa aquí presentada en forma esquemática, que tiene como particular característica su facultad de integrar a los mecanismos de seguridad y garantía de las comunicaciones electrónicas con el funcionamiento de entidades tradicionales que se encargan de dar seguridad y garantía a las relaciones jurídicas mantenidas entre los ciudadanos.

SIGNIFICADO DEL CÓDIGO CIVIL CUBANO DE 1987 EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN (*)

GABRIEL GARCÍA CANTERO

*Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza
Presidente de la Asociación Española
de Derecho Comparado*

61

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** *EXCURSUS*: NATALINO IRTI NO FUE PROFETA EN SU TIERRA. **III.** SOBRE LA CENTRALIDAD DEL CÓDIGO Y SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA CODIFICACIÓN. **IV.** CARACTERÍSTICAS DE LAS NUEVAS CODIFICACIONES. **V.** LA DIFUSIÓN DEL MODELO DEL C.C. ESPAÑOL EN EL MUNDO. **VI.** CARACTERES GENERALES DEL C.C. CUBANO DE 16 DE JULIO DE 1987. **VII.** ES UN CÓDIGO DE ESTRICTA INSPIRACIÓN MARXISTA. **VIII.** POSEE ALGUNOS RASGOS ORIGINALES PROCEDEN-

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

TES DE LA MODERNA DOCTRINA JURÍDICA. **IX.** REPRODUCE BUEN NÚMERO DE REGLAS DEL C.C. ESPAÑOL, HASTA AHORA VIGENTE EN EL PAÍS. **X.** A MODO DE CONCLUSIONES.

I. Introducción

Objeto de este trabajo es explicar el significado del C.c. cubano de 1987 (1) —tan escasamente conocido por los espa-

(1) La bibliografía actual sobre el Derecho cubano, accesible en España, es escasa. En 1975 hay una publicación oficial del Ministerio cubano de Justicia sobre el *Código civil*, concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975. En su *Introducción* se recuerda que el C.c. vigente en Cuba es nominalmente el mismo que empezó a regir en España en su redacción definitiva, extensivo a la Isla de Cuba, Puerto Rico y Filipinas por RD de 31 de julio de 1889, entrando en vigor en la primera el 5 de noviembre del mismo año. Durante la dominación española este cuerpo legal sólo fue modificado una vez, con respecto a la regulación de la capacidad para contraer matrimonio; en cambio, los gobiernos interventores norteamericanos lo modificaron en numerosas ocasiones, así como los órganos legislativos de la República. A partir del triunfo de la Revolución castrista en 1959, y con el surgimiento de las nuevas relaciones socialistas de producción, tales como las Leyes de reforma agraria (1959-1963), la Ley de reforma urbana (1960) y la de nacionalización de las empresas (1960), implicaron trascendentales variaciones en el régimen de la propiedad inmobiliaria, y en el sistema de las obligaciones y contratos. A ello ha colaborado la segregación de toda la materia concerniente a la familia, que ha pasado a formar un cuerpo legal independiente: el Código de Familia. Sin embargo, se afirma, a pesar de todos estos acontecimientos, y durante ellos, se consideró conveniente publicar una nueva edición del C.c. para satisfacer necesidades de la práctica jurídica y de la docencia. Las anteriores ediciones del C.c. se hallaban totalmente agotadas y sus ejemplares eran, en la época, casi rarezas bibliográficas. Acertadamente se señala esta peculiaridad del Gobierno cubano, dado que en las facultades de Derecho seguía enseñándose el C.c. español, como lo atestigua Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, "El Derecho civil en Cuba durante los siglos XIX y XX. Valoración de la Parte General (Libro Primero) en el Código civil de 1987", *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1995, p. 382. Por otra parte, esta edición podría proporcionar antecedentes de inapreciable valor y fácilmente accesibles para la tarea de elaborar el proyecto de Código civil. La *Revista Cubana de Derecho*, año V, núm. 11, enero-junio de 1976, publica, entre otros textos legislativos, el de la Constitución cubana aprobada el 24 de febrero de 1976. Sobre este último véase ÁLVAREZ TABÍO, *Comentarios a la Constitución socialista* (La Habana, 1985). Ofrece interés CANTÓN BLANCO, *Conferencias de propiedad y derechos reales* (La Habana, 1982) pues presenta las modi-

ñoles-, perteneciente a un período histórico dentro del que algún autor ha calificado como ejemplo de la *tercera fase codificadora*; la primera se abriría con el *Code civil*, la segunda con el *Bürgerlichesgesetzbuch*, y la tercera, con los códigos promulgados después de la Segunda Guerra Mundial, cuyo momento culminante es, sin duda, el *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek* de 1992.

II. *Excursus*: NATALINO IRTI no fue profeta en su tierra

A modo de introducción habría que afirmar: **NATALINO IRTI no fue profeta en su tierra.**

A partir de la década de los 70, uno de los civilistas italianos probablemente más conocido y citado en España haya sido este catedrático de la Universidad de La Sapienza, habiendo influido quizá, en aquella circunstancia, el hecho que se recuerda en la 3.^a ed. de *L'età della decodificazione* (Milano, 1989), a saber, una invitación que el prof. DE LOS MOZOS le hizo para visitar la Universidad de Salamanca, evocando luego IRTI, en libro posterior, la memoria de UNAMUNO, las severas aulas y los antiguos Colegios Mayores (2), y que también le sirvió para “sellar el paso del primer contacto con el problema a un pensamiento más maduro y definitivo”. Lo cierto es que hablar de la *descodificación*, o *decodificación* del C.c. (ambas formas gramaticales son correctas, aunque yo prefiero la primera) ha sido un capítulo obligado en las memorias de cuantos opositores han concursado, en

63

ficaciones que la Constitución de 1976 supuso para la regulación de la propiedad y derechos reales y, en cierto modo, adelanta la regulación que de estas materias hará el C.c. de 1987. En diciembre de 1985, la *Asamblea Nacional del Poder Popular* publica el *Anteproyecto del Código civil*, que va a servir de base para el texto definitivo, cuyo significado se aclara en un excelente y bien documentado estudio de RAFA ÁLVAREZ, “La codificación del Derecho civil”, *Revista Jurídica*. IV, núm. 11, abril-junio 1986, pp. 82-166. En el cit. artículo de Gisela M.^a PÉREZ FUENTES se hace una amplia exposición descriptiva del C.c. de 1987, con algunas observaciones críticas.

(2) IRTI, *Codice civile e società politica* (Roma-Bari, 1995), p. 5.

el indicado lapso de tiempo, a plazas de Derecho civil en España. Las ideas básicas de IRTI –reiteradas en todos los tonos en sucesivos trabajos– son ampliamente conocidas, y por ello me limitaré a sintetizarlas al máximo posible (3). Veamos a continuación lo que ha defendido este autor, al menos hasta 1995:

“Por un lado, el Código ha perdido todo valor constitucional, ya que las libertades políticas y civiles, el derecho de propiedad, la iniciativa económica privada, se tutelan en la Constitución, es decir, en normas jerárquicamente superiores (...). A esta tutela nada puede añadir el C.c., despojado de la función de garantía que asumió en el siglo XIX, y expropiado día a día por las leyes especiales” (4).

“La edad de la descodificación –o sea, los años que vivimos y los que nos esperan en el próximo futuro–, está ante nuestros ojos con la nitidez de su fisonomía. El C.c. ha perdido el carácter de centralidad en el sistema de fuentes; ya no es la sede de las garantías individuales, que son en adelante asumidas y desarrolladas por la Constitución; ya no es la sede de los principios generales, en adelante expresados mediante categorías de bienes o de clases de sujetos, mediante leyes externas. La historia de nuestro siglo revela, bajo la órbita de las reformas legislativas, una radical dirección centrífuga” (5).

“En nuestro tiempo ya no se renueva la discusión sobre la codificación. Se han extinguido o han caído los conceptos ideales: la utopía de un derecho sellado por la razón para todos los hombres y para todos los países; la confianza en la creatividad espontánea de la conciencia popular” (6).

(3) Menos conocido y divulgado es que IRTI ha vuelto claramente sobre sus pasos, en reciente trabajo; afirma que ahora está en crisis la propia Constitución; se cuestiona la República, se revisa o se reescribe la historia de la guerra, se tambalea el mito de la Resistencia y de la lucha por la liberación, se rechaza la tradición unitaria y se proyecta un Estado federal; frente al *cansancio constitucional* se contraponen la *estabilidad del Código civil*, de modo que las circunstancias históricas atribuyen a éste una especie de *plusvalor político*, es decir, un significado unificador y una capacidad mediadora que trascienden las posiciones de las leyes ordinarias; de este modo el C.c. *retorna al centro del sistema*, cumpliendo la función de garantía y asumiendo la responsabilidad unitaria hasta ahora pertenecientes a la Carta constitucional. Ésta –que puede calificarse de *conversión irtiana*– requeriría mayor espacio del que puedo dedicarle aquí; obliga, en todo caso, a hablar en pretérito de las posiciones de IRTI.

(4) IRTI, *L'età della decodificazione*, op. cit., pp. 29 y s.

(5) IRTI, op. ultim. cit., p. 33.

(6) IRTI, op. ultim. cit., p. 38.

“No podemos asombrarnos si enteras instituciones o categorías de relaciones jurídicas se sustraen al C.c. y se confían a leyes externas: el fenómeno ha afectado a los sectores más vulnerables del Derecho privado, desde la familia al trabajo subordinado, desde el contrato de sociedad a los contratos agrarios. El proceso de descodificación se expande irresistiblemente” (7).

Fuere cual fuere la acogida o, incluso, el entusiasmo con que los civilistas españoles recibieron las ideas, entonces, ciertamente novedosas de IRTI (8), podemos afirmar con rotundidad, atendiendo a nuestra reciente legislación especial, que los vaticinios de dicho autor no se han cumplido en importantes extremos. IRTI había escrito (9) que en Italia el contrato de arrendamiento (*locazione*) del C.c. aparecía como un derecho residual respecto a las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos. La evolución española ha ido, cabalmente, en sentido contrario; en efecto, la LAU de 1994 ha supuesto, por ejemplo, para el antiguo arrendamiento de local de negocio (ahora, calificado de *para uso distinto de la vivienda*) un retorno casi total al régimen del C.c., predominando en su regulación el principio de autonomía de la voluntad, mientras que el arrendamiento de vivienda, despojado de sus más preciados caracteres (prórroga forzosa y cierto control en las rentas) conserva ahora alguna especialidad, más nominal que real, si se atiende al régimen de 1964; en cuanto a los arrendamientos rústicos, la Ley de Modernización representa un paso en la misma dirección, aunque dado con cierta timidez (podría decirse que esta legislación está –en términos generales– al nivel del Decreto-ley Boyer de 1985).

65

(7) IRTI, *op. ultim. cit.*, p. 114.

(8) Pueden verse, a este respecto, en nuestra doctrina las observaciones críticas de CARRASCO PERERA: *El Derecho civil: Señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, pp. 45 y ss.; GIL RODRÍGUEZ, “Acotaciones para un concepto de Derecho civil”, *ADC*, 1989, pp. 335 y ss., y, sobre todos, las matizadas observaciones de MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, 1991, pp. 45 y ss.

(9) IRTI, *op. ultim. cit.*, p. 36.

III. Sobre la centralidad del Código y sobre la actualidad de la codificación

66

Pero más significativo me parece el hecho de la mayoritaria falta de aceptación por parte de la doctrina italiana respecto de las opiniones de IRTI –y ello ha podido influir en su cambio de opinión, ya aludido–, sin perjuicio de que el problema planteado, en general, por la proliferación de leyes extracodiciales, está lejos de solucionarse en ninguno de los países de nuestro entorno. Al margen de esto último, cuya gravedad no cabe desconocer, aunque no es posible abordarlo aquí, es lo cierto que en Italia se han rechazado tanto las premisas como las consecuencias extraídas por su autor. En este punto, sería oportuno hacer un inciso, comparando lo ocurrido en Italia con la pobreza celebrativa de que hemos hecho gala en el centenario de nuestro ya venerable C.c.; no deja de sorprender que los italianos hayan multiplicado los congresos, tablas redondas, reuniones de estudio, etc., con motivo de los 40 y de los 50 años del *Codice civile* de 1942. En el Congreso de Sássari de 1982 se plantearon dos cuestiones fundamentales: ¿Es o no actual la idea de un Código? ¿Responde el C.c. de 1942 a las ideas de nuestro tiempo? Si IRTI adelantó su respuesta unos años antes, BIANCA abiertamente le contradice y contesta afirmativamente a la pregunta de tipo general en base a que –a su juicio– el Código satisface dos exigencias fundamentales de nuestra sociedad, la igualdad y la racionalidad. En 1992 se celebró en Génova el XIII Congreso Nacional de Abogados Jóvenes, y en su ponencia, ALPA –aun siendo partidario de desmitificar el C.c.– le atribuye, al menos, una triple función que desempeña mejor que las leyes especiales: ser el espejo de la sociedad, no sólo presente sino futura, servir de regulación de las relaciones civiles y de laboratorio de la interpretación; y en fase de conclusiones, FERRI sostiene que la idea del Código, entendido como filosofía no sólo no ha perdido vitalidad, sino que hoy, más que nunca, resulta in-

dispensable. Este mismo autor, en el Congreso celebrado en Milán, afirma que el Código sigue siendo instrumento príncipe o referente privilegiado de las relaciones entre particulares, pues nunca como ahora ha hecho falta un sistema orgánico y formal de principios y normas; por ello, el C.c. es el sistema ordenado y ordenante que ejerce una función central e insustituible. FALZEA, por su parte, hablará de la permanente centralidad del C.c.

En resumen, este claro y decidido movimiento de ideas, contrarias a las de IRTI, partidario éste inicialmente –como sabemos– de un carácter residual del C.c., debe completarse con la perspectiva comparatista que, por su parte, aporta SACCO, expuesta primero como ponencia en el Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Caracas (1982), y completada luego en publicación aparte (10). Comenta este autor que los hechos se han desarrollado como si los legisladores se hubieran olvidado de que estábamos en la era de la descodificación, ya que en el último medio siglo se han promulgado hasta cuarenta nuevos Códigos civiles.

67

IV. Características de las nuevas codificaciones

SACCO cuida de advertir que cuarenta nuevos Códigos civiles no significan cuarenta nuevos modelos de Código, y que la circulación de éstos no se detiene ante barreras lingüísticas, culturales, históricas o sociológicas. Con todo, el Prof. TALLON –*Rapporteur général* en el Congreso Internacional de Bristol (1998) del tema sobre *L'emploi du droit comparé dans les nouvelles codifications* –ha señalado algunos límites a los ponentes nacionales, tanto cronológicos (las ponencias deben referirse a codificaciones que remontan aproximadamente a una docena de años), como en relación con el concepto mismo de código, del que con frecuencia se abusa, dentro y fue-

(10) Sacco, "Codificare, modo superato di legiferare?", *RDC*, 1983.

ra de nuestras fronteras (por codificación hay que entender toda obra legislativa, cualquiera que sea su denominación, que se propone tomar la totalidad de una rama jurídica, al menos, para renovarla globalmente; se incluiría incluso la renovación constitucional). De modo principal, en las instrucciones dirigidas por TALLON a los ponentes nacionales, se toman en consideración las codificaciones que se están promulgando en los países ex-socialistas, para examinar lo que en ellos haya de ruptura con el pasado inmediato o de continuidad con el régimen pre-comunista. El caso del C.c. cubano de 1987 —aquí examinado— ofrece, sin embargo, caracteres singulares, al margen de las descritas, y que expongo a continuación, confirmando, al mismo tiempo, la centralidad del Código civil.

¿En qué modelos se ha inspirado? ¿Es un Código rigurosamente fiel a la ideología comunista? ¿Qué papel ha jugado, en su elaboración, el C.c. español, vigente sustancialmente en la Isla de Cuba hasta la entrada en vigor del C.c. de 1987? Antes de responder a estos interrogantes conviene aludir brevemente a un tema que, entre nosotros, habitualmente se soslaya.

V. La difusión del modelo del C.c. español en el mundo

Parece conveniente, a modo de introducción, exponer esta cuestión escasamente tratada por la doctrina española. De todos es sabido que el C.c. de 1889 ha tenido muy limitada difusión más allá de nuestras fronteras; es un fruto tardío de la primera oleada codificadora europea y, además, de segunda fila, por lo que en el extranjero suele englobársele, sin muchos matices, entre los derivados del *Code de Napoléon*, si bien recientes comparatistas han comenzado ya a analizar en profundidad sus notas diferenciales. Hubiera debido servir de modelo a las legislaciones civiles de las antiguas colonias españolas, prematuramente emancipadas a principios del siglo XIX, pero no llegó a tiempo de serlo pues

la mayoría de países hispanoamericanos promulgaron sus códigos antes del nuestro; ello no fue obstáculo para que las Partidas, las Leyes de Indias, o el Proyecto de GARCÍA GORYENA, fueran tomadas en cuenta en algunos casos por los codificadores de aquellos países, pero, evidentemente, sin la fuerza persuasiva de un Código moderno, que ostentaba el francés (se dio el caso de que la República Dominicana, a poco de alcanzar su independencia, dictó una ley adoptando íntegramente como C.c. la traducción española del C.c. francés). Sin embargo, nuestro Código entró en vigor en las últimas colonias antillanas y en Filipinas, y allí se ha mantenido, con suerte varia, hasta bien avanzado el presente siglo. El caso más llamativo de supervivencia se produce en Puerto Rico, en donde, después de la ocupación norteamericana, el Congreso puertorriqueño lo adoptó como código propio, con leves modificaciones, y allí sigue en constante conflicto con un Derecho público de cuño anglosajón. En las Islas Filipinas, nuestro C.c. se mantuvo hasta la promulgación del vigente C.c. filipino en 1947 (11), en el cual se conserva un 80% aproximado de preceptos de origen español, la mitad de ellos traducidos literalmente al inglés, y, el resto, modificado. En Cuba las cosas han transcurrido de modo algo diverso; a raíz de la independencia, se mantuvo en vigor el C.c. español —tanto bajo la ocupación norteamericana como durante la República— con algunas modificaciones (12), y hasta mediados de siglo hubo una fluida comunicación doctrinal y jurisprudencial entre España y Cuba (basta ojear la bibliografía de CASTÁN para comprobarlo). Triunfante la Revolución castrista, la comunicación jurídica se va reduciendo paulatinamente, hasta cesar prácticamente del todo; las visitas

(11) *Cfr.* BOCOBO, "El nuevo C.c. filipino", separata de la *RGLJ*, 1951.

(12) Pueden seguirse las intervenidas en las distintas épocas, relativas a materias concretas (matrimonio, divorcio, retracto convencional, arrendamientos rústicos y urbanos, contrato de opción, prenda y préstamo, bien familiar inembargable) antes de la Revolución, en Gabriela M.ª PÉREZ FUENTES, "El Derecho civil en Cuba durante los siglos XIX y XX...", cit. pp. 379-381.

esporádicas de profesores cubanos a España nos hablan de la increíble penuria de medios materiales con que aquéllos han de afrontar para cumplir su función. En esta situación de casi total incomunicación científica con la Península (13), hay que encuadrar la promulgación del Código de Familia en 1975 (14), y ahora la del C.c. de 1987 (15).

VI. Caracteres generales del C.c. cubano de 16 de julio de 1987

Cuba ha sido la última de las colonias españolas en América en poseer un C.c. propio; también es la última en promulgarlo en relación con el resto de los países socialistas del hemisferio occidental, y habiéndolo hecho poco antes de la caída del Muro de Berlín, bien puede considerársele como un *C.c. póstumo de inspiración marxista*. Al mismo tiempo, dada su impronta hispánica, constituye un ejemplo inédito

70

(13) Ejemplo emblemático de lo dicho en el texto lo presenta RAPA ÁLVAREZ, "La codificación del Derecho civil", *Revista Jurídica*, 11, abril-junio 1986, que constituye una excelente introducción al C.c. de 1987 bajo una perspectiva marxista, y del que utilizaré en adelante bastantes datos. En pp. 161-166 incluye las notas y la bibliografía. En cuanto a los autores españoles se mencionan las obras de MANRESA, VALVERDE, CASTÁN (6.^a ed. de 1943), y PUIG PEÑA (de 1958); la bibliografía más reciente se limita a VALLET DE GOYTISOLO (1980), HERNÁNDEZ GIL (1981) y a varios artículos de la *RDP* de los años 1982 y 1984. Hay también alusiones a traducciones españolas de autores extranjeros: OERTMANN (1933), ENNERECERUS (1943), DAVID (1952), trad. del *BGB* de MELÓN (1953), BARASSI (1966). En contraste, la bibliografía que cita Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *loc. cit.*, p. 430, es abrumadoramente española, lo que parece indicar que el trabajo se ha redactado en España.

(14) En 1975 el Ministerio de Justicia de Cuba hace una publicación oficial, con fecha de cierre de 8 marzo 1975, del texto en vigor del C.c. después de promulgado el Código de Familia.

(15) Sobre los intentos de codificación civil en Cuba antes de la Revolución, *cfr.* RAPA ÁLVAREZ, "La codificación del Derecho civil", *cit.*, pp. 98 y ss., en donde menciona a BETANCOURT, *Prólogo* a la 3.^a ed. del C.c. (La Habana, 1934); SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *Proyecto de C.c. de Cuba* (La Habana, 1940). Parece que este último proyecto fue remitido por el Gobierno al Congreso, sin que se llegara a discutirlo; se publicó en la *Revista Cubana de Derecho*, en los números de enero-marzo y abril-junio de 1941. Durante el Gobierno de Fidel Castro, se enumeran nueve proyectos de C.c., hasta el de 1986 que sirvió de base al vigente (así Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *loc. cit.*, p. 383).

de *C.c. hispano-marxista*. Ha seguido la sistemática de otros códigos socialistas amputándole el Derecho de Familia, promulgado como código unos años antes (16). Como lo ha puesto de relieve SACCO, es también de extensión reducida pues consta de 547 artículos, 3 disp. especiales, 6 disp. transitorias y 3 disp. finales.; el derogado ZGB de la DDR contaba sólo con 480 párrafos. El nuevo C.c. cubano está dividido en 4 libros, pero, en razón a su estructura, carece de vínculos inmediatos con el ya derogado ZGB –al que *prima facie* podría asemejarse el C.c. cubano– (17) (18) y con el C.c. español.

En razón a su contenido, el libro I comprende la materia que habitualmente integra la Parte General de Derecho civil, sin darle, sin embargo, este nombre. Después de unas *Disposiciones preliminares*, el libro I trata de la *relación jurídica*, regulando la persona, los bienes –muy sumariamente–, el acto jurídico, la publicidad, la prueba, la prescripción y la caducidad. En la disposición de los restantes libros hay –en efecto– huellas del Plan de SAVIGNY, y así, el libro II trata del *Derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes*, el libro III del *Derecho de obligaciones y contratos*, y el libro IV

71

(16) Dice en particular RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 125, que el sistema de ordenación del Derecho civil propuesto por SAVIGNY y adoptado por las codificaciones de tipo germánico, con la exclusión del Derecho de Familia, es el que, en términos generales, ha influido en mayor medida en las codificaciones socialistas, aunque debe significarse que, con un criterio más amplio, la codificación civil soviética ha incluido dentro de las prescripciones del Código algunas normas de Derecho internacional privado y otras relativas al comercio exterior y a los derechos de autores, inventores y realizadores.

El reciente Código catalán de la Familia de 1998, único ejemplo de codificación separada del Derecho civil en Europa occidental, obedece a motivaciones diferentes.

(17) Véase con cierta amplitud la concepción cubana sobre el C.c., así como su comparación con los códigos socialistas en cuanto al objeto de la misma: RAPA ÁLVAREZ, *loc. cit.*, pp. 110 y ss.

(18) Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 384, hace una extensa relación de fuentes inspiradoras del C.c. cubano (al parecer sin orden de preferencia): Código español de Comercio, C.c. español, BGB, C.c. de Checoslovaquia de 1964, modificado en 1983, C.c. polaco de 1964, C.c. húngaro de 1977, ZGB de 1975, Constitución cubana de 1976; y, en menor medida, los C.c. de Chile, Argentina, Suiza, Italia y anteproyecto del C.c. peruano de 1984.

del *Derecho de sucesiones*. Aunque incluye algunas reglas tradicionalmente consideradas como mercantiles, el nuevo Código las excluye por razones ideológicas (19), y, quizá inadvertidamente, permanece fiel a la directriz de aquellas legislaciones que no han hecho la unificación del Derecho privado (Francia, Alemania, España).

En razón a su contenido, el C.c. cubano de 1987:

- permanece fiel a la inspiración marxista;
- ofrece algunos atisbos de modernización doctrinal; y
- conserva un número bastante importante de reglas procedentes del C.c. español, a través del cual viene a seguir

(19) Así dice RAPA ÁLVAREZ, *loc. cit.*, pp. 121 y s.: "El Derecho mercantil de corte burgués no se justifica en un sistema socio-económico basado en la propiedad social sobre los medios de producción, y algunos estados de la comunidad socialista han incorporado a sus códigos civiles algunas materias consideradas antes como parte del derecho comercial, como son los contratos de transporte y de depósito. Pero existen ciertas instituciones mercantiles del antiguo derecho cuya supresión no se ha estimado conveniente aún, como son las compañías de comercio. En cuanto a otras materias, como las que integran el Derecho cambiario, se ha estimado que su regulación compete a disposiciones especiales. La URSS cuenta con una ley especial sobre letras de cambio desde el año 1922. En Cuba el tema de las compañías mercantiles y su actividad, el Derecho cambiario y el Derecho marítimo, han sido materias propias del Código de comercio, que requiere una nueva formulación acorde con nuestra realidad actual. En lo que respecta a los preceptos del Código de comercio que regulan las compañías mercantiles, han sido expresamente ratificados en su vigencia por el Decreto Ley núm. 50, de 15 febrero 1982. Según la opinión predominante, ninguna de estas materias debe incorporarse a las regulaciones del nuevo Código civil". He aquí un amasijo variopinto de argumentos escasamente convincentes; sin perjuicio de una clara herencia española, resulta curioso atribuir al depósito naturaleza exclusivamente mercantil, así como es de notar el evidente desconocimiento —obvio, por otra parte— de la nueva legislación española sobre sociedades mercantiles extramuros al C. de Comercio. Por otra parte, el citado autor (*op. cit.*, pp. 116 y ss.) se refiere al *Derecho económico*, definido como "las relaciones contractuales de las entidades económicas con vista al cumplimiento del Plan único de desarrollo económico social de la nación", regulado por Decreto Ley núm. 15, de 3 julio 1978, elaborado al margen totalmente de la legislación civil y mercantil, formalmente en vigor al tiempo de su promulgación, si bien se pensó en algún momento, en concordancia con el Derecho soviético, que esta materia podía incorporarse al futuro C.c., y así se hizo en los anteproyectos de 1979 a 1983; pero durante la redacción del anteproyecto de febrero de 1985 se formularon numerosas sugerencias en el sentido de que la regulación de los contratos mercantiles debía sustraerse del Derecho civil para integrar con ellos una legislación especial, sugerencias que fueron acogidas. La explicación que, para estas cuestiones, ofrece este autor, se basa en razones superficiales, sin apoyo científico claro.

manteniendo relación con los códigos latinos, respecto de los cuales no ha roto definitivamente, por tanto, toda vinculación.

VII. Es un Código de estricta inspiración marxista

Era opinión común de toda la doctrina cubana de los últimos años que el Código civil de 1889 era incompatible con los principios inspiradores de la Revolución castrista, en presencia de diversas leyes sobre la propiedad privada promulgadas en la primera época de aquélla, y, sobre todo, con la Constitución promulgada el 24 de febrero de 1976, cuyo artículo 1.º proclama que “la República de Cuba es un estado socialista de obreros y campesinos y demás trabajadores e intelectuales”, y cuyos artículos 20 a 23 se refieren a la propiedad de los pequeños agricultores, a la llamada propiedad *personal*, y de modo general declara que *el Estado reconoce la propiedad de las organizaciones políticas, sociales y de masas sobre bienes destinados al cumplimiento de sus fines* (art. 23), modalidad que, en la práctica viene a ser la de mayor significado económico.

Nada extraña, por ello, que el C.c., a partir de sus primeros preceptos haya fijado claramente este carácter; y así, aunque en el artículo 1.º ofrece una descripción más bien neutra del objeto y contenido de este cuerpo legal, en el artículo 2.º se recoge expresa y fielmente su inspiración ideológica.

Artículo 1.º: “El Código civil regula relaciones patrimoniales y otras no patrimoniales vinculadas a ellas, entre personas situadas en plano de igualdad, al objeto de satisfacer necesidades materiales y espirituales”.

Artículo 2.º: “Las disposiciones del presente Código se interpretan y aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano expresados en la Constitución de la República”.

El régimen de la propiedad se abre en el artículo 128

con una declaración de la más pura ortodoxia marxista (20), explicitando y desarrollando los preceptos constitucionales.

“1. En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios e instrumentos de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre”.

“2. Además de la propiedad estatal socialista, el Estado reconoce la de las organizaciones políticas, de masas y sociales, la de las cooperativas, la de los agricultores pequeños y la de otras personas jurídicas cuyos bienes se destinan al cumplimiento de sus fines, y garantiza la propiedad personal”.

Hay, en la regulación del nuevo C.c., una primacía concedida a la propiedad socialista y ello se refleja en los deberes que, en su respecto, recaen sobre todos los ciudadanos según el artículo 133.1: “Toda persona está obligada a proteger la propiedad socialista de todo el pueblo, la de las cooperativas y la de las organizaciones políticas, de masas y sociales contra el daño que les amenace”. Obligaciones legales –obsérvese– que no rigen a propósito de la propiedad personal. Todavía pueden señalarse otras medidas legales de protección de la propiedad socialista: así la acción para reivindicarla es imprescriptible (art. 124, letra a); los medios básicos de las organizaciones políticas, de masas y sociales, son inembargables y no pueden ser objeto de gravamen alguno, aplicándose la misma regla a los terrenos pertenecientes a las cooperativas (art. 149.1); por otra parte, el Estado en calidad de heredero abintestato adquiere directamente los bienes sin que sea necesaria una declaración judicial de heredero a su favor (art. 546.1). Como norma residual el artículo 137 declara que son de propiedad estatal socialista todos los bie-

(20) Antes de la promulgación del C.c. la exposición más completa que conozco sobre la propiedad socialista se describe en el ciclo de conferencias sobre la propiedad y los derechos reales publicadas por CANTÓN BLANCO (La Habana, 1982). La bibliografía citada es casi exclusivamente de juristas o ideólogos socialistas; muy ocasionalmente se mencionan dos autores españoles (AZCÁRATE y CASTÁN TOBEÑAS, aunque sin indicar edición de este último autor).

nes existentes en la República que no sean de propiedad de alguna persona natural o jurídica.

Las distintas modalidades de propiedad socialista (21) no ofrecen novedades sobre lo que se conoce ahora en el mundo jurídico occidental sobre el tema, y así se regulan sucesivamente, la propiedad estatal (arts. 136 y ss.); la propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales (arts. 142 y ss.) (22), que pueden tener por objeto los edificios, construcciones e instalaciones, medios de transporte, fondos provenientes de las aportaciones de sus afiliados, así como empresas con ellos creados; por último, también la propiedad cooperativa (arts. 145 y ss.) (23).

La propiedad de los pequeños agricultores (24) hace tránsito a la propiedad personal, aunque está sujeta a fortísimas limitaciones administrativas. Se regula con algún detalle en los artículos 150 a 155; se define como aquella que recae

75

(21) Con alguna amplitud se exponen en CANTÓN BLANCO, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

(22) Según Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 403, las organizaciones políticas protegidas por el Estado, conforme a los artículos 5 y 6 de la Constitución, se refieren, entre otras, al Partido Comunista de Cuba y la Unión de Jóvenes Comunistas, Central de Trabajadores de Cuba, Comités de Defensa de la Revolución, Federación de Mujeres Cubanas, Asociación Nacional de Agricultores Pequeños.

(23) La reforma de los diferentes regímenes de la propiedad en Cuba ha sido anterior a la promulgación del nuevo C.c. Hay que mencionar, como más importantes, dos leyes de reforma agraria, una de la propiedad inmobiliaria y varias sobre nacionalizaciones de empresas. Observa Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 403, que la propiedad de las cooperativas de producción agropecuaria, constituyen la única forma de propiedad colectiva admitida para los ciudadanos cubanos, no permitiéndose las cooperativas urbanas o industriales.

(24) Parece que la Constitución tuvo especial atención para esta modalidad dominical; así, el artículo 20: "El Estado reconoce la propiedad de los agricultores pequeños sobre sus tierras y otros medios e instrumentos de producción, conforme a lo que establece la ley. Los agricultores pequeños tienen derecho a asociarse entre sí, en la forma y con los requisitos que establece la ley, tanto a los fines de la producción agropecuaria como a los de la obtención de créditos y servicios estatales" (párrs. 1.º y 2.º). Las limitaciones de esta propiedad aparecen con mayor nitidez en el artículo 21: "El agricultor pequeño tiene derecho a vender la tierra previa autorización de los organismos determinados por la ley. En todo caso, el Estado tiene derecho preferente a la adquisición mediante el pago de su justo precio. Se prohíbe el arrendamiento, la aparcería, los préstamos hipotecarios y cualquier otra forma que implique gravamen o cesión parcial a particulares de los derechos y acciones emanados de la propiedad de los agricultores pequeños sobre las fincas rústicas".

sobre bienes destinados a la explotación agropecuaria a que se dedican, y mediante la cual contribuyen a aumentar el fondo de consumo social y, en general, el desarrollo de la economía nacional (art. 150), siendo de notar que no hay limitaciones de extensión; puede recaer sobre las tierras que legalmente les pertenecen, edificaciones, instalaciones y medios que resulten necesarios para la explotación a que se dedican, animales y sus crías, plantaciones, siembras, frutos y demás productos (art. 151); sólo pueden ser explotados estos bienes de modo personal, ya que no pueden ser objeto de arrendamiento, aparcería ni cesión a particulares (art. 154.1); el pequeño agricultor tiene obligación de mantener, explotar y utilizar adecuadamente sus bienes (art. 152); necesita autorización estatal para incorporar sus tierras a cooperativas o a empresas estatales, o para enajenarlos por cualquier título a otros agricultores pequeños, teniendo el Estado, en caso de venta, un derecho preferente para la adquisición mediante el pago del precio legal (art. 153); si se incumplen estas obligaciones legales, el acto es nulo y los bienes o son objeto de expropiación o pasan a propiedad estatal (arts. 152.2 y 154.2). Esta restrictiva regulación de la propiedad de los pequeños agricultores, en el nuevo C.c. cubano se ha visto facilitada por el gran número de remisiones que la Constitución hace, en este punto, a las leyes de desarrollo (25).

La propiedad personal (arts. 156 a 159) (26), que es la única forma de propiedad privada de los países occidentales,

(25) Según explica Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 404, el origen de la misma se encuentra en la segunda Ley de Reforma Agraria de 3 octubre 1963, que, por un lado, concluyó en lo esencial el proceso de expropiación de la tierra, y, por otro, reconoció la propiedad de los agricultores pequeños sobre áreas que no excedieran de cinco caballerías. Como se ve en el texto, la regulación en el C.c. es algo más amplia y detallada.

(26) Los autores marxistas reconocen el carácter residual de la propiedad personal: "Hay que tener en cuenta que en la sociedad socialista, la mayoría decisiva de las relaciones de propiedad se encuentran más allá de la esfera jurídica de la propiedad personal de los ciudadanos, siendo la fundamental la propiedad sobre los medios e instrumentos de producción, como propiedad socialista" (CANTÓN BLANCO, *op. cit.*, p. 515).

tiene una fisonomía similar a la existente en la antigua Unión Soviética y en las Democracias Populares (27).

El artículo 160 contiene una remisión a las leyes especiales que regulan otras formas de propiedad, tales como la de las sociedades, asociaciones y fundaciones, empresas mixtas, conjuntas e internacionales y otras personas jurídicas de características especiales; tales formas de propiedad se rigen, en primer lugar, por la ley, los tratados internacionales, estatutos y reglamentos de las personas jurídicas y, supletoriamente, por las reglas del Código. Parece que esta norma constituye una válvula legal de escape para permitir en Cuba la actividad de empresas extranjeras no sujetas a las reglas de la economía socialista. El punto de partida ha sido el Decreto-ley 50, de 15 de febrero de 1982, que ha permitido la constitución de empresas mixtas, con el 49% de capital extranjero y el 51% de capital estatal cubano; siendo completado con la Ley 77, de 5 de septiembre de 1995, de inversiones extranjeras que llega a admitir la existencia de empresas con capital íntegramente extranjero, con facultad de reinversión en cualquier dominio, excepto en la salud, y en algunos sectores educativos.

77

(27) Dice Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. et loc. ultim. cit.*, que en un sistema que se autoproclama socialista, la propiedad personal (única legal) del ciudadano, es la forma en que éstos se apropian de los objetos de uso y de los bienes necesarios para la satisfacción de sus necesidades individuales, mediante el ingreso de su trabajo social. Su fuente radica en la propiedad socialista, de donde proviene el salario que se le paga al trabajador; se caracteriza por una pluralidad legal de regímenes diferentes, en función del bien de que se trata. Así por ejemplo, la vivienda urbana constituye el bien máspreciado del ciudadano cubano, y, sin duda, el de más valor; el derecho de propiedad sobre este bien puede resumirse en el derecho de disfrute de una sola vivienda, limitada a las facultades de uso, ya que, salvo el caso de permuta, la enajenación de la vivienda requiere autorización administrativa cuya falta anula el acto.

La propiedad sobre medios e instrumentos de trabajo personal constituye —a juicio de la autora citada— el germen de la pequeña y mediana empresa, pero la ingerencia estatal ha limitado, en reiteradas ocasiones, cualquier desarrollo espontáneo de esta forma de propiedad con medidas de carácter confiscatorio (*op. cit.*, p. 409).

VIII. Posee algunos rasgos originales procedentes de la moderna doctrina jurídica

Ya he indicado que el libro I trata de la *relación jurídica* (28), noción que parece inspirada en la doctrina del Pandectismo. El artículo 22 se inicia con la siguiente definición: *Tiene carácter de jurídica la relación entre personas a la que la ley le atribuye efectos*. El artículo siguiente nos adoctrina diciendo que: “Los elementos de la relación jurídica son: a) los sujetos que intervienen en ella; b) el objeto; y c) la causa que la genera”. De esta enunciación deriva la articulación del libro I, concebida en los siguientes términos: los sujetos (29) de la relación jurídica, el objeto, las causas de la relación, la publicidad de los acontecimientos naturales y de los actos jurídicos, la prueba, la protección de la relación jurídica, la prescripción y la caducidad. Por su pretensión de generalidad cabe destacar el artículo 47, a cuyo tenor: Las causas que generan la relación jurídica son los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, los actos ilícitos, el enrique-

78

(28) Parece clara su utilidad, pues “al incorporarse a su parte general la doctrina de las relaciones jurídicas, resulta innecesaria la elaboración de regulaciones especiales sobre los contratos y los testamentos, ya que estos actos tienen de común la circunstancia de que surgen en virtud de manifestaciones de voluntad y los requisitos relativos a la libre exteriorización de ésta, la capacidad de obrar que debe concurrir en los sujetos que las emiten y las causas que pueden producir su ineficacia son comunes a todos los actos jurídicos” (RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 120). Con todo tal opinión —argumentada un tanto elementalmente— olvida, por ejemplo, las especialidades del testamento respecto a los contratos, que la doctrina europea destaca unánimemente.

(29) Con acierto Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, pp. 390 y s., denuncia la insuficiente regulación de los derechos de la personalidad en el Código cubano que conduce a una desprotección de estos derechos. En efecto, el artículo 38 C.c. contiene la siguiente norma: “La violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecten al patrimonio o al honor de su titular, confiere a éste o a sus causahabientes la facultad de exigir: a) el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible; b) la retractación por parte del ofensor; y c) la reparación de los daños y perjuicios causados”. Pero la Constitución de 1976 no alude ni al derecho a la vida, ni a la dignidad.

La autora ve en la insuficiente regulación de estos derechos una característica de los Códigos civiles de Europa oriental.

cimiento indebido y las actividades que generan riesgo; como más adelante se expone, estas normas incluyen también las fuentes de las obligaciones.

El concepto de acto jurídico contenido en el artículo 49 es bastante técnico y preciso: El acto jurídico es una manifestación lícita de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica; se añade que la omisión y el silencio tienen los efectos que determinan las normas o, en su defecto, los que les conceden las partes en el acto jurídico de que se trate. Puede afirmarse que aquí viene a regularse la doctrina del negocio jurídico, aunque sin darle este nombre, y, por otra parte, parece inspirarse el legislador en la terminología francesa; curiosamente el Código civil de la DDR había ya eliminado el *Rechtsgeschäft*, probablemente por prejuicios anticapitalistas.

El régimen de los actos ilícitos presenta también rasgos originales; primero, por su colocación sistemática dentro del libro I, y luego por lo que parece ser un abandono del principio culpabilístico (30), dado que el artículo 81 dispone escuetamente que “los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro”, de donde parece deducirse que no se requiere la actuación dolosa o culposa del autor. Con todo, alguna luz indirecta podría obtenerse del artículo 99 que exime de responsabilidad civil, no sólo en los casos penales de legítima defensa, etc., sino también al concurrir fuerza mayor, caso fortuito o si se realiza un acto lícito *con la debida diligencia*: en efecto, a *sensu contrario* podía inferirse que era ilícito el acto no diligente. El contenido de la responsabilidad es sumamente amplio y parangonable a las regulaciones más modernas, ya que según el artículo 83 compren-

79

(30) No he podido encontrar, en la doctrina cubana que manejo, una explicación satisfactoria de este hecho. Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, pp. 396 y s., se contradice, pues dice, por un lado, que “el Código civil asume la teoría de la responsabilidad objetiva”, aunque más adelante afirma que “el C.c. cubano no asume un principio único para afiliarse a la responsabilidad objetiva o subjetiva”.

de: a) la restitución del bien, b) la reparación del daño material, c) la indemnización del perjuicio y ch) (*sic*) la reparación del daño moral; pero este último se concibe angostamente como “la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor”. Adviértase que, conforme al artículo 294, “las normas relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos se aplican, en lo pertinente, en los casos de incumplimiento de las obligaciones” (31).

El régimen de la prescripción y de la caducidad son, también, merecedores de una mención especial; en primer lugar, por la precisa diferenciación entre ambas, y así, dicen los artículos 125 y 126, que en los casos expresamente determinados por la ley o el acto jurídico, los derechos caducan por el simple transcurso de tiempo, apreciándose de oficio por los órganos jurisdiccionales y no siendo susceptibles de interrupción, ni suspensión por causa alguna; en segundo lugar, por la cuidadosa distinción entre interrupción y suspensión de la prescripción, que echamos de menos en nuestro Código; y, por último, por la drástica reducción de plazos prescriptivos —acaso en exceso—, oscilando entre un máximo de cinco años, y otro mínimo de tres meses, con lo que, en general, concuerda con la legislación de los desaparecidos estados socialistas del este europeo (32), y ha venido a coincidir también con las conclusiones elaboradas en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Atenas de 1994.

En el libro II, dedicado al derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes, además de lo expuesto, merecen subrayarse los puntos siguientes:

— Admisión, al menos por los autores (33), de la doctrina del *numerus clausus*:

(31) Con esta fórmula, dice RAPA ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 144) se someten a una regulación única todas las cuestiones referentes a la cuantificación de los daños y perjuicios civiles, tengan su origen en relaciones jurídicas nacidas de contratos o de otras fuentes.

(32) Así RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 130.

(33) Así Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 409.

— En el capítulo de la copropiedad, y al lado de la comunidad romana por cuotas, ampliamente regulada, se hace una referencia a la *copropiedad en común* que nace de la comunidad matrimonial de bienes y se regula en el Código de Familia.

— Cierta originalidad sistemática revela el capítulo dedicado a las *limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad*, entre las que se incluyen la servidumbre legal de paso, la natural de aguas, construcciones extralimitadas, medianería y *actio finium regundorum*.

— Se conserva el sistema del título y del modo para adquirir la propiedad (art. 178) (34).

— Se reglamenta con algún detalle el derecho de superficie, siempre de origen estatal, concedido para construir viviendas u otros edificios, y que puede otorgarse incluso en favor de estados extranjeros y a las organizaciones internacionales para construir sus residencias, con duración limitada a 50 años (arts. 218 a 225).

— Los derechos de tanteo y retracto son considerados como reales (arts. 225 a 231) (35).

— Con carácter general se establece en el artículo 232 que las limitaciones establecidas en este Código respecto del derecho de propiedad, son de aplicación a los titulares de la posesión, usufructo y superficie.

(34) Dice el artículo 178: "La propiedad y demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión y la usucapión. La transmisión se consuma mediante la entrega y posesión". Este precepto conserva huellas del artículo 609 del Código derogado, con exclusión de la donación y la ocupación, así como la inclusión de los acontecimientos naturales (¿no se identifican con la accesión?), y la duda de si los actos jurídicos incluyen también la sucesión testada e intestada. Parece mal redactado el último párrafo que parece debe referirse sólo a los contratos. En las discusiones preparatorias RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 137, se mostró partidario de eliminar la usucapión de entre los modos de adquirir la propiedad porque "no contribuye a la educación de los ciudadanos en una actitud respetuosa hacia la propiedad personal de los demás" (véase su funcionamiento en Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, pp. 412-414).

(35) Con acierto se contemplan con independencia del contrato de compraventa, observa RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 140.

— El Código no prevé expresamente el régimen de servidumbres voluntarias (36), aunque —como hemos visto— regula varios casos de servidumbres forzosas como limitaciones legales del derecho de propiedad.

— Los derechos de garantía presentan una reglamentación dispersa e incompleta: en parte se regulan dentro del C.c. (prenda y retención), mientras que, dentro del C.c., se omite la regulación de la hipoteca (37), si bien el artículo 288, para la hipoteca naval o aérea, se remite a las disposiciones especiales, situadas fuera del C.c., en concreto el C. de Comercio.

Por su extensión, el libro III, Derecho de obligaciones y contratos, es el más largo del C.c. cubano, equivalente, en número de preceptos, a los dos primeros. Pocas novedades se encuentran dentro de la *Parte general de obligaciones* (38), salvo la regulación separada de la mora del acreedor (arts. 252 a 255) y la del deudor (art. 295), y la contemplación expresa de la cesión de créditos y la asunción de deudas (arts. 256 a 265); entre las formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones (39) se menciona la autorización de descuentos en el salario del deudor o en otros ingresos

(36) Parece ser que por un prejuicio ideológico “toda vez que en el Estado socialista las relaciones entre los propietarios de bienes inmuebles se regulan por disposiciones administrativas de interés público, que no corresponden al ámbito del Derecho civil” (así RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 141).

(37) “De triste recordación para nuestro Código, que por otra parte resulta innecesaria, dado el amplio sistema de garantías que para el cumplimiento de las obligaciones establecen los anteproyectos. Además nuestro Estado no está interesado en el crédito territorial ni en el tráfico inmobiliario” (el subrayado es mío); la cita es de RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 141.

(38) En fase de elaboración del C.c. la doctrina cubana ponía el énfasis en que en la regulación de las obligaciones se iba a lograr un grado aún mayor de abstracción que los códigos occidentales, al incluir la teoría de las obligaciones en la más general de la relación jurídica, que la comprende y la rebasa; así resultaba innecesario un precepto sobre las fuentes (*cfr.* RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 142 y s.). Si bien, ha de observarse que el título I, libro III, lleva el enunciado de las Obligaciones en general, conteniendo una sección dedicada a las Disposiciones generales, y otras que tienen aplicación general.

(39) Véase, con alguna amplitud, Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. et loc. cit.*, pp. 415-417.

periódicos (art. 287); no faltan referencias a la *protección de los consumidores* (así, en materia de contratos de servicios, o el plazo general de garantía, etc.). En la *doctrina general del contrato*, se describe a éste como el que sirve para constituir una relación jurídica, o modificar o extinguir la existente (art. 309); la promesa hecha mediante una oferta de contrato obliga a quien la hace a no revocarla, ni modificarla durante el tiempo establecido en la propia oferta, en la ley o, en su defecto, durante un tiempo prudencial; la aceptación hecha por carta u otro medio de comunicación obliga al aceptante desde que la remite, pero no obliga al que hizo la oferta sino desde que llega a su conocimiento (art. 317); hay una regulación expresa de la promesa pública de remuneración (art. 318) y del concurso público (art. 319). En cuanto a la lista de contratos típicos, se insiste por parte de la doctrina cubana que la legislación socialista se aparta considerablemente de la tipología histórica de los contratos y la reemplaza con nuevos criterios (40), así como también es nueva la clasificación de los mismos, que se manifiestan en dos grupos, los contratos comunes y los de servicios; en estos últimos se reduce la autonomía de la voluntad, siendo en la práctica contratos de adhesión; entre los primeros se regula pormenorizadamente el de compraventa por ser el de uso más frecuente y el contrato por excelencia, incluyéndose, además, la permuta, la donación, el préstamo, el comodato y el arrendamiento, el comodato, el de pública promesa y la sociedad (como especialidades, se prohíbe pactar intereses en el préstamo de dinero entre particulares; la configuración de contrato del de promesa pública, y la exigencia de inscripción constituir el contrato de sociedad, y sólo admisible para satisfacer necesidades domésticas). En los contratos de servi-

(40) Así RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 16, insiste en concebirlos como actos jurídicos dirigidos fundamentalmente a satisfacer las necesidades materiales y espirituales de las personas individuales, en armonía con los intereses sociales, y que, al contratar, establecen relaciones de cooperación.

cios se reflejan los cambios estructurales de la economía y se defiende su carácter de categoría nueva, estando aseguradas por las entidades estatales, sujetándose a normas imperativas.

Al Derecho de sucesiones se dedican menos de un centenar de preceptos en el libro IV, probablemente por tener un ámbito de aplicación más reducido que en los códigos occidentales (41); y aunque —a mi juicio (42)— es el más español de todos los libros como luego diré, contiene algunas curiosidades:

— A los legitimarios se les llama *herederos especialmente protegidos* y su enumeración viene a coincidir con la del C.c. español, si bien el artículo 493 añade estrictos requisitos pues su llamamiento se condiciona al hecho de no ser capaces para trabajar y de vivir en dependencia económica del difunto (43).

(41) Dice, a este respecto, RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 149: "Existe un agudo contraste entre la herencia en el socialismo y la herencia en el capitalismo, pues en este último puede haber sucesión en la titularidad de patrimonios entre cuyos activos existan bienes de producción. Entre nosotros solamente pueden originar patrimonios hereditarios los bienes de producción consistentes en fincas de agricultores pequeños, además de los correspondientes a la propiedad personal del causante y las viviendas integradas a las cooperativas de producción agropecuaria o los créditos que ostentaba contra la cooperativa el cooperativista fallecido. Obviamente, los bienes de producción integrados a la cooperativa han dejado de ser parte del patrimonio del causante".

(42) En cambio, Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 415, lo considera así el libro III, ya que la mayoría de sus preceptos son extraídos del C.c. español.

(43) La explicación que da la doctrina es la siguiente: "En materia de sucesión testamentaria se reconoce a toda persona la plena libertad de testar respecto de sus bienes y derecho de propiedad personal. El Código civil vigente sólo concede esta libertad sobre una tercera parte del patrimonio cuando existen los llamados herederos forzosos *que han sido suprimidos* (el subrayado es mío). No obstante, se reconocen herederos legales especialmente protegidos, que son el cónyuge sobreviviente, los hijos o sus descendientes y los padres, siempre que dichos herederos no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante. Cuando existan estos herederos especialmente protegidos la libertad de testar se limita a la mitad del patrimonio". Se trata de unas previsiones que han pasado a los artículos 492 a 495, en los que se prevé, incluso, la preterición. Cabe preguntarse si sólo ha habido un cambio de palabras, subsistiendo, en el fondo, la figura anterior, si bien el número de tales herederos especialmente protegidos se ha reducido en alguna medida (climi-

—No hay responsabilidad *ultra vires* del heredero aceptante, sino que por la aceptación de la herencia el heredero responde de las obligaciones de ésta solamente con los bienes, derechos y acciones que la integran (art. 525.1).

—Aunque se admiten las sustituciones simples, no se contemplan las *sustituciones fideicomisarias* (44).

—Como criterio para hacer la partición, se añade una regla desconocida en nuestro Derecho: “Si los bienes de la herencia no son de igual naturaleza, calidad o especie, la adjudicación se hace tomando en consideración *las necesidades de los herederos*” (art. 538).

—Se amplían los derechos sucesorios del cónyuge viudo (a la vista de la primitiva redacción del C.c. español), pues concurriendo con descendientes o padres, en la sucesión intestada, recibe una parte en propiedad idéntica a la de los demás coherederos (art. 517).

—Se prescinde del *testamento cerrado*, escasamente utilizado, por lo demás, en España.

IX. El C.c. cubano reproduce buen número de reglas del C.c. español, hasta ahora vigente en el país

Es quizá esta nota la que mayor satisfacción puede producir a un civilista español, aunque ha de reconocerse que tal influencia aparece fuertemente condicionada y ensombrecida por la ya denunciada inspiración marxista del mismo. A veces hay reproducciones literales de preceptos concretos de nuestro Código, aunque ello no es frecuente dado el claro

nando a los ascendientes distintos de los padres), y sometiendo la cuota a estrictos requisitos (para plasmar el principio recogido en el art. 19 de la Constitución, “de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo”). Cabe pensar que en la mayoría de sucesiones existirán *herederos especialmente protegidos* (antes llamados forzosos), en condiciones de exigir su porción de la herencia a que alude el artículo 492.

(44) Por facilitar las vinculaciones de la propiedad en forma análoga a lo establecido en el Derecho medieval (obvio prejuicio ideológico que expresa RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 153).

propósito de promulgar un Código breve, lo que ha obligado a resumir y a sintetizar. No falta, incluso, la inspiración en leyes especiales españolas; así ocurre con la regulación del derecho de superficie en el artículo 16 RH según la reforma de 1959, inspirado, a su vez, en la primera Ley del Suelo de 1956; la doctrina del Tribunal Supremo se ha tenido asimismo en cuenta para normativizar el enriquecimiento sin causa (llevado al libro I, arts. 100 y ss.).

Es cierto, como he anticipado, que el libro I, tanto en su estructura como en su contenido se distancia claramente del C.c. español; ello no obsta a que los artículos 3 a 9 de las disposiciones generales reproduzcan casi literalmente su modelo, y que lo mismo pueda decirse de los artículos 24 a 27 que regulan la persona física. Por lo demás, la parte principal de este libro se dedica al acto jurídico, cuya regulación se ha tomado, en no pequeña parte, del régimen general de los contratos.

86

El libro II es el que ofrece una mayor densidad ideológica marxista; pero si se deja de lado el régimen de la propiedad, nos encontramos con una notable influencia española en la regulación de la posesión, comunidad de bienes, usufructo, tanteo y retracto (aquí perfeccionando el modelo), además de la recepción, ya aludida, de la doctrina del *titulus et modus acquirendi*.

Las huellas españolas son abundantes en el libro III y, en particular, en el régimen de las obligaciones alternativas y solidarias, mora del deudor y del acreedor (ésta mejorando el modelo), imputación de deudas, pérdida de la cosa como causa extintiva, confusión, compensación, resolución por incumplimiento, contrato a favor de tercero. En el régimen de los contratos en particular el C.c. cubano reproduce gran número de preceptos españoles en materia de vicios ocultos en la compraventa, contrato de permuta, donación, préstamo, comodato y arrendamiento.

Del libro IV cabría decir que —con las advertencias antes hechas— constituye un resumen o síntesis del Derecho es-

pañol de sucesiones; se da la preferencia a la sucesión testamentaria sobre la abintestato, se sigue el sistema romano de aceptación de la herencia por el heredero, la figura del legatario como sucesor a título particular es idéntica. Sin embargo, con razón se denuncia el carácter extracivil del artículo 470 que considera el abandono definitivo del territorio nacional como causa de incapacidad para heredar (45) en la sucesión abintestato, a diferencia de nuestro Código, el cónyuge es preferido a los ascendientes; se simplifican las modalidades de partición hereditaria (46).

X. A modo de conclusiones

En el nuevo C.c. cubano, y bajo otra perspectiva, bien puede decirse que hay ruptura (honda ruptura) dado que el C.c. español, vigente hasta la fecha, se inspira en los principios del liberalismo y del individualismo, y ahora se adopta, en cuanto a la propiedad y régimen de bienes, la ideología socialista, que incidirá, sin duda, en la interpretación general del mismo; pero cabría oponer que tales ideas ya estaban en vigor en Cuba, a través de su Constitución, por lo cual el Código se ha limitado a eliminar una apariencia, convir-

87

(45) Así Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, pp. 424 y ss. A su juicio, el artículo 470 C.c. no se enmarca en situaciones de índole de Derecho civil, sino de índole política. Considera incorrecta la calificación jurídica de los hechos contemplados pues se les considera incapaces para heredar a personas aptas física y mentalmente para heredar, quienes, por otra parte, no han cometido acto repudiable alguno contra la persona del causante. Efectivamente, parece que se trata de una prohibición legal para suceder por razones políticas (es una medida para impedir el éxodo del país).

(46) Lo que se dice en el texto se confirma con lo que afirma el autor reiteradamente citado a lo largo de este trabajo, y que parece haber influido de modo relevante en los trabajos preparatorios: "No se pretende tampoco borrar de un plumazo todos los vestigios de la influencia que se advierte aún, especialmente en la terminología y en la técnica, del sistema del Derecho romano-francés, patrimonio cultural de toda la humanidad, al igual que deben reconocerse en nuestra codificación algunas repercusiones del moderno Derecho alemán (añado por mi cuenta: *occidental*), en mucho mayor medida que la de otros sistemas jurídicos que apenas se han tomado en consideración" (RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 18 y s.).

tiendo aquéllas en preceptos expresos dentro del C.c.; así, bajo esta perspectiva, puede hablarse de *continuidad*. Pero debe añadirse que hay otra forma de continuidad que aparece en el gran número de preceptos de origen español, esparcidos en todos los libros del C.c., especialmente en materia de obligaciones y contratos y de sucesiones. Por otro lado, cabe señalar cierta originalidad y espíritu moderno (47), no desdeñables, en el libro I, tanto en su estructura como en la regulación de ciertas materias, tales como la prescripción y la caducidad. Por último, promulgado este Código poco antes de la caída del Muro de Berlín, en el momento actual se nos aparece, inevitablemente, como un *Código póstumo del socialismo*, en contra de lo que parece ser actualmente, un claro sentido de la historia (48).

Dans le nouveau C.c. cubain il y a rupture d'un côté parce que l'ancien C.c. espagnol en vigueur s'inspirait dans le libéralisme et l'individualisme et maintenant on a adopté l'idéologie socialiste pour le régime des biens et pour les principes généraux du droit; mais on pourrait dire que ces idées en étaient déjà en vigueur à Cuba dans la Constitution, et le Code n'a pas fait d'autre que les traduire dans le droit civil; donc, il faut reconnaître dans ces aspects une continuité au nouveau Code. Mais il faut ajouter qu'il y a

(47) Así Gisela M.^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 385, juzga favorablemente la incorporación al Código civil de la Parte General inspirada en la técnica de la abstracción, pues ello le otorga la característica de ser una superestructura, no sólo para las normas civiles, sino para otras leyes especiales.

(48) En 1997, parece ya sin mucho sentido ni oportunidad, esta conclusión de RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 157: "Al igual que en los Estados europeos de la comunidad socialista, en Cuba se manifiesta la necesidad de la codificación del Derecho civil, como culminación de un proceso de institucionalización que ha abarcado ya las más importantes ramas de la legislación, como son, el Derecho constitucional, el de familia, de organización judicial, procedimientos y Derecho penal".

une autre forme de continuité qui se manifeste dans la présence des beaucoup d'articles d'origine espagnol dans tous les livres du C.c., et notamment dans le droit des obligations et contrats, et le droit des successions. Par contre, dans le Livre I on voit une certaine originalité quant à la structure et au régime de certaines matières (par ex. la prescription extinctive). A tout cela il faut ajouter que ce Code apparait quelque peu avant la chute du Mur de Berlin, à contre-sens de l'histoire c.à.d. comme un Code civil socialiste posthume.

**PROBLEMÁTICA DEL ANÁLISIS DE LA
DISPOSICIÓN TRANSITORIA 6.ª.2 DEL TEXTO
REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES
ANÓNIMAS, RELATIVA A LA DISOLUCIÓN
DE PLENO DERECHO, EN CONEXIÓN CON LA
DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8.ª DEL NUEVO
REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL
DE 19 DE JULIO DE 1996 (1)**

91

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

Notario

*Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación*

(1) Este trabajo tiene, fundamentalmente, la base de otro mío ya publicado con el título "Addenda al trabajo del análisis de la Disposición Transitoria 6.ª.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativa a la disolución de pleno derecho, en conexión con la Disposición Transitoria 8.ª del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 19 de Julio de 1996". *Boletín del Colegio de Granada*, julio-agosto 1996, pp. 1767 y ss. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 639,

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS DOS TEXTOS. 1. Introducción. 2. Práctica de los asientos a que dé lugar la liquidación. 3. Práctica de los asientos a que dé lugar la reactivación. A. Introducción. B. La disolución de pleno derecho. Reactivación. C. El artículo 242 del nuevo RRM, en relación con la Disposición Transitoria 8.^a, relativo a la reactivación. C.1) Introducción. C.2) Requisitos de la reactivación. a) Debe desaparecer la causa que motivó esa disolución. b) Habrá que tomar el propio acuerdo de reactivación. c) Acuerdo de reactivación y derecho de separación de los socios. d) Hasta qué momento se puede tomar el acuerdo de reactivación. e) La protección de los socios y de los acreedores. Los aspectos formales. f) La Resolución de 11 de diciembre de 1996 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. g) El patrimonio contable no sea inferior al capital social. h) El nombramiento de nuevos administradores. III. CONCLUSIONES.

marzo-abril 1997, pp. 359 y ss. Añadiéndose ahora un comentario a la Resolución de 11 de diciembre de 1996 de la DGRN, que atañe de lleno a lo entonces escrito y publicado. Asimismo, sirvió de base para la conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, en las Jornadas de Derecho de Sociedades, en mayo de 1997.

Publicado en el libro *Jornadas de Derecho de Sociedades*, Ilustre Colegio Notarial de Granada. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 1998.

I. Introducción

En un reciente trabajo ya publicado (2), intenté lanzarme al foso peligroso de lo desconocido, para ver si se podría llegar a dar alguna solución a la conflictiva Disposición Transitoria 6.^a.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. En aquel trabajo se expusieron diversas vías de argumentación, tanto doctrinales como jurisprudenciales, de la Dirección General de los Registros y del Notariado; también se analizaron, entre otras, las Resoluciones de 13 de mayo de 1992 y de 8 de noviembre de 1995, que servían como punto de partida a lo que iba a ser la tesis central y el hilo conductor del trabajo. Pero el análisis más profundo se centró en la Resolución de 5 de marzo de 1996, que trataba de llenar el problema específico de la disolución de pleno derecho de aquellas sociedades anónimas, que a 31 de diciembre de 1995 no hubiesen elevado su capital a la cifra mínima legal, con el efecto demoledor de la cancelación de oficio de los asientos registrales.

La Dirección General ya dio en esa Resolución sus argumentos, en cuanto a la finalidad de la Disposición Transitoria, así como el alcance y significado de la denominada cancelación de oficio; el sentido de la exigencia, en cuanto a la presentación en el Registro de la escritura, por la que se aumentaba el capital. También en aquel momento traté el problema de la reactivación, las posibles soluciones para el proceso liquidatorio de estas sociedades, e incluso el planteamiento como una solución, de la cesión del activo y del pasivo (3).

(2) GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: "Análisis de la Disposición Transitoria 6.^a.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativa a la disolución de pleno derecho", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*. Abril 1996, pp. 911 y ss.

(3) En relación con el análisis de la Resolución de 5 de marzo de 1996, su comentario crítico, la reactivación, y el significado de la cancelación de asientos, entre otros temas, *vid.* nuestro trabajo, *ob. cit.*, pp. 923 a 934.

Pero desde el mes de abril, en que se elaboró este trabajo así como su publicación, al momento presente, se han producido algunos cambios que son ciertamente de gran importancia. La reciente publicación del Reglamento del Registro Mercantil, que deroga el de 1989, y que ha sido aprobado por Real Decreto 1784/96 de 19 de julio (BOE de 31 de julio de 1996, con entrada en vigor el 1 de agosto de 1996), ha introducido una variación yo diría que “milagrosa”, en virtud de la cual un Reglamento modifica y altera el Texto Refundido de la Ley de Anónimas, aprobado por un Real Decreto Legislativo, y que a su vez se basa en la Ley de Reforma Societaria y de Adaptación de las Sociedades al Derecho Comunitario. Una de las palabras mágicas que se introduce es la de la reactivación.

Ya hemos dicho en más de una ocasión, que se quiere o se quieren muchas veces parchear determinadas normas jurídicas, que se lanzan en la vorágine del BOE y que luego cuando llega la hora de la verdad, no se aplican, o no se quieren aplicar, bien porque ha faltado una previsión del propio legislador, o bien porque se quiere dar marcha atrás en algo que nunca debería haber salido a la luz (baste recordar, entre otros ejemplos, lo acaecido en el procedimiento de ejecución extrajudicial, en lo referente a la exigencia del Reglamento Hipotecario relativa a que la cláusula de dicho procedimiento en las hipotecas fuese separada; la Dirección General, girando en el rizo de lo imposible, y por arte de magia, modificó, mediante una interpretación artística, en sentido contrario a lo que el legislador había previsto).

Por ello, el objeto de este trabajo complementario, al que denomino addenda, y en el que me referiré a veces insistentemente sobre el realizado en abril, ya que es la base, es centrarme en esas modificaciones operadas desde entonces, siendo válidos los demás comentarios que en su momento hice, sobre todo en el importante tema, entre otros, de lo que debería entenderse por la cancelación de asientos, y la posibilidad de practicar otros posteriores, a pesar de la dic-

ción literal de la norma, cuando el objeto de inscripción en el Registro Mercantil fueran las operaciones provenientes de la liquidación; así como los problemas que planteaba el nombramiento de liquidadores, convocatoria de la Junta, etc. Pero no cabe la menor duda que el objetivo de esta addenda, es centrarse en el tema de la reactivación de la sociedad como novedad más importante. Para ello acudiremos a las últimas resoluciones de la DGRN, a las aportaciones doctrinales y sobre todo al texto de la nueva norma.

II. Estudio comparativo de los dos textos

1. Introducción.

La Disposición Transitoria 6.^a2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece: “si antes del 31 de diciembre de 1995, las Sociedades Anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en la que consten el acuerdo de aumentar el Capital Social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones, *quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la Sociedad disuelta*. No obstante la cancelación, subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad”.

La Disposición Transitoria 8.^a del Nuevo Reglamento del Registro Mercantil, ya citado, establece un texto casi idéntico pero introduciendo la siguiente modificación, ya que también establece la cancelación de oficio de los asientos, pero introduciendo la frase *sin perjuicio de la práctica de los asientos a que dé lugar la liquidación o la reactivación, en su caso acordada*.

Como podemos apreciar, la modificación es importante en cuanto a la palabra “reactivación”, con el agravante que estamos hablando de un Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto, que está alterando y modificando un Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo, que a su vez se basa en una Ley.

El principio de jerarquía formal de las normas, en mi opinión, se ve bastante alterado, por no decir que frustrado. Se podrá aducir por algunos que no supone una modificación esencial, sino simplemente un desarrollo reglamentario; mi opinión ha quedado claramente expuesta; más aún, el Reglamento del Registro Mercantil no deroga la Disposición Transitoria 6.^a.2, cosa que además no podría hacer, ni por el carácter de Reglamento ni por la forma de exteriorizarse normativamente el mismo, de tal suerte que tenemos dos textos diferentes sobre un mismo tema o problema.

96 A pesar de ello, es nuestra obligación el intentar desarrollar el mismo, analizando las dos palabras introducidas, la liquidación y la reactivación, aunque ya adelantamos, se realiza en relación a esta última de la reactivación.

2. Práctica de los asientos a que dé lugar la liquidación.

En nuestra opinión, esta introducción que hace el Reglamento del Registro Mercantil no altera el Texto de la Disposición Transitoria 6.^a.2, ya que si se producía la disolución de pleno derecho, era lógico que se diera el proceso liquidatorio, lo que ocurre en circunstancias distintas a las de una disolución normal, acordada por la Junta, con la subsiguiente fase de liquidación y posterior extinción y cancelación. La propia Resolución de 5 de marzo de 1996, al tratar este tema, estableció con claridad lo que significaba la frase relativa a la cancelación de los asientos registrales a que hacía mención la norma.

El fundamento de derecho 3.º de dicha resolución establecía: que “lo anterior (está haciendo referencia al funda-

mento de derecho 2, en el que trata de la subsistencia de la personalidad), en modo alguno se contradice con la previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales..., y en consecuencia, tal situación registral no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia, y todo ello sin prejuzgar si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad”.

Como ya indicamos en su momento (4), aunque se cancelen los asientos registrales puede ocurrir que la sociedad no se haya extinguido materialmente aunque formalmente en apariencia sí (pueden seguir existiendo relaciones jurídicas anteriores, que no se han tenido en cuenta en el proceso liquidatorio, como también la existencia de un reparto prematuro de los bienes). En nuestro primer trabajo sobre este tema analizamos el sentido de la palabra cancelación, su carácter declarativo y no constitutivo (5).

97

También hemos sido partidarios desde un primer momento de que el proceso liquidatorio se hiciera conforme a las normas de la Ley de Sociedades Anónimas, y no por las normas de la sociedad civil o de la sociedad colectiva, esta última como sociedad base, en materia mercantil. Por ello, es lógico que se opere la apertura del proceso liquidatorio por las normas de la Ley de Sociedades Anónimas (6).

En este tema, en nuestra opinión, la introducción del término liquidación, en relación con la posible práctica de asientos posteriores, nos parece acertada, y mucho más si la propia Disposición Transitoria 6.^a2 lo hubiera establecido desde un primer momento.

(4) GARCÍA MÁS, *ob. cit.*, pp. 929 y ss.

(5) GARCÍA MÁS, *ob. cit.*, pp. 928 y ss.

(6) A favor de la tesis de la regulación como colectiva o como civil, *vid.* la nota número 7 de mi trabajo reseñado, p. 915.

Recordemos que en la Resolución de 5 de marzo de 1996 el registrador indicaba que “la sociedad ha quedado disuelta pero no extinguida; sin que proceda en este recurso examinar la situación jurídica nada clara en que queda la citada sociedad”. A continuación, también el propio registrador indicaba que: “es igualmente cierto que la hoja registral no ha quedado totalmente cancelada sino los asientos lo que no es lo mismo por aplicación del mandato legal”.

En su momento también indiqué que el legislador no estuvo muy acertado en la dicción de la Disposición Transitoria 6.^a.2, y que la propia Dirección General tuvo que arreglar el desatino del legislador (en la Resolución de 5 de marzo de 1996), en el sentido que ha quedado expuesto anteriormente. Otro tema distinto será, una vez solucionado el tema registral, que ahora ya claramente hace la Disposición Transitoria 8.^a, el de la problemática notarial que se presenta a la hora de llevar al documento público ese proceso liquidatorio. En su momento, también tratamos este tema (7).

En este momento o fase notarial, sería el referente al nombramiento de liquidadores, con los problemas de quién va a convocar la Junta General, y su conexión con la caducidad del cargo de administradores, entre otras cosas porque estos administradores tendrán sus cargos caducados, tanto si sus nombramientos lo fueron en su momento por tiempo indefinido, como si lo fueron por un plazo determinado; caducados tanto por la Disposición Transitoria 4.^a del ya derogado Reglamento Mercantil, en el supuesto de que fuesen nombrados por tiempo indefinido, así como los que lo fueron por plazo determinado, ya que no ha podido acceder la renovación de los cargos al Registro Mercantil, ya que no han sido adaptadas las sociedades a la Nueva Ley, y sobre todo al capital social, produciéndose un cierre registral. Queda la vía del artículo 101, en conexión con el artículo 100, de la

(7) GARCÍA MÁS, *ob. cit.*, pp. 915, 916 y 917.

Ley de Anónimas, que hace referencia a la convocatoria judicial, previa petición de un 5% de los socios que representen ese capital social. En todo caso, siempre, la mejor solución es, si es posible, la de la Junta Universal.

No olvidemos que la Ley de Anónimas no prevé la conversión automática de los administradores en liquidadores como lo hace la de Limitadas, pero en todo caso tampoco podría aplicarse, ya que los administradores estarían caducados.

En este punto, quiero dar un primer toque de atención a lo que luego tendremos ocasión de volver, en el sentido que el nuevo Reglamento del Registro Mercantil ha copiado literalmente lo que decía el antiguo, referente a la caducidad de los administradores que hubiesen sido nombrados por tiempo indefinido en las anónimas; nos referimos a la nueva Disposición Transitoria undécima, que vuelve a repetir que la caducidad de estos cargos lo será a los cinco años de la entrada en vigor del nuevo Reglamento. Creemos rotundamente que ha sido un lapsus el volver a introducir este texto, ya que con la anterior Disposición Transitoria del ya derogado Reglamento, ya se había producido la caducidad.

También se indicó por algún autor como ÁVILA NAVARRO que una vez nombrados los nuevos liquidadores debería comunicarse su nombramiento a los antiguos administradores, siguiendo con las funciones liquidatorias, con las facultades de los mismos, y sobre todo en relación con la enajenación de bienes sociales (8).

Como hemos indicado anteriormente, el problema de la inscripción de estos liquidadores ya no lo es, a la luz de la nueva norma, aunque en nuestro trabajo ya indicábamos que la única solución, lógica y posible, sería esa.

(8) ÁVILA NAVARRO, Pedro, reseñado en la nota número 10 de mi trabajo, *ob. cit.*, p. 917.

3. Práctica de los asientos a que dé lugar la reactivación.

A. *Introducción.*

Como hemos indicado líneas arriba, la nueva Disposición Transitoria 8.^a introduce también esta frase de la reactivación, y cuál es nuestra opinión, en un primer contacto sobre esta introducción desde el punto de vista de la jerarquía formal de las normas. Esta palabra de “reactivación” apareció por primera vez en la Resolución ya tan comentada de 5 de marzo de 1996, en donde se decía que “todo ello sin prejuzgar si es o no posible acordar la reactivación de la Sociedad” (9).

100 En su momento dimos nuestra opinión sobre esta frase, tímidamente expuesta en la Resolución. Pero con posterioridad ha habido tres resoluciones, que al menos tenga noticia, en donde la Dirección antes del Nuevo Reglamento del Registro Mercantil parecía dar pasos hacia adelante sobre este tema de la reactivación.

Así las Resoluciones de 29 de mayo, de 31 de mayo y de 5 de junio de 1996, las tres relativas a la disolución de pleno derecho. La primera, consistente en una transformación en limitada, así como la segunda y la última de adaptación a la nueva legislación; con el mismo esquema que la de 5 de marzo de 1996. Tomando como referencia la de 29 de mayo de 1996, la Dirección General, en el fundamento de derecho 3.º de la misma indica que “y todo ello sin prejuzgar ahora si como parece deducirse de la interpretación conjunta de los artículos 261 de la Ley de Sociedades Anónimas (que prevé otro supuesto de disolución de pleno derecho), y 251 del mismo texto legal, así como de la inexistencia en esta Ley de un precepto similar al artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es posible acor-

(9) En cuanto a la primera crítica de la reactivación, *vid.* nuestro trabajo, *ob. cit.*, pp. 931, 932 y 933.

dar la reactivación de la Sociedad Anónima disuelta por aplicación de la Disposición Transitoria 6.^a de la Ley de Sociedades Anónimas, máxime si es por acuerdo unánime de todos los socios”. Igual transcripción tienen las otras resoluciones ya citadas.

Como podemos apreciar, la Dirección General parece dejar una puerta abierta mucho más clara a la reactivación de la sociedad anónima, no ya dejándola apuntada de una manera tímida, sino estableciendo la posibilidad de esa reactivación, cuestión en la que no entra a resolver, como es lógico, ya que no es objeto del recurso.

Los argumentos que utiliza la Dirección son los de la interpretación conjunta de los artículos 261 y 251 de la Ley de Anónimas. Recordemos que el artículo 261 relativo a la disolución por transcurso del término establece que: “transcurrido el término de duración de la sociedad ésta se disolverá de pleno derecho a no ser que con anterioridad hubiese sido prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil”; por su parte, el artículo 251, relativo a la fusión de sociedades en liquidación, establece que: “las sociedades en liquidación podrán participar en una fusión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas”. El artículo 106 de la Ley de Limitadas, relativo a la reactivación de la sociedad disuelta, en su número 2, establece taxativamente que: *“no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho”*.

En primer lugar hay que indicar que la Dirección aduce el artículo 106.2 de la Ley de Limitadas, pero en nuestra opinión de una manera sesgada, ya que el artículo 106, en todos sus apartados relativos a la reactivación, no tiene un precepto similar en la Ley de Anónimas, por ello no parece muy concluyente el recurrir a uno de sus apartados para decir que en las anónimas no se prohíbe reactivar expresamente en los casos de disolución de pleno derecho, ya que en las anónimas por no haber no existe ningún artículo sobre reactivación; no sabiendo qué es lo que el legislador

hubiese establecido en materia de anónimas si hubiese regulado la reactivación, cosa que no ha hecho, a no ser que tengamos capacidades proféticas sobre lo que el legislador no ha hecho, pero previendo lo que hubiese hecho si efectivamente lo hubiese hecho.

Por otra parte, el artículo 261 lo que da en nuestra opinión es un argumento contrario a la reactivación, ya que se opera la disolución de pleno derecho de todas formas, a no ser que con anterioridad haya sido expresamente prorrogada por la Junta, e inscrita dicha prórroga en el Registro Mercantil, por lo que se deduce que al legislador no le gusta de ninguna manera que la sociedad continúe como tal.

Por ello, los argumentos indicados en las resoluciones últimamente citadas, “se derriten como la mantequilla” en el “aceite” jurídico que implique un análisis jurídico mínimamente serio. Ello no es óbice para que nosotros nos oponamos a la reactivación de la sociedad anónima, aunque su Ley no lo prevea, lo que sí discrepamos es que pueda operarse esta reactivación en los casos de disolución de pleno derecho. El legislador en la Ley de Limitadas, en un texto más moderno, se inclina claramente por esta última postura, que ya defendimos en nuestro trabajo citado.

B. *La disolución de pleno derecho. Reactivación.*

Hemos partido de la idea que somos partidarios de la reactivación de las sociedades anónimas, en los casos normales de disolución, y ello aunque la Ley de Anónimas no lo regule explícitamente, como sí ha hecho el legislador en la Ley de Limitadas de 1995. Existen muchos argumentos a favor de esta posibilidad, entre otros el de carácter soberano de la Junta General como órgano de expresión de la voluntad social, hasta el propio artículo 251 de la Ley de Anónimas, que permite la fusión de la sociedad en liquidación. En los casos de disolución de pleno derecho, la problemática es distinta, incluso la doctrina al respecto también es va-

riada oscilando desde su admisión en cuanto a la reactivación hasta su rechazo.

La disolución de pleno derecho es una disolución automática, prevista en la Ley en determinados supuestos de carácter muy especial como por ejemplo en el caso de la disolución por transcurso del término, o el supuesto excepcional y como castigo de la disolución de pleno derecho impuesta por el legislador, ajena a la voluntad constituyente, por haber incumplido una obligación legal cual es la de no tener la sociedad en una fecha determinada el capital social mínimo legal.

Desde el punto de vista doctrinal en general, es mayoritaria la tesis de la posibilidad de la reactivación de las sociedades anónimas, con la matización de admitir esa reactivación en todos los casos de disolución salvo en el del cumplimiento del término, hasta incluso la tesis negativa, contraria a la disolución en todo caso (10).

103

En cuanto a los casos de disolución de pleno derecho también hay distintas opiniones doctrinales, oscilando desde su admisión en cuanto a la reactivación hasta su rechazo, pero teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina no considera posible la reactivación de la sociedad en el caso de reactivación por transcurso del término, que es uno de los supuestos de disolución de pleno derecho (11).

No olvidemos que si el legislador quiere esas reactivaciones excepcionales, a pesar de la disolución de pleno derecho legal, por mandato imperativo, así lo hace constar, como ocurrió por ejemplo en la Ley de Cooperativas Andaluzas. La disolución de pleno derecho se produce, como hemos indicado, automáticamente, sin necesidad de acuerdo de la Junta, y entrando inmediatamente en el proceso liquidatorio, no

(10) En cuanto al estado de la doctrina en este punto, *vid.* nota 27 de nuestra *ob. cit.*, p. 952.

(11) En cuanto al estado de la doctrina, CÁMARA, Emilio BELTRÁN, PÉREZ DE LA CRUZ, *vid.* notas 29, 30 y 31 de mi trabajo, *ob. cit.*, p. 932.

existiendo publicidad de ese acuerdo, ni la inscripción en el Registro Mercantil, ya que ha operado automáticamente la causa de disolución.

La Resolución de 8 de noviembre de 1995 quizás pudiera dar un argumento favorable a la posible reactivación en los casos de disolución de pleno derecho, ya que en ese momento se trataba de la posibilidad de que una sociedad anónima disuelta por transcurso del plazo de duración previsto, pudiera fusionarse con otra que la absorbiera, argumentando el registrador que la sociedad disuelta por tal causa no era susceptible de reactivación.

Como ya analizamos en su momento, la Dirección daba argumentos balbuceantes en este punto, incluso dando argumentos jurídicos contrarios a dicha fusión, pero aduciendo después intereses prácticos, era favorable a la fusión, a pesar de la disolución por transcurso del término, estableciendo el derecho de separación de los socios que no hubiesen votado a favor del acuerdo, dando razones favorables a este derecho, reconocido para hipótesis similares. En su momento indiqué que esta disolución estaba enmarcada en un supuesto específico, y que la misma dejaría de existir, y que solamente en un breve espacio de tiempo sería necesario mantenerla para cumplir con el fenómeno de la fusión. Incluso se ha hablado de reactivación especial para este caso de fusión por absorción, ya que las relaciones activas y pasivas vuelven a recobrar vigencia en la sociedad absorbente (12).

Como consecuencia de lo anterior, nuestra opinión es más tajante y dura en los supuestos de la disolución de la Disposición Transitoria 6.^a2 y de la Transitoria 8.^a, esta última del Nuevo Reglamento del Registro Mercantil. Creemos que la voluntad del legislador se ha impuesto a cualquier otro tipo de voluntad de los constituyentes. Por último, indicar que

(12) En este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, reseñado en la nota número 26 de mi trabajo *ob. cit.*, p. 931.

el propio artículo 223 del Código del Comercio indica que: “las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios, después de que se hubiere cumplido el término por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía celebrarán un nuevo contrato, sujeto a todas las formalidades prescritas para su establecimiento, según se previene en el artículo 119”.

C. El artículo 242 del nuevo RRM, en relación con la Disposición Transitoria 8.ª, relativo a la reactivación.

C.1) Introducción.

A pesar de lo indicado anteriormente por nosotros y de nuestra postura que en muchos puntos será discutible, pero que es la que creemos más lógica, está claro que no se adapta a la tenida en cuenta en la Disposición Transitoria 8.ª del Nuevo Reglamento del Registro Mercantil, que como sabemos permite la reactivación de la sociedad anónima disuelta de pleno derecho cuando no hubiese aumentado el capital social hasta el mínimo legal. Permitida pues la reactivación, y estando huérfano de regulación en sede de Anónimas, habrá que acudir, pensamos, a la Ley de Limitadas en su artículo 106, y en concreto también al artículo 242 del RRM, que no es exclusivo para las limitadas sino también entre otras para la anónima. El artículo 242 establece: “1. La inscripción de la reactivación de la Sociedad disuelta se practicará en virtud de la escritura pública que documente el acuerdo de reactivación. 2. Para su inscripción en el Registro Mercantil, en la escritura se harán constar, además de las circunstancias generales, las siguientes: 1.ª La manifestación de los otorgantes de que, en su caso ha desaparecido la causa de disolución que motivó el acuerdo respectivo y que no ha comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. Si la sociedad fuera anónima, de responsabilidad limitada, o comanditaria por acciones, se hará constar, que

el patrimonio contable no es inferior al capital social. 2.^a La fecha de publicación del acuerdo de reactivación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, si éste diese lugar al derecho de separación. 3.^a La declaración de los otorgantes sobre la inexistencia de oposición, por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiese prestado la sociedad. 4.^a El nombramiento de los administradores y el cese de los liquidadores”. El artículo 106 en sede de Limitadas recoge la mayoría de los requisitos que ha establecido en general el legislador en el Reglamento del Registro Mercantil.

106

En nuestro trabajo, debemos centrarnos en la reactivación de la anónima, ya que es a la que estamos haciendo referencia, para el supuesto de disolución de pleno derecho por la Disposición Transitoria 8.^a, aunque los requisitos del 242 del Reglamento lo son en general para todas, haciendo también hincapié en que el 242 del Reglamento hace referencia específica a la posibilidad de la reactivación de la sociedad anónima en general. Pero no cabe la menor duda que en el caso de disolución de pleno derecho como castigo legal, y habiendo el legislador permitido su reactivación, va a plantear ciertamente problemas específicos de mayor complejidad que en el caso de las reactivaciones normales por disolución de anónimas y limitadas en otros supuestos.

C.2) *Requisitos de la reactivación.*

Es necesario ahora el establecer para este supuesto específico, del que estamos tratando, cuáles son los requisitos para que opere esta reactivación, en los casos de disolución de pleno derecho por falta de adecuación a la cifra del capital mínimo legal, a pesar de que ya hemos expuesto nuestro criterio contrario a este supuesto.

a) *El primer requisito* a tener en cuenta es que debe desaparecer la causa que motivó esa disolución. En nuestro caso, será necesario el acuerdo de elevación de la cifra de capital al mínimo legal, o el de la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte por lo menos del valor de cada una de las acciones. Este paso será previo a todo acuerdo de reactivación, ya que ésta no sería posible como hemos indicado, sin que antes desapareciera la causa. Lo que ocurre es que como este supuesto tiene un carácter excepcional la forma también lo es.

b) *En segundo lugar* habrá que tomar el propio acuerdo de reactivación, y uno de los problemas que se plantea es el tipo de mayoría que se requiere para tomar este acuerdo. Ya hemos tenido ocasión de analizar las tres últimas resoluciones de la Dirección General que hacían hincapié de una manera más clara al supuesto de la reactivación, utilizando la frase de “máxime si es por acuerdo unánime de todos los socios”. Ello, creemos puede obedecer a los que consideramos no muy fuertes argumentos que utiliza la propia Dirección para permitir la reactivación; y como contrapartida quiere exigir una unanimidad en algo, que entiendo forzado de principio a fin. En nuestra opinión, aunque pudiera desprenderse de este trabajo que mi postura iba a ser la de exigir unanimidad, en cambio, una vez que el legislador ha aceptado la reactivación, creo que el régimen para tomar el acuerdo sería el de las mayorías que exigen la Ley de Sociedades Anónimas para la modificación de estatutos. No olvidemos que en todo caso, al estar hablando en sede de Anónimas, no hay un precepto similar al del artículo 106 de la Ley de Limitadas, pero por asimilación al mismo y por el carácter de la reactivación nos inclinamos por este tipo de mayoría. El artículo 103 de la Ley de Anónimas hace referencia a la constitución de la Junta, en supuestos especiales, en conexión con el artículo 144 relativo a los requisitos de la modificación de los

estatutos (13). Otras opiniones establecen que en los casos normales de disolución por causa legítima, si la Junta no remueve esa causa, consideran que “surge la facultad de cualquier interesado, y la obligación de los administradores de solicitar la disolución judicial, y establece que en ausencia de norma expresa, la reactivación de la sociedad sólo será posible con el consentimiento de todos ellos (14)”.

c) *Un tercer aspecto* a tener en cuenta será, si el respectivo acuerdo de reactivación en sede de anónimas, dará lugar al derecho de separación de los socios. Desde el punto de vista doctrinal, también existen variedad de criterios. Se ha establecido como punto esencial a tener en cuenta si el acuerdo de reactivación supone o no una sustitución en el objeto, o más bien una simple modificación del mismo. Se ha indicado que “en rigor el acuerdo de disolución supone un cambio de objeto, pero un cambio de índole peculiar, en cuanto a especialización del mismo, pues el objeto subsiste tal como fue configurado en los estatutos, el acuerdo de disolución no la altera en absoluto, pero pierde su significado como instrumento definidor de la actividad comercial propia de la Sociedad, que desde ese momento ha cesado” (15). También se ha establecido que “en el supuesto de que la sociedad salga por acuerdo de los socios del estado de liquidación para reemprender la actividad productora, los accionistas disidentes no tienen derecho de separación, salvo el supuesto ya aludido de que la sociedad inicie su nueva actividad con un objeto distinto del que tenía anteriormente. El argumento de que la sustitución del objeto se da en todo supuesto de reactivación de la sociedad, porque la sociedad

(13) En este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier, en la obra: *Estudio sobre la Sociedad Anónima II*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 448.

(14) BELTRÁN, Emilio en: *La disolución de la Sociedad Anónima*, Editorial Civitas, S.A., 1991, pp. 56 y 57.

(15) En este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, en relación con la nota número 30 relativa a GIRÓN TENA, *ob. cit.*, p. 448.

disuelta pasa de tener como objeto las operaciones liquidatorias a realizar una industria lucrativa es inadmisibles, porque la disolución de la sociedad no cambia el objeto señalado en los estatutos por otro distinto; lo que hace es interrumpir o suspender, salvo en la medida necesaria a la liquidación, el ejercicio de esa industria u objeto social. Nuestra vigente Ley sólo concede el derecho de separación, en supuestos taxativamente determinados en ella... y si en el supuesto de prórroga de la sociedad... que tiene indudables analogías con la reactivación de la sociedad disuelta, no concede a los accionistas disidentes ese derecho, no hay ninguna razón para que puedan reputarse investidos de esa facultad en el caso de que la Junta General acuerde reanudar la actividad social..." (16). Otra parte de la doctrina considera que la reactivación implica siempre sustitución del objeto social (17).

Los supuestos regulados en la Ley de Anónimas a los efectos del ejercicio del derecho de separación, se encuentran en los artículos 147, relativo a la sustitución del objeto social, el 149.2, relativo al cambio de domicilio y el 225, que hace referencia a la transformación de la anónima en sociedad colectiva o comanditaria.

La Dirección General, en la resolución que ya hemos comentado en varias ocasiones de 8 de noviembre de 1995, relativa a la posibilidad de que una sociedad anónima disuelta por transcurso del plazo de duración previsto, pueda fusionarse con otra que la absorba, en la que el registrador negó esta posibilidad aduciendo que la sociedad disuelta por tal causa no era susceptible de reactivación, ha tenido argumentos para facilitar ese acuerdo de fusión.

(16) URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel, en: *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XXI, Editorial Civitas, S.A., 1992, pp. 88 y 89.

(17) En este sentido, BLANQUER UBEROS, Roberto, reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en la nota 31 de la *ob. cit.*, p. 449.

La Dirección permite la fusión, entre otros argumentos, de los que entresacamos los que más nos interesan en este punto, indicando que a pesar de no estar claro el tema, en base a la normativa actual, indica en su fundamento de derecho II que “se hace preciso pues, en defecto de solución específica inequívoca arbitrar remedios que compaginando los intereses prácticos subyacentes, gocen de un fundamento analógico... y en este sentido el derecho de separación de los socios.”

110

La resolución equipara este supuesto de fusión al de una reactivación en cuanto a la sociedad disuelta y establece que, “en este sentido el derecho de separación de los socios que no hubieren votado a favor del acuerdo resulta especialmente adecuado en cuanto a que: a) se trata del derecho reconocido para hipótesis similares en las que la voluntad social modifica a posteriori previsiones iniciales... b) armoniza el objetivo de conservación de la empresa con el interés de los socios minoritarios... c) la disolución de la sociedad si bien no extingue la personalidad jurídica, sí provoca la pérdida definitiva de vigencia de la cláusula estatutaria relativa al objeto social..., de modo que su participación en un proceso de fusión por absorción... equivale a la sustitución del objeto social...”.

Como podemos apreciar, la Dirección en este caso permite el derecho de separación de los socios, aunque no esté dentro de los supuestos regulados en la Ley de Anónimas, y de otro lado considera que equivale a la sustitución del objeto social, aunque si bien es cierto lo indica en un caso muy especial como lo es el que la sociedad disuelta se fusione en otra, aunque no olvidemos que se ha hablado de reactivación especial y provisional para este supuesto.

Aunque fuera y de hecho puede ser defendible la postura de la no existencia del derecho de separación de los socios que no han votado a favor del acuerdo, la realidad es que estamos hablando de una reactivación forzada, sacada de contexto, en mi opinión, contraria a toda filosofía de

lo que significa la disolución de pleno derecho, y más en concreto por la causa estudiada, y como consecuencia es necesario establecer el derecho de separación de los socios que no han votado a favor del acuerdo, con las previsiones legales que establece la Ley de Anónimas en supuestos de separación de socios (art. 147 de la Ley de Anónimas en conexión con el 225 y el 145). Por supuesto, si ha habido unanimidad por parte de todos los socios en la toma del acuerdo, no existirá dicho derecho.

d) *Otro punto* a tener en cuenta es hasta qué momento se puede tomar el acuerdo de reactivación. La doctrina también en este punto es variada. Desde los que piensan que el momento final es la cancelación (18). Otros lo concretan en el momento de la aprobación del balance final (19). Por último, se ha indicado que el momento hasta el cual pueda ser tomado el acuerdo de reactivación dependerá de si se ha iniciado o no el reparto del activo entre los socios, o bien resulte obligatorio para los liquidadores, esto es, cuando haya transcurrido el plazo legal para la impugnación del balance final. En relación con esta última solución, se ha indicado que es la más adecuada “en base a la aplicación analógica, del artículo 251 de la Ley de Anónimas, que admite la posibilidad de que la sociedad se fusione hasta el momento en que haya comenzado el reparto del activo entre los socios” (20).

La nueva Ley de Limitadas, en su artículo 106.1 establece que efectivamente la Junta General podrá reactivar o acordar la reactivación de la sociedad disuelta cuando no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. En conexión con este artículo, el Nuevo Reglamento

(18) En este sentido, URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, reseñados por GARDEAZÁBAL DEL RÍO, en la nota 27, *op. cit.*, p. 447.

(19) En este sentido, Manuel DE LA CÁMARA, reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en nota número 28 *op. cit.*, p. 447.

(20) En este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *op. cit.*, p. 447.

del Registro Mercantil, en su artículo 242.2.1.^a también indica que no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios.

e) *La protección de los socios y de los acreedores. Los aspectos formales.*

El artículo 242.2.2.^a y 3.^a del RRM hace referencia de alguna manera a los aspectos formales de esa reactivación, y a la protección de los derechos de los socios disidentes al acuerdo, y sobre todo de la protección de los terceros acreedores. En este sentido, establece que deberá constar “la fecha de publicación del acuerdo de reactivación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo si éste diese lugar al derecho de separación”. En principio, si la publicidad fuese dirigida únicamente en beneficio de los socios, y el acuerdo ha sido votado por unanimidad de todos los socios, no parecería necesario el requisito de la publicidad de dicho acuerdo, e incluso, creemos, que tampoco sería necesario con relación a los socios asistentes que hayan disentido, siempre que se trate de Junta Universal. Pero en cambio, como luego indicaremos, *la publicación será necesaria, en todo caso, para la protección de los derechos de los acreedores, que deben conocer el acuerdo, mediante su publicidad.* No olvidemos que en el caso que nos ocupa estamos intentando adaptar el artículo 242 del RRM al supuesto de las anónimas con disolución de pleno derecho de la Disposición Transitoria Octava.

Este artículo, en nuestra opinión, está pensado en las sociedades limitadas, donde efectivamente, al referirse al derecho de separación de los socios, en su artículo 97.1, indica que “Los acuerdos que den lugar al derecho de separación, se publicarán en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. El órgano de administración podrá sustituir dicha publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. El derecho de sepa-

ración, podrá ejercitarse en tanto no transcurra un mes contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación”. Buena prueba de lo indicado anteriormente es la transcripción casi literal del texto que hace el artículo 242 del Reglamento del Registro Mercantil. Creemos que en sede de anónimas, la publicación del acuerdo en el BORME debe ser siempre obligatoria, y no estableciéndose la alternativa que se determina en sede de limitadas.

Sí estamos de acuerdo en que debe existir derecho de separación, por los argumentos que dimos en su momento, habrá que remitirse a la sede de las sociedades anónimas, con criterio analógico del artículo 147 de dicha Ley, que en su punto 1 párrafo 2.º establece: “el derecho habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la comunicación del acuerdo en el Boletín Oficial de Registro Mercantil”. En cambio, el nuevo Reglamento, de la lectura de su artículo 242 parece derivar que el acuerdo de reactivación no dé el derecho de separación de los socios disidentes, ya que indica, “si éste diese lugar al derecho de separación” (está haciendo referencia al acuerdo de reactivación).

Para los partidarios de que no exista ese derecho de separación, en el caso concreto que tratamos en esta addenda, no sería necesaria dicha publicidad, en cuanto al propio acuerdo de reactivación, ya que el propio Reglamento, en su artículo 242.2.2.ª, *in fine*, hace referencia a la publicación, si el acuerdo diera lugar, al derecho de separación, o en su caso a la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo.

Por supuesto, y como hemos indicado anteriormente, si existe unanimidad de todos los socios no se daría ese derecho de separación, y a primera vista, parecería innecesaria la publicación, en este caso de anónimas, pero hay que tener en cuenta que existen otros terceros, que son los acreedores, que tienen un derecho de oposición, y que tienen el derecho de ejercitarlo, desde que lo conocen, y este mecanis-

mo de conocimiento es el de la publicidad necesaria mediante la oportuna publicación, como luego veremos. Siendo congruentes con este derecho de separación, si éste se ejercita efectivamente, habrá que acudir a la reducción de capital correspondiente, pero en operación “acordeón”, al aumento simultáneo, si queda por debajo del mínimo legal, aun después del primer páso, que será siempre como indicamos líneas arriba, el del salir de la causa de disolución de pleno derecho.

Otro tema será *el del derecho de los terceros acreedores y el aspecto formal que de él se deriva*. En este sentido, el nuevo Reglamento toca el tema al indicar que uno de los puntos de la escritura pública de ese acuerdo de reactivación es “la declaración de los otorgantes sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiese prestado la Sociedad”. Aquí nos encontramos con otro punto específico en sede de anónimas, pero que también lo tiene en el de las limitadas, es decir, la protección desde el punto de vista formal con relación a los terceros acreedores.

En sede de limitadas, el artículo 106.3 establece que “los acreedores sociales podrán oponerse al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la Ley, para el caso de fusión”. Aquí el aspecto de garantía para los terceros acreedores, desde el punto de vista formal, es mucho más exigente, incluso en sede de limitadas (menos severa en general que las anónimas), ya que este artículo citado se remite a la fusión de sociedades, y como bien sabemos el artículo 94 de Limitadas, en el tema de la fusión, a su vez se remite a las secciones 2.^a y 3.^a del Capítulo VIII de la Ley de Anónimas, y ahí nos encontramos entre otros con los artículos 242 y 243, en cuanto a la publicación del acuerdo de fusión, y el 243 relativo al derecho de oposición de los socios. El artículo 242 de la Ley de Anónimas establece que: “el acuerdo de fusión, una

vez adoptado se publicará tres veces en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tengan su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los accionistas y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión”.

Por su parte, el artículo 243.1 establece que: “la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio del acuerdo de la Junta General. Durante ese plazo los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan podrán oponerse a la fusión en los términos previstos en el artículo 166...” Al analizar el artículo 242 en sede de anónimas, se han planteado algunos temas relativos a su interpretación (21).

En nuestra opinión, quizás sea demasiado duro el exigir los requisitos de publicidad del artículo 242 de la Ley de Anónimas, que está pensado para el supuesto de fusión, y en donde los intereses en juego pueden tener carácter más grave para los terceros, sobre todo por la posible situación en la que se encuentre la sociedad absorbente. En cambio, en nuestro caso, la sociedad al reactivarse continúa de hecho y de derecho en el tráfico jurídico, con los mecanismos normales de protección en cuanto a los créditos no vencidos y los vencidos.

Lo que sí está claro es la necesidad de la publicidad del acuerdo de reactivación frente a los terceros, y en concreto a los acreedores. En el intento de armonizar este criterio, evitando posiciones rigurosas, podríamos acudir por analogía al artículo 263 de la Ley de Anónimas, relativo a la publicidad del acuerdo de disolución, donde se establece que: “El acuerdo de disolución o la Resolución Judicial, en su caso, se inscribirán en el Registro Mercantil, publicándose,

(21) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro: capítulo X, “De la disolución y liquidación”, del libro *La Sociedad de Responsabilidad Limitada I*, Consejo General del Notariado, 1995, p. 496.

además, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social". Esta aplicación analógica puede ser válida, ya que la reactivación y la disolución son dos caras opuestas de una misma moneda, más aún cuando estamos huérfanos, en sede de anónimas, de toda regulación sobre la reactivación. En conclusión, el acuerdo deberá publicarse, según este criterio, en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social.

No compartimos la idea de los que puedan pensar, incluso al hilo del Reglamento, en prescindir de toda publicación cuando no se dé el derecho de separación, o incluso para los que piensen que no existe tal derecho, aduciendo que los acreedores sociales tienen perfectamente garantizados sus derechos porque la sociedad va a seguir en el tráfico jurídico, por los argumentos anteriormente esgrimidos, y más aún por la importancia y excepcionalidad forzada de esta reactivación en sede de anónimas.

116

f) *La Resolución de 11 de diciembre de 1996 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

Con posterioridad a este trabajo, e incluso a su publicación, surgió una nueva Resolución de la Dirección General de 11 de diciembre de 1996, sobre el mismo tema que estudiamos. Incluso, no se aduce, el nuevo Reglamento del Registro Mercantil, que como hemos visto, abre claramente la puerta a la reactivación, con todas las matizaciones y comentarios que hemos hecho con anterioridad; y el no tener en cuenta la Disposición Transitoria octava del nuevo Reglamento, pueda ser debido a las fechas en que se desarrolla el supuesto de hecho, en conexión con la entrada en vigor del mismo.

Esta resolución ya de una manera clara permite la posibilidad de la reactivación, en estos casos de disolución de pleno derecho, como consecuencia del efecto sancionatorio que la ley preveía al no haber adaptado su capital; reactivación

vación que ya se dejaba perfilar en anteriores resoluciones, ya vistas y comentadas. La novedad importante es que es la primera resolución que trata de lleno el tema de la reactivación, ya que se presenta en el Registro una escritura de reactivación. Para no repetir argumentos ya dichos por la Dirección General sobre esta cuestión, nos centraremos en los fundamentos de derecho tercero y cuarto. El fundamento de derecho tercero da argumentos a la reactivación. Así establece: "... 1.º Que del hecho de que la disolución de la sociedad sobrevenga por ministerio legis no se deduce necesariamente que sólo otra disposición legal pueda ordenar la reactivación de la sociedad, y menos aún prescindiendo de la voluntad social. 2.º Que, de conformidad con el artículo 4.2 del Código civil, la interpretación de los preceptos sancionadores, como es la disposición transitoria sexta de la Ley... no puede extender su aplicación más allá del ámbito estrictamente contemplado... 4.º Que la especificidad de la disolución de pleno derecho frente a los restantes supuestos de disolución radica exclusivamente en que opera de modo automático sin necesidad de acuerdo social... 5.º Que, al menos respecto de las Sociedades Anónimas, el régimen jurídico aplicable a las sociedades disueltas no contempla especialidades por razón del concreto modo de sobrevenir la disolución 6.º Que, aunque la Ley de Sociedades Anónimas no contempla la hipótesis de reactivación, su posibilidad se infiere de la expresa previsión de una hipótesis sustancialmente idéntica cual es la participación de la sociedad disuelta en un proceso de fusión si no ha comenzado el reparto del haber social... 7.º Que, a diferencia de lo previsto en el artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no existe norma similar tratándose de las Sociedades Anónimas...". Nada tengo que añadir a lo que escribí páginas arriba, sobre mis ideas y argumentos sobre la reactivación en estos casos, y el porqué era contrario a la misma, a pesar de tener que pasar por ella, más aún cuando el nuevo Reglamento del Registro Mercantil abría la puerta total-

mente a esta reactivación. Por ello gran parte de mi trabajo transcurría por el estudio de la misma y los problemas que se planteaban.

Al estudiar anteriormente los problemas que se planteaban en la reactivación, expuse que el acuerdo, además de tomarse por unanimidad, lo podría ser por mayoría, conforme a las mayorías establecidas en la Ley de Anónimas (art. 103).

118 Asimismo, defendí que si no existía esa unanimidad de todos los socios, debería darse el derecho de separación, aportando diversos argumentos. Por último y lanzándome al vacío, me parecía necesario la publicidad, y estando un poco huérfanos en este punto, para saber en qué podría consistir la misma, invoqué el artículo 263 de la Ley de Anónimas como argumento analógico. En estos puntos que conforman el fundamento de derecho cuarto de la resolución, son coincidentes con los que yo expuse en mi trabajo, y reflejados páginas arriba, y que por supuesto, fueron escritos con anterioridad a la resolución y publicados (22). En relación con lo anterior, la resolución dice: "...4. En consecuencia, la disposición transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas no puede objetar la reactivación de la sociedad si media el correspondiente acuerdo unánimemente adoptado por los socios o, en caso de falta de unanimidad, si votan a favor de la continuidad las mayorías prevenidas en el artículo 263 de la Ley de Sociedades Anónimas para la disolución... y se respeta el derecho de separación de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo...".

(22) Vid. mi trabajo "Addenda al trabajo del análisis de la Disposición Transitoria 6.ª.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativa a la disolución de pleno derecho, en conexión con la Disposición Transitoria 8.ª del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996". *Boletín del Colegio de Granada*, julio-agosto 1996, pp. 1767 y ss., y en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 639, pp. 359 y ss., marzo-abril 1997.

g) *El patrimonio contable no sea inferior al capital social.*

Se ha indicado que “responde esta exigencia al principio de integración del capital social... parece, pues, como si se pensase en la reactivación como una nueva constitución de la Sociedad, al menos por lo que a la correlación entre patrimonio y capital se refiere... ahora bien, las medidas para lograr esa correlación pueden afectar o bien al capital... o bien al patrimonio social” (23).

h) *El nombramiento de nuevos administradores.*

El artículo 242.2.4.^a del nuevo Reglamento establece como requisito en la escritura de reactivación el nombramiento de los administradores y el cese de los liquidadores. Esta idea responde al propio concepto de la reactivación, ya que si ésta se produce, la función de los liquidadores no tiene ningún sentido, debiendo ser los administradores los que en su momento eleven a público el acuerdo social, además de en su caso certificar el acta de la Junta. Para el tema de los administradores en los casos específicos de las anónimas que tratamos, nos encontramos con el mismo problema al que ya aludimos al hablar del nombramiento de los liquidadores, cuando la sociedad disuelta debía continuar su proceso liquidatorio, ya que considerábamos que tanto hubieran sido nombrados por tiempo definido, ya que en ningún caso esos nombramientos habrían tenido acceso, ya que la sociedad no estaba adaptada, entre otros puntos, por la falta del capital mínimo legal; como los nombrados anteriormente por tiempo indefinido, los cargos estarían caducados, en todo caso por el antiguo Reglamento del Registro Mercantil del 1 de enero de 1995, en su Disposición Transitoria Cuarta. Por lo tanto si la Junta era Universal, no había problema ya que en la misma se nombraban los administradores, o en su caso la del artículo 101 de la Ley de Anónimas (24).

(23) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro, *ob. cit.*, p. 495.

(24) En este sentido, *vid. mi trabajo, ob. cit.*, pp. 915 y 916.

Todo ello, al plantearse quiénes pueden convocar la Junta (caso de que no sea posible, hacer Junta Universal) para realizar todas las operaciones tendentes a la reactivación, entre otras la del propio nombramiento de los nuevos administradores. Al hilo de este razonamiento, quiero manifestar mi asombro por lo que creo es falta de corrección técnica.

El nuevo Reglamento reproduce la ya citada Disposición Transitoria Cuarta, en una nueva Disposición Transitoria Undécima, que para recordar indica: “Los nombramientos de cargos por tiempo indefinido, realizados al amparo de la legislación anterior, y que no estén admitidos por la Ley de Sociedades Anónimas, caducarán a los cinco años de la entrada en vigor del presente Reglamento, cancelándose de oficio o a instancia de cualquier interesado, mediante la oportuna nota marginal. Queda a salvo la sanción prevista en el número 4 de la Disposición Transitoria 4.^a de la citada Ley”.

120

Si nos atuviéramos al contenido literal de esta Disposición, parecería que hasta el año 2001 quedarían vigentes esos cargos. Pero eso es de todo punto imposible, ya que el 1 de enero de 1995, por lo indicado del antiguo Reglamento, ya habían caducado, y siguiendo el tenor de la norma, el registrador de oficio habrá cancelado esos nombramientos. ¿Es que resucitan ahora, rememorando el pasaje de la Resurrección de Lázaro?; ¿es que hay una especie de prórroga mágica de algo que en teoría ya está cancelado?; ¿es que se refiere a otros que hayan tenido acceso con posterioridad, pero basándose en la legislación anterior, aunque sabemos que no podrán tener acceso al registro si van en contra de las normas de carácter imperativo?

La única explicación lógica es la más ilógica, es decir, que no se han dado cuenta, y han transcrito por error la antigua Disposición Transitoria Cuarta, sin darse cuenta.

III. Conclusiones

Creo que las conclusiones son fácilmente extraíbles de las páginas anteriormente escritas. Ha existido, en nuestra opinión, el querer dar una solución forzada a un tema que el legislador no tuvo en su momento en cuenta al establecer la Disposición Transitoria 6.^a.2, y ahora se quiere enmen- dar una plana que tiene ya demasiados borrones, que son muy difíciles de quitar sin romper la hoja de papel. Hubie- ra sido más lógico una norma con rango de Ley, que diese esa amnistía, aunque desde el punto de vista de técnica ju- rídica y doctrinal, las críticas hubiesen seguido siendo váli- das, pero al menos hubiésemos guardado las apariencias en algo tan contundente como que un Reglamento altere y mo- difique algo en un punto tan esencial. Dejamos para otras ocasiones otros temas, también apasionantes, como el de la cesión del activo y del pasivo. A pesar de ello, hemos he- cho el intento de analizar el proceso de reactivación, aun- que haya sido a través del camino más difícil, defendiendo el derecho de separación de los socios, no exigiendo la una- nidad para la toma del acuerdo, y siendo consecuentes, creemos, en el tema de la publicidad. Podríamos haber to- mado posturas más “facilonas”, pero ese no es nuestro co- metido, como tampoco el de alabar una solución sacada a trasmano, que muchos alabarán, y que se quedarán sorpren- didos, quizás, por estas páginas. Aunque como ya hemos in- dicado, algunas de estas opiniones, sobre todo en materia de publicidad de la reactivación y el derecho de separación, se han visto confirmadas por la Dirección General, en la Resolución ya comentada de 11 de diciembre de 1996.

DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario

123

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EXPRESIÓN AUTODELACIÓN DE LA TUTELA. **III.** TÉRMINO PODER. **IV.** AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. **A)** Código civil. **B)** Derecho Aragonés. **C)** Derecho Navarro. **V.** EL NOTARIO Y LAS DISPOSICIONES DE AUTOPROTECCIÓN. **VI.** AUTODELACIÓN DE LA TUTELA. **A)** Antecedentes históricos. **1.** *Derecho Romano*. **2.** *El Derecho Germánico*. **3.** *Derecho histórico español*. **B)** Derecho español actual. **1.** *Ámbito*. **2.** *Incidencia de la reforma del artículo 232 del Código civil*. **3.** *Personas que pueden ser tutores*. **4.** *Nombramiento del tutor*. **a)** *Negocio unilateral*. **b)** *Plasmación documental*. **VII.** TESTAMENTO. **VIII.** DOCUMENTOS NOTARIALES DISTINTOS DEL TESTAMENTO. Cataluña. Examen de la Ley de 29 de julio de 1996. **1.** *Cualquier persona*. **2.** *En previsión del caso de ser declarado incapaz*. **3.** *Puede nombrar uno o más de un tutor, pro-*

tutores y curadores y designar sustitutos de todos ellos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar. 4. Pluralidad de designaciones. 5. En escritura pública. 6. Que los nombramientos realizados en escritura pública no sean impugnados. 7. Publicidad. IX. CURATELA. A) Disposiciones generales. 1. Obligatoriedad y excusas. 2. Retribución e indemnización. 3. Prohibiciones. 4. Inscripción. B) Disposiciones particulares. 1. Concepto. 2. Supuestos en que procede y efectos. 3. Normas comunes a los tres supuestos. X. PODERES DE AUTOPROTECCIÓN. ¿Es de esencia en la representación el que el representante actúe en nombre ajeno? a) Incapacidad. b) Incapacitación. c) Causa o motivo del otorgamiento. XI. RENTA VITALICIA Y EL VITALICIO. A) Renta vitalicia. 1. Concepto. 2. Propósitos perseguidos por las partes. 3. La aleatoriedad. 4. Elementos personales. 5. Elementos reales. 6. Elementos formales. 7. Resolubilidad del contrato oneroso de renta vitalicia. 8. Hipoteca en garantía de las rentas. B) Vitalicio. 1. Concepto. 2. Caracteres. 3. Régimen jurídico. XII. LA RENTA VITALICIA, EL VITALICIO Y LAS LEGÍTIMAS. XIII. REDUCCIÓN DE DISPOSICIONES INOFICIOSAS. A) Personas legitimadas activamente para ejercitar la acción fundada en inoficiosidad. B) Carga de la prueba de la inoficiosidad. C) Orden a seguir en la reducción. 1. Reducción de legados. 2. Reducción de donaciones. D) Efectos del ejercicio de la acción fundada en inoficiosidad de la donación. 1. Efectos respecto del donatario. 2. Efectos respecto de terceros (adquirentes del donatario). 3. Efectos en general. E) Extinción de la acción de reducción por inoficiosidad. XIV. IMPUGNACIÓN DE ACTOS SIMULADOS O FRAUDULENTOS REALIZADOS POR EL CAUSANTE EN PERJUICIO DE LA LEGÍTIMA. XV. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. A) Primera etapa: rechazo de la sociedad unipersonal. B) Segunda etapa: reconocimiento matizado. C) Tercera etapa. D) Estatuto básico del funcionamiento de la sociedad unipersonal. E) Aplicación específica de la sociedad unipersonal a las técnicas de autoprotección. XVI. SOLUCIONES POR VÍA SUCESORIA.

A) Introducción. B) Institución de heredero. 1. *Derecho Romano*. 2. *Evolución en España*. C) Requisitos de la institución de heredero. 1. *En el instituyente*. 2. *En el instituido*. D) Formas de designación. 1. *Designación nominal*. 2. *Designación por las circunstancias*. 3. *Formas excepcionales*. 4. *Error en la institución*. E) Supuestos a estudiar en la vía sucesoria en materia de autoprotección.

XVII. DESIGNACIÓN DE HEREDERO A FAVOR DE LA PERSONA QUE PRESTE AL TESTADOR ENFERMO LOS CUIDADOS Y ALIMENTOS QUE PRECISE HASTA EL DÍA DE SU FALLECIMIENTO. **XVIII.** LA FIGURA DEL ALBACEA Y LA AUTOPROTECCIÓN.

A) Es un cargo normalmente testamentario. B) Es un cargo voluntario en la aceptación, obligatorio en el desempeño. C) Es un cargo temporal. D) Es un cargo naturalmente gratuito. E) Naturalmente personalísimo. F) Facultades del albacea a los efectos que aquí nos interesa de autoprotección. Se citan las facultades que consideramos más interesantes en relación al título de la ponencia. 1. *Facultad de interpretación*. 2. *Facultad para apreciar el cumplimiento de condiciones*. 3. *Facultad de apreciar la mayor proximidad de parentesco*. 4. *Obligación de desempeñar el cargo*. **XIX.** EUTANASIA. A) Eutanasia genuina. B) Eutanasia pasiva u ortotanasia. C) Eutanasia indirecta o lenitiva. D) Eutanasia activa. **XX.** EUTANASIA Y EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

I. Introducción

El tema que nos reúne en la ciudad de Veracruz, bajo el título de *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, tiene marcada actualidad y plantea una grave realidad social que previsiblemente irá en aumento y que puede, quizá afectarnos en el futuro a todos nosotros.

126 En efecto, en los tiempos actuales la extensión de ciertas pandemias, el envejecimiento incesante y creciente de la población con las colaterales enfermedades tipo demencia senil o "Alzheimer" (piénsese también en el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, SIDA), provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse, pueda cualquier persona prever la regulación de aspectos variados de su existencia. Para poder comprender la enorme importancia y trascendencia actual del problema de la autoprotección baste indicar que con arreglo a la noticia difundida por Televisión Española el 21 de septiembre de 1997, padecen en el mundo la enfermedad de Alzheimer, veintitrés millones de personas, y en España el número asciende a quinientos mil. La cifra indicada, y esto es lo verdaderamente importante y exterioriza la gravedad del problema, se refiere sólo a países donde se hacen estas estadísticas.

En realidad la medicina ofrece hoy en día un completo cuadro de situaciones de personas respecto de las cuales se puede diagnosticar, con muy poco margen de error, que en un futuro más o menos próximo podrán verse privadas de la necesaria lucidez para su autogobierno.

Este problema está falto de una solución normativa general. En España se puede citar como excepción a Cataluña y referido sólo a la autodelación de la tutela, con la Ley 11/1996 de 29 de julio, que modifica la Ley 39/1991 de 30 de diciembre sobre "Tutela e instituciones tutelares". En verdad, sorprende que aún no se haya buscado, en los ordenamientos jurídicos, el molde general adecuado para atender

esta necesidad humana. Es llamativo el vacío legal, jurisprudencial y doctrinal.

La figura de la autotutela no está, como hemos indicado, regulada específicamente en el Derecho común español (es decir en el ámbito del Código civil), aunque con motivo de la discusión parlamentaria de la Ley 13/1983 de 24 de octubre de "Reforma del Código civil en materia de tutela", se debatió ampliamente esta posibilidad, que no fue aceptada. Ahora bien, hay que aclarar que no fue aceptada, no porque se considerara a la autoprotección una institución rechazable, sino que, aceptando *in genere* la figura, ésta debería ser objeto de un estudio más sosegado.

La conclusión del debate parlamentario (BADOSA COLL), con motivo de la Ley de 24 de octubre de 1983, es la *no hostilidad de principio contra la autotutela*. Así se desprende de las palabras de la Senadora socialista SAUQUILLO PÉREZ en el Plenario del Senado de 22 de septiembre de 1983: "esa figura no se puede meter en un proyecto de ley de tutela casi de refilón, sino que habrá que regularla muchísimo mejor viendo todos los problemas que se pueden plantear", lo que el Senador del Grupo Mixto PORTABELLA I RAFOLS entendió como una manifestación de "reconsiderar por parte del Grupo Socialista el tema de la autotutela con mayor tranquilidad y mayor discernimiento... y en la medida en que ustedes lo pueden sugerir, esta Cámara tendrá ocasión de volverlo a considerar".

Idéntica conclusión obtuvo el Senador del Grupo Popular en la II Legislatura RAFAEL ZAPATERO GONZÁLEZ donde afirma que "nada hay en el debate de esta enmienda que nos haga pensar que fue voluntad del legislador prohibir o hacer radicalmente ineficaz esta conducta, antes bien el rechazo a la introducción de la autotutela en nuestro derecho positivo obedece a razones de prudencia legislativa".

La *paternidad del término autotutela (como expresión genérica de autoprotección)* corresponde al abogado del Estado ELOY SÁNCHEZ TORRES en su artículo "Una nueva modalidad

tutelar” (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de 1928, pp. 345 y ss.) donde relata un caso sucedido en 1927 y publicado en la revista jurídica alemana, la *Deutsche Juristen Zeitung*, sobre una persona de nacionalidad rusa que, afectada por una enfermedad hereditaria degenerativa, el día de su mayoría de edad se nombra tutor en documento privado y su designación le es aprobada por el Tribunal de Tutelas. La palabra “autotutela” se introduce en esta obra al decir: “La autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona”.

La configuración de la institución es, sin embargo, anterior, ya que a ella se había referido DIEGO M.^a CREHUET DEL AMO en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 1921) titulado “La tutela fiduciaria”.

128 Para poder dar solución al candente problema expuesto son diferentes las posibilidades que nos ofrece el que pudiéramos denominar Derecho hispano, y entre ellas podemos hablar, bajo la denominación genérica de “autoprotección” de las siguientes modalidades: autodelación de la tutela, poderes de autoprotección, renta vitalicia, vitalicio, sociedad unipersonal, soluciones por vía de herencia y, por último, la respuesta que debe dar el Notariado Latino al problema íntimo y personalísimo de la eutanasia.

Antes de exponer en concreto cada uno de los mencionados puntos es necesario dedicar unos momentos a precisar la terminología que se va a utilizar a lo largo de la exposición. Conviene indicar que la expresión genérica que creemos más correcta para englobar todos los aspectos indicados es la de “autoprotección”.

Los términos que conviene concretar son los siguientes:

1.º *Tutela*: referida al supuesto de la autodelación de la tutela. Quiero advertir desde ahora que se reserva la expresión autodelación de la tutela para lo que se conoce vulgarmente como autotutela.

2.º *Poder de autoprotección*: que abarcará y comprenderá bajo su manto el otorgado en previsión de la incapacidad, y que nos puede llevar al problema del guardador de hecho.

3.º *Renta vitalicia y vitalicio*: como contratos aleatorios que pueden dar cumplida respuesta a las necesidades que contempla un ser humano, plenamente capaz en el momento de la perfección del negocio, en previsión de su posible futura incapacidad, ya sea de hecho o judicial.

4.º *Sociedad unipersonal*: como nueva figura societaria que puede abrir un amplio campo en el mundo de la autoprotección desde el momento que la entidad que nace como entidad mercantil, tiene una personalidad jurídica distinta y diferenciada del socio único.

5.º *Soluciones por vía sucesoria*: que pueden provenir o bien a través de la institución de heredero a favor de la persona que preste al testador enfermo los cuidados y alimentos que precise hasta el día de su fallecimiento; o bien por el cauce de la figura de la “Delegación de la facultad de mejorar” (art. 831 del Código civil), en la que un cónyuge autoriza al otro para que el sobreviviente, a su prudente arbitrio, pueda distribuir los bienes del premuerto en favor del hijo común, o hijos comunes, que haya o hayan atendido efectivamente al testador en vida de éste. Esta última vía implica que los hijos sepan desde el principio, que salvo su participación en la legítima estricta (un tercio de la herencia en la que su llamamiento es inexcusable por imperativo legal, salvo supuesto de desheredación), todo lo que reciban además de ello se lo deberán a su comportamiento y no al llamamiento legitimario impuesto por la ley, pues será el cónyuge sobreviviente el que apreciando el comportamiento de los hijos comunes hará la distribución de los bienes hereditarios teniendo en cuenta la actuación de cada uno.

6.º *Testamento vital*: expresión que usaré cuando me refiera a medidas de autoprotección que van a servir en vida

del que dispone, pero referida a la fase de los últimos momentos de su existencia, a través de la figura de la eutanasia genuina, pasiva e indirecta.

Una vez aclarada la terminología que se va a utilizar a lo largo de la ponencia pasamos a exponer un punto previo que nos aclarará el exacto entendimiento de las expresiones que se van a emplear. En concreto nos referimos a las locuciones de “autodelación de la tutela” y la expresión “poder”.

II. Expresión autodelación de la tutela

En principio, el hablar de tutela, presupone admitir una carga intelectual concreta que viene determinada por el concepto jurídico de la propia institución.

130 Es decir, hoy utilizar el término “tutela” implica aceptar que nos encontramos ante una institución de protección familiar, y cuyo contorno está delimitado por un conjunto de normas de orden público, ya que se trata, a través de ella, de dotar de la debida protección “familiar” al menor o incapaz, lo que la sitúa en el plano de la patria potestad, pues el interés que en ello predomina es el del tutelado, pero teniendo en cuenta que ese tutelado no ha participado para nada en la constitución de ese sistema de protección que la Ley crea en defensa de sus intereses, personales y patrimoniales.

Ello explica el tono imperativo del Código civil en esta materia y el contadísimo campo que pueda quedar (si es que hay alguno) para el juego de la autonomía de la voluntad (como es natural me refiero a la autonomía de la voluntad del tutor, no del tutelado que, por esencia, no la tiene, en casos de menores o de incapacitados “totales”).

El concepto y ámbito del término “tutela” que pretendo utilizar en el tema de autoprotección creo que debe ser distinto, aunque siga hablando de “tutela” para entendernos y en términos coloquiales, es decir, liberando de la carga jurídica que acabo de exponer.

Si admitimos que el concepto jurídico de “tutela”, como institución de protección de alguien indefenso ante el derecho (menor o incapacitado), tiene dos aspectos, en principio diversos, pero con un sentido formal similar, se empieza a ver claridad; esos aspectos son: uno el personal o personalísimo del tutelado; y otro, el patrimonial del tutelado.

a) *Personal*, en el sentido que esa cara es materia de rabioso orden público, de esencia imperativa, y los mecanismos que establece la ley, en principio, son intocables.

No obstante, parece que una cosa debe ser el mecanismo protector de la ley en la esfera del control de esa tutela en el aspecto personal del tutelado, y otra cosa sería el que, sin tocar ni menoscabar ese control judicial, pueda regularse el mecanismo en sí de protección del aspecto personal de la tutela (creando los medios necesarios para ello).

b) En cuanto a la esfera *patrimonial* del tutelado, parece menos rígido, pues las normas que el Código civil dedica a él tratan de proteger los bienes (el patrimonio) del incapacitado a través de controlar el órgano que por él actúa, que es el tutor. Esa función, antes de la reforma de 1983 se encomendó al Consejo de Familia y después la entregó al juez.

No debe perderse de vista, que en el ámbito del Derecho Foral hay instituciones que cumplen esa función de control, sin que su juego en la práctica plantee mayores problemas: me estoy refiriendo a la Junta de Parientes del Derecho aragonés.

Ello da pie, para pensar que en este ámbito patrimonial ya no estamos ante un concepto tan imperativo de la tutela, en el sentido de que si hay argumentos para defender la llamada “autotutela”, también habrá argumentos para defender cierto juego de la autonomía de la voluntad del presunto o futuro incapaz en este ámbito patrimonial.

En conclusión, en esta intervención, aunque siga utilizando la expresión “tutela” a efectos dialécticos, quiero que ustedes, conmigo, tomemos como idea-base el que no lo utilizo

en sentido jurídico-tradicional, tal y como el Código civil lo dibuja y desarrolla, sino en sentido mucho más amplio: como situación de previsión que una persona adopta para su auto-protección fundamentalmente de índole patrimonial, aunque con algún matiz personal.

III. Término poder

También ese término tiene su configuración y contornos jurídicos perfectamente dibujados en el Código civil y también desarrollados y elaborados por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y no voy a cansarles resumiendo ahora todo ello, pero lo que sí que quiero aclarar es que cuando se habla de “poder” en sede de auto-protección, como una de las soluciones a adoptar, nos referimos a un concepto más amplio que el tradicional; se trata de manejar la idea del poder como una solución a la autotutela y forma de expresar de manera abreviada la representación de una persona por otra en la vida y en el tráfico jurídico.

132

IV. Autonomía de la voluntad

Es conveniente también indicar que todo lo que a continuación se va a exponer *tiene su origen y base en la libertad del ser humano para autorregularse*, en definitiva tiene su origen en lo que se denomina por antonomasia como autonomía de la voluntad.

En un sentido general (DE CASTRO) se entiende por autonomía privada, el poder de *autodeterminación de la persona*. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejerci-

tar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.

Dentro de la autonomía privada en sentido amplio, se pueden distinguir dos partes: 1.^a El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. 2.^a El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Las que se han concretado en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad) referida al ámbito del negocio jurídico. La segunda, concreta

133

La esfera de la autonomía privada en sentido amplio (libertad), en su contraste con la heteronomía (subordinación) ofrece puntos y principios comunes; tanto del lado de la persona (capacidad, legitimación, responsabilidad), como desde el de las reglas imperativas que controlan o limitan sus poderes.

La autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárselas a sí mismo.

La voluntad se puede encuadrar como un hecho psíquico interno que implica un querer o facultad de decisión, que puede ser más o menos libre. Es decir, la voluntad, como hemos indicado, puede ser autónoma cuando se manifiesta libremente y sin injerencias extrañas; y puede ser heterónoma cuando se manifiesta bajo la presión de una fuerza exterior, siempre que en este caso el acto impuesto sea a la vez querido (piénsese, por ejemplo, en los negocios de adhesión).

El término que califica a la voluntad autónoma es la *libertad*. La autonomía supone, pues, fundamentalmente, libertad.

La palabra libertad significa la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o bien de no obrar, por lo que será responsable de sus actos. Es quizá este vocablo el que tiene una mayor resonancia en lo más íntimo del ser humano, ya que es ella la que verdaderamente determina la razón de la existencia del hombre. Lo contrario a la libertad es la esclavitud. Si el hombre no es o no se siente libre su vida no será plena, será sólo un pasar por el mundo, sin sentir ese hálito interior que le mueve hacia su propia perfección y es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad, es en ese marco donde esa palabra adquiere toda la dimensión humana y la que justifica la auténtica sustantividad de la persona. Sin esa libertad, el hombre sería prácticamente nada frente a la ingerencia del Estado en la vida de los ciudadanos. En el mundo actual por esa intromisión cualificada de los poderes públicos se ha hablado y se habla todavía de la crisis de la autonomía de la voluntad.

Tomando prestadas unas claras y profundas ideas de DE CASTRO, se puede indicar sobre este tema que la ingerencia del Estado y de su burocracia en todos los aspectos de las relaciones privadas, es signo de los tiempos, cuyo crecimiento parece constante y ya inevitable. Se ha caracterizado al mundo moderno por su dependencia hacia los servicios públicos o semipúblicos; se confía en la Administración, para que ella proporcione a las masas lo necesario para su existencia (*öffentliche Daseinsvorsorge*), alimentación, vivienda, electricidad, transporte, etc...; hasta llegar a la regulación planificadora y también a la más menuda reglamentación de la economía. Es cierto, que la economía capitalista presupone la libertad del mercado, y para ello requiere la apertura de un espacio de, al menos, relativa libre competencia. Pero,

cuando ésta desaparece o se ha visto comprometida gravemente (situaciones de monopolio, concierto de oligopolios), puede presentarse una situación social insoportable, y para prevenirla o cortarla se hace necesaria la intervención del Estado (leyes anti-trust, Tribunal de la Competencia). A ello se une que las mismas grandes empresas solicitan la intervención del Estado para favorecer su desarrollo y también para que acuda en su ayuda y les salve en los momentos de crisis con lo que se cristaliza un complejo de desamparo, conforme al que se va creando la general creencia de que el Estado es causa y que de él depende la solución de todos los problemas y dificultades individuales.

El proceso referido, del *progresivo ensanchamiento de la esfera administrativa*, ha creado alarma justificada. La que se manifiesta en los numerosos estudios dedicados a la crisis del contrato, del negocio jurídico, del derecho subjetivo, del Derecho civil, y del Derecho privado. Se ha llegado a formar hasta un cierto estado de psicosis. Se imagina que las personas van siendo reducidas a la condición de piezas fungibles de una máquina monstruosa, y que las defensas jurídicas de la persona, el Derecho privado, son barridas con el avanzar inexorable del Derecho público. Exageraciones respecto de las que conviene estar prevenidos, porque la cruzada que se predica, para luchar por un "Derecho libre de la Sociedad", en contra del pan-administrativismo, puede ser dirigida en beneficio de ciertos grupos de presión.

El siglo actual, con sus bruscas mudanzas y la pluralidad de ideologías en él operantes, ha hecho visible que la llamada crisis de la autonomía privada no procede de causas exteriores a ella, sino que dudas e incertidumbres proceden de su propia naturaleza sociológica. Ninguna libertad se gana sin trabajo, ni se mantiene sin lucha. Resulta ella de un equilibrio entre tensiones o fuerzas contrarias. La defensa por el Estado de la autonomía privada, supone ya la intervención de aquél; el que la califique, defina y limite. Actuación moderadora o armonizadora de las libertades individuales, que

la fuerza expansiva de la Administración, el ansia perfeccionista del legislador, le impulsará constantemente a ensanchar, a costa de la misma autonomía que pretende proteger. Los poderes sociales (financieros, cuerpos profesionales, cámaras, sindicatos y demás grupos de presión), que sirven hoy de dique al Estado fuerte, como antes los "grandes feudales", defienden eficazmente libertades y autonomía, y, como éstos hicieron, procuran ahora arrancar al Estado girones de soberanía, imponiendo sus leyes, sus tribunales y sus impuestos al común del pueblo. Frente a sus abusos, "los particulares" reclaman, porque lo necesitan, el apoyo del Estado, para que limite los excesos de la autonomía privada. De lo que resultan presiones, de un lado y de otro, que coinciden en disminuir el alcance de la autonomía privada. No obstante esta especie de círculo infernal, la autonomía privada pervive. Lo que puede explicarse por los encontrados intereses de las fuerzas sociales en lucha, por el valor mismo de las ideas de libertad e igualdad para la propaganda política, y, sobre todo, por esa necesidad interna que siente toda ordenación jurídica de justificarse en principios de Justicia. De este valor trascendente del amparo de la autonomía privada, parecen conscientes los políticos, y así se ha llevado a los textos constitucionales, como uno de los derechos naturales del hombre, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Afortunadamente, al casi comienzo del siglo XXI, podemos afirmar que hoy en día el principio de autonomía de la voluntad ha resistido a los ataques, embestidas y agresiones que ha recibido y emerge, al parecer, pujante, como la manifestación más clara del ser humano. Una de las aspiraciones naturales del hombre social consiste en ver reconocido un espacio para el libre y autónomo ejercicio de su voluntad, en el que pueda desarrollar su iniciativa creadora con eficacia jurídica; por lo que sólo un ordenamiento jurídico que reserve con verdadera suficiencia dicho espacio de libre acción, y no lo ponga repetidamente en entredicho o

riesgo, al socaire de cambiantes influjos ideológicos, será capaz de engendrar plena seguridad jurídica.

Como dice PUIG BRUTAU el Derecho de contratos ha representado tradicionalmente el área de más plena realización de la voluntad del individuo. El ordenamiento jurídico no sólo existe como elemento objetivo fuera del alcance de los particulares, sino que en mayor o menor medida permite que los propios sujetos puedan crear derechos y obligaciones jurídicas que fijan su conducta. La posibilidad de dos o más personas de quedar obligadas por su propia iniciativa significa el reconocimiento del poder creador de la autonomía de la voluntad. Esta autonomía significa que, en principio, todo particular puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera.

La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato (DÍEZ-PICAZO) encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”. El contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad.

En el momento de llevarse a cabo la codificación civil, bajo los impulsos del liberalismo económico, se vivió un momento de encendida defensa de este principio. MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, en su obra *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, al comentar las posibles diferencias entre el Derecho del Código civil y algunos de los Derechos civiles especiales en que se contenían modalidades contractuales, escribe las siguientes palabras que son bien significativas:

“He condenado siempre con energía el empeño de apriar la libertad humana en unas cuantas reglas preestablecidas en la Ley. Son válidas y dignas de respeto cuantas

combinaciones invente el interés privado con tal que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, quepan o no en las clasificaciones siempre estrechas e insuficientes del legislador. Lo de menos es que los pactos y estipulaciones de los ciudadanos estén de antemano clasificados y tengan un nombre técnico en el Código. No hay quien pueda prever todas las combinaciones que es capaz de crear el ingenio humano estimulado por el aguijón de la necesidad y del interés. En nuestro tiempo se han descubierto formas de asociación antes desconocidas, contratos mercantiles y manifestaciones del crédito ignoradas de nuestros abuelos y aun de nuestros padres. ¿Y hemos de rechazarlos porque en los Códigos les falte el nombre de bautismo o porque no se acomoden a sus clasificaciones artificiosas, interventoras y arbitrarias? No. La tutela del Estado no puede llegar hasta obligar a los ciudadanos a que en sus convenciones no se salgan del patrón que les ofrezca la Ley. En buena hora que ésta modere los contratos ya conocidos y estudiados, pero respetando siempre las modificaciones que libremente pacten los contratantes, así como las nuevas combinaciones que su razón les sugiera, siempre que en su esencia sean lícitas y honestas.”

No obstante lo que se acaba de exponer, es necesario reconocer que esta libertad en el ámbito del derecho contractual de acción de los particulares no se extiende con la misma amplitud a todos los campos del Derecho privado, ya que por ejemplo, en el perímetro del Derecho de Familia está mucho más restringido. Esta idea nos tiene que guiar en la comprensión de la ponencia.

Ahora bien, el que defendamos con energía el principio de la autonomía de la voluntad no quiere decir que no deban existir límites en el desarrollo de la misma, sino que al contrario, consideramos que ellos son o resultan indispensables, para coordinar o conducir la convivencia humana.

En nuestro ordenamiento jurídico tiene *clara plasmación* la regla de la autonomía en el Código civil (art. 1.255); en

la Compilación de Aragón su artículo 3.º que recoge el principio “*standum est chartae*” y la Ley 7.ª de la Compilación de Navarra que alberga el principio “paramiento ley vienze”.

En el ámbito de nuestro Código civil, este cardinal principio de la autonomía de la voluntad, aunque referido al ámbito obligacional y contractual (aplicable a toda la esfera del Derecho civil), se encuentra regulado en el artículo 1.255 cuando dispone: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

El panorama, casi paradisíaco que se desprende de las palabras del precepto transcrito, hoy está, como ya se ha apuntado, siendo objeto de ataques y agresiones a través de la estandarización de la materia contractual y los contratos en masa, los contratos de la economía intervenida y las condiciones generales en la contratación, y no obstante lo cual subsiste con fuerza la autonomía de la voluntad.

Otro claro ejemplo de la libertad en nuestro derecho civil patrio es el artículo 3.º de la *Compilación de Aragón* de fecha 21 de mayo de 1985, cuando dispone: “Conforme al principio *standum est chartae* se estará, en juicio y fuera de él, a voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón”.

Igualmente la Ley 7 de la *Compilación de Navarra* de 1 de marzo de 1973, al decir “Conforme al principio *paramiento fuero vienze* o *paramiento ley vienze*, la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad”. Además dispone la Ley 8 que “En razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas”.

La trascendencia de esta regulación positiva y la plena vigencia actual del principio de autonomía de la voluntad, a pesar de los ataques aludidos anteriormente, se pone de manifiesto en la jurisprudencia de nuestros más altos Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Vamos a ver a continuación las sentencias y resoluciones más importantes en este punto fundamental de la ponencia como es el de la autonomía de la voluntad, distinguiendo las tres normativas reseñadas, como son el Código civil, Compilación de Aragón y Compilación de Navarra.

A) Código civil.

En relación al Código civil y en concreto en cuanto al artículo 1.255, se pueden citar, entre otras las siguientes sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

— Sentencia de 12 de abril de 1993: El contrato cuya perfección se quiere llevar al convencimiento de la Sala de su existencia..., carece de todos los elementos exigidos por el artículo 1.261 del Código civil...; consentimiento, objeto y causa, que en negocios jurídicos como el debatido son exigibles con harta perfección y contundencia, por su especial y compleja naturaleza que como dice la doctrina de esta Sala su calificación no encaja exactamente en las figuras contractuales legalmente instituidas ni en las modeladas por la doctrina, puesto que en este orden de cosas, aparece, la que aquí se contempla, como posible negocio, nítidamente protegido por el artículo 1.255 Código civil, acogiendo el principio rector de la autonomía de la voluntad y es evidente que por la similitud estructural de los negocios jurídicos de compraventa y permuta (arts. 1.446 y 1.541 Código civil), no puede incardinarse por virtud de la diferencia en el tiempo en punto a la realización de las contraprestaciones, con desequilibrio manifiesto entre el que entrega el te-

rreno ya actualmente y el que en un futuro ha de entregar los locales a construir, es por lo que esa determinación de los requisitos del artículo 1.261 Código civil se hace acuciante por virtud de los artículos 3.º,1 y 2 y 7.º,1 y 2 del mismo cuerpo legal, habiéndose definido estos contratos como atípicos o innominados *do ut des* con grandes analogías con la permuta pero en el presente caso falla la demostración de los tres requisitos imprescindibles por lo que el motivo parece (SS 22-5-1974, 24-10-1983, 5-7-1989, 10-3-1990, 2-2-1991 y 18-4-1991).

— Resolución DGRN de 4 de abril de 1993: No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales, no específicamente previstas por el legislador (*cfr.* arts. 2,2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento Hipotecario y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (*cfr.* art. 392,II Código civil). Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales.

— Sentencia de 5 de noviembre de 1957: Cuando se habla de autonomía de la voluntad no quiere decirse que los individuos se puedan dar leyes a sí mismos para regular con ellas su obrar, lo que sería indiferente para el Derecho, mientras no entrasen en la esfera de lo ilícito, fuera de la cual cada uno puede vivir y obrar como tenga por conveniente, sino que quiere expresarse que el individuo tiene el derecho de realizar los negocios jurídicos que crea convenientes, y que contenidos en los límites de la ley, son reconocidos por ésta y reciben de ella fuerza obligatoria.

— Sentencia de 6 de abril de 1963: Si este precepto, proclama el principio de la autonomía de la voluntad, justamente con sus límites naturales, para trazar la línea divisoria entre lo permitido a las partes y lo a ellas vedado y, por tanto, entre la validez de un pacto y su nulidad abso-

luta, ha de atenderse a dos criterios fundamentales: *Primero*, el que tiene en cuenta la propia índole de la norma aplicable, según sea imperativa o prohibitiva (*jus cogens*) o simplemente permisiva o subsidiaria (*jus voluntarium*); y *Segundo*, el que mira al propio elemento del contrato, que se estatuye o contempla, en la cláusula examinada, distinguiendo si tal elemento es esencial, por constituir la propia sustancia de la prestación, cualitativa o cuantitativamente considerada o si se trata de un elemento accidental o accesorio que no afecte al contenido de la prestación, sino simplemente a las modalidades o condiciones en que la misma ha de hacerse efectiva y conjugando ambos criterios se advierte que si el contenido sustancial de la prestación, es materia vedada por la ley, bien en su consideración cualitativa (cosas fuera del comercio o prestaciones ilícitas e inmorales) o cuantitativa (préstamo usurario) su nulidad radical se impone, al paso que si se trata de meros accidentes que han de acompañar a la *solutio*, determinando el modo, tiempo, lugar, etc., en que ha de hacerse efectiva la prestación no habrá obstáculo ninguno en reconocer la validez del contrato, aun cuando temporalmente o por razones de emergencia se encuentre prohibido o sea imposible poner en práctica lo pactado, en cuanto a alguno de dichos accidentes con que fue convenido el pago, máxime si la misma ley se encarga de arbitrar medios supletorios o sustantivos que, por sí mismos, evidencian el carácter mixto de la norma legal que puede ser prohibitiva de la modalidad pactada y permisiva o subsidiaria en cuanto a las otras posibilidades solutorias que el mismo legislador reconoce o establece.

—Sentencia de 14 de mayo de 1979: El artículo 1.255 permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente sin otra limitación que la de no resultar contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, por lo que gozan de libertad, descontadas esas limitaciones, para sujetarse a un molde legal, elaborarlo por su cuenta o tomar de la ley y agregar, por propia

voluntad, los elementos necesarios para conseguir el fin particular o peculiarísimo que se propusieran al contratar.

— Sentencia de 12 de noviembre de 1987: El principio de autonomía de la voluntad que, a modo de principio básico de la contratación recoge el artículo 1.255 del Código civil, viene a significar que las normas legales que fijan criterios supletorios de aquella voluntad de los interesados no quedan contradichas cuando los particulares usan de dicha facultad libremente, no incurriendo en tal caso en actos contrarios a lo dispuesto en la ley, ya que la misma admite ser utilizada de aquel modo.

B) Derecho Aragonés.

En cuanto al Derecho aragonés, el principio *standum est chartae*, se pueden poner como ejemplo de importancia del mismo:

— Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1908: No se infringe la Observancia 16 *De fide instrumentorum* por la sentencia que interpreta la intención de los contratantes sin apartarse de la letra del contrato, fundándose en su situación a la fecha en que lo celebraron, en los fines en que se inspiraron, claramente expresados y en el conjunto de sus estipulaciones, todo lo que constituye una serie de elementos de juicio de los cuales racional y lógicamente, atemperándose el artículo 1.124 del Código civil, se deduce la inteligencia del Tribunal sentenciador.

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de diciembre de 1990: El principio *Standum est chartae* indica el marco legal en que debe moverse la interpretación del Juez que no puede salirse de lo contenido en la carta o documento salvo la necesidad de respetar las normas imperativas aplicables en Aragón, entre las que están la forma en la escritura pública de inmuebles, en concordancia con la tradición jurídica aragonesa. En suma, en los contratos de donación, el principio *Standum est chartae*, está limi-

tado por el artículo 633 del Código civil, aplicable en Aragón de acuerdo con lo dicho en el anterior fundamento de derecho, que impone la forma pública en las donaciones de inmuebles, como es el litigioso...

Que es el propio donante, el que cede su hacienda, como un “todo”, sin que quepa separar de ese todo a la maquinaria o semovientes. La presencia de animales en la hacienda debe considerarse consustancial al medio rural, en cuanto se hace preciso subvenir a las necesidades diarias de manutención de la familia. Al integrar todos los bienes una unidad económica no cabe la disgregación. Dándose así cumplimiento a la Observancia 1.^a *De equo vulnerato* ya referida, que señala: *de foro stamus chartae*. Se pretende así perpetuar el patrimonio familiar con la finalidad objetiva y subjetiva de que los bienes de la casa, siempre unidos, ofrezcan amplia base económica a aquellas personas que los poseen (Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 31-10-1935).

144

— Sentencia TSJ de Aragón de 9 de noviembre de 1992: La Casa Aragonesa, institución o relación jurídica familiar de origen y regulación consuetudinaria, concretada en este caso, en la Casa Garcés de Berdún, se rige por la carta fundacional de 5 de marzo de 1914, completada y en parte desarrollada por la duplicidad de estipulaciones contenidas en la escritura de compraventa y en el documento privado de 24 de febrero de 1941 (SAT de Zaragoza de 7 de noviembre de 1975). La institución consuetudinaria de la casa, como otras en las que se refleja el régimen peculiar del ordenamiento jurídico privado de Aragón, hunde sus raíces en el principio de la libertad civil, compendiado en ese axioma tradicional en el Derecho regnícola del *Standum est chartae*, sancionado por los usos y observancias (Obs. 1.^a *De equo vulnerato*. 6.^a *De confessis*. 16 *De fide instrumentorum* y 24 *De probationibus faciendis cum carta*) y reconocido con rango normativo en el artículo 59 del Apéndice y en el artículo 3.º de la vigente Compilación.

— Auto del TSJ de Aragón de 24 de febrero de 1993: El contrato de transacción presentado en el rollo del presente recurso, se encuentra suscrito por todas las partes, que éstas tienen capacidad para obligarse en este caso concreto, y en consideración al principio de derecho aragonés *Standum est chartae*, que consagra el de libertad civil, hoy convertido en norma de su ordenamiento jurídico (art. 3 de la Compilación) que vincula, en todo caso, a los otorgantes, tanto en juicio, como fuera de él, sin que, en este caso concurra ninguna de las causas que invalidan lo dispuesto en dicho precepto, es visto que procede aprobar el negocio jurídico transaccional otorgado por las parte en el presente recurso, con los efectos de la cosa juzgada que se reconocen en el artículo 1.816 del Código civil, y, en consecuencia, el archivo del recurso de casación en su actual estado.

C) Derecho Navarro.

145

Por lo que se refiere a Navarra, el principio *paramiento fuero vienze* también ha merecido un amplio reconocimiento por nuestros Tribunales:

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de junio de 1992: El principio identificado por los apogemas *paramiento fuero vienze* o *paramiento ley vienze*, acuñados respectivamente por el Fuero General de Navarra (2,4 y 20) y los Fueros de la Novenera (242), ha sancionado históricamente la primacía del arbitrio individual y, por ende, también el convenio o concierto entre particulares, sobre las disposiciones normativas en la ordenación de las relaciones intersubjetivas; una primacía que, si inicialmente se afirmó frente a la rigidez estructural del sistema jurídico romano, posibilitando la libre configuración de relaciones jurídicas, sin sujeción a tipos o esquemas preestablecidos, vino asimismo a afirmarse, en defensa de la libertad civil, de tan hondo arraigo en nuestro ordenamiento privativo (*cfr.* Ley 8 de Fuero de Nuevo), frente al extenso elenco de disposicio-

nes imperativas y prohibitivas del Derecho supletorio, para preservar el valor reconocido a la voluntad unilateral y contractual, manifestada en el ámbito del propio Derecho Civil Foral, de la interferencia de restricciones y prohibiciones que, siendo ajenas al Derecho navarro y a sus principios informadores, no constituyen ni se hallan inspiradas en exigencias de la naturaleza, la moral o el orden público. Fiel a estos antecedentes, el Fuero Nuevo ha fijado el contenido, alcance y límites de este capital principio, en su Ley 7, incluida en el Título Primero de su Libro Preliminar, bajo la rúbrica general “De las Fuentes del Derecho Navarro”.

— Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 1983: La Ley 371 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, establece que el régimen de las comunidades de bienes será en primer término el señalado en el título de constitución, y en su defecto los usos y costumbres y las disposiciones de la propia Compilación, y en concordancia con este mismo criterio la Ley 373 al tratar de la comunidad *pro indiviso* autoriza a los titulares a modificar mediante Convenio el régimen de la comunidad, que valdrá entre ellos como contrato de sociedad, disposiciones todas éstas que no suponen más que un desarrollo del principio de libertad civil sancionado con carácter general en la Ley 7 del mismo texto legal y en virtud del mismo la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier otra fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de la Compilación con sanción de nulidad.

— Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1981: La Ley 176 del Fuero Nuevo no impone, frente a la voluntad de los contratantes, claramente expresada, la obligatoriedad de la costumbre que se alega, sino que solamente establece una fuente de interpretación de los pactos sucesorios, para el caso que ofrezca alguna duda cuál hubiese sido la intención de los contratos, debiendo atenderse en primer término a la voluntad contractual, conforme establece

la Ley 7.^a de la tan mencionada compilación del Derecho Civil de Navarra.

De todo lo expuesto nos tenemos que plantear el problema de cuál es el margen de autonomía (libertad) que se concede a la decisión de la persona. Si la ley impusiera el contenido de cualquier negocio, con carácter necesario o lo encerrara en límites infranqueables, podríamos hablar de voluntad (sumisión a la ley), pero no de autonomía, que, por definición, postula una parcela más o menos extensa de libertad para que el particular pueda elegir y desarrollar su contenido. La autonomía consiste en una potestad de autorregulación, de autorreglamentar las relaciones jurídicas, es el poder concedido a la persona para normar sus propias relaciones. El sujeto de la autonomía es el individuo. Por ello el uso de la frase autonomía privada, en el sentido de poder de autodeterminación de la persona individual, revela “su utilidad para evocar el significado general de la cuestión central del Derecho privado; la del ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona”.

147

V. El notario y las disposiciones de autoprotección

Creemos que la institución mas idónea para responder adecuadamente a todas las preguntas y cuestiones de la autoprotección, es nuestro Notariado de tipo latino. Según MARTÍNEZ SARRIÓN hablar de Notariado Latino es una redundancia porque *no hay más notariado que el latino*. Los llamados notarios anglosajones son meros legitimadores de firmas, a los que ni siquiera se les puede atribuir la calificación de testigos privilegiados. En efecto, de la Exposición de Motivos de los Estatutos de la Unión Internacional del Notariado Latino, aprobados en el XV Congreso Internacional de 1979, se desprende que no faltan razones para creer que el verdadero Notariado es el latino cuando dice: “Los más recientes estudios y experiencias han puesto en evidencia que

no existe más que un tipo de Notariado: el que se conoce como latino, de suerte que los sistemas autenticadores que aparecen como subrogados del mismo o que pretender llevar a cabo algunas de sus funciones con más o menos extensión, no pueden considerarse como creaciones genuinas ni como adaptaciones a los tiempos, de una institución notarial”.

El Notariado de tipo latino, se caracteriza entre otras notas, y a los efectos que aquí nos interesan, por ser el Notario redactor del instrumento público y asesor de las partes.

148

Según GONZÁLEZ PALOMINO, los cuatro puntos cardinales del quehacer del notariado son: 1.º Redactar el instrumento público. 2.º Autorizar el instrumento público. 3.º Conservar el instrumento público. 4.º Expedir copias del instrumento público. La redacción del instrumento público, es, uno de los momentos fundamentales de la función notarial.

La redacción implica (GOMÁ SALCEDO) una remodelación de la voluntad negocial que se presenta *prima facie* al notario, una *specificatio* y exige una preparación jurídica. El artículo 17 de la Ley del Notariado prescribe: “El Notario redactará escrituras matrices...”, y esta redacción habrá de ser “conforme a las leyes” (art. 1 de la Ley del Notariado).

Del mismo modo, el Reglamento, en el párrafo primero del artículo 147, dispone que “El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico...”. Todos estos preceptos confirman el doble carácter de la función notarial: ejercicio de la fe pública y asesoramiento y consejo profesionales.

Esta necesaria e indispensable intervención del Notario aumenta la seguridad jurídica con una adecuada redacción del negocio, que simplifique, sintetice y sistematice, literaria y jurídicamente, la voluntad de las partes; evite las expresiones superfluas, “las palabras sobejas”, que decían las

Partidas (VII-34-26); elimine las repeticiones; resuelva las contradicciones; aclare las ambigüedades; llene las lagunas; facilite una interpretación unívoca. Es necesaria, por tanto, la intervención de un jurista especializado, de un redactor jurídico profesional, misión que los artículos 17 de la Ley y 147 del Reglamento atribuyen al notario, quien al redactar los instrumentos públicos deberá emplear, según el artículo 148 “estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”.

El notario, por tanto, no es, un mero fedatario, un autorizante de documentos ajenos; es un documentador, un previo redactor de los documentos que luego ha de autorizar. El notario es el redactor del documento, lo que es garantía de veracidad, legalidad y autenticidad del mismo. Esa redacción la hace el notario de conformidad con las normas legales, tanto en lo sustantivo como en lo formal.

En lo sustantivo, previa calificación del negocio documentado y controlada su licitud y legalidad, en función de los intereses legítimos de los otorgantes y bajo el superior interés de la comunidad que encarna en los principios de justicia a la que sirve la intervención notarial. En lo formal, con sujeción a las formalidades reglamentadas en cuanto al otorgamiento y al formato mismo del documento; pues el mayor rigor formal se corresponde con el mayor valor que le atribuye el ordenamiento jurídico.

Estamos de acuerdo con RODRÍGUEZ ADRADOS cuando afirma que la seguridad jurídica impone que el redactor del documento no se limite a ser reproductor de voluntades ya formadas, sino que tiene que colaborar con las partes a fin de indagar, interpretar y formar su verdadera voluntad. Es precisamente lo que el notario tiene que hacer, en cumplimiento del citado artículo 147 del Reglamento Notarial.

La voluntad que las partes llevan al notario es, con frecuencia, tan defectuosa que el documento que se limitara a

recogerla sería semillero de innumerables conflictos; es una voluntad deformada por prejuicios o falsos conocimientos jurídicos; una voluntad errónea, por ignorancia, de hecho o de derecho, de la situación preexistente, o de las normas jurídicas, dispositivas o integrativas, atinentes al caso; una voluntad frecuentemente incompleta, porque se dirige sólo a los efectos fundamentales e inmediatos, sin reparar en otros que difícilmente podrán ser calificados de secundarios o accesorios cuando apenas sugeridos aparece la indecisión o el disentimiento; una voluntad imprevisora, porque no se han tenido en cuenta los efectos a largo plazo, y mucho menos los acaecimientos que pueden sobrevenir o interferirse, de fundamental importancia en los casos de prestaciones aplazadas, negocios de tracto sucesivo, testamentos, etc.; una voluntad ilegal, que choca, en todo o en parte, con el Ordenamiento; y también en los negocios plurilaterales, un consentimiento discorde, si se me permite la expresión, y no solamente a la hora de llenar sus lagunas, sino porque, incluso dentro de sus limitadas previsiones, los que creían estar de acuerdo, están de hecho en el desacuerdo más completo.

El notario empieza indagando la voluntad empírica que los otorgantes, más o menos conscientemente, empiezan con frecuencia ocultándole; en su labor de asesoramiento, en su jurisprudencia cautelar, debe indicarles todos aquellos errores, lagunas, imprevisiones, ilegalidades y disentimientos y tiene que ayudarles a superarlos, actuando incluso como conciliador y como árbitro; tiene, en fin, que contribuir a que las partes mismas formen su verdadera voluntad, única que puede ser documentada. El documento que recogiera una voluntad no informada ni asesorada no contendría la verdad, sino una caricatura de la verdad. La actividad del notario es, como muchas veces se ha dicho, una "mayéutica" tendente a alumbrar la verdadera voluntad de las partes. El notario tiene, desde luego, que respetar escrupulosamente, dentro de la ley, la voluntad de los otorgantes, incluso aquella

“triste” voluntad de las partes de que hablaba SATTA; pero sólo la que es su verdadera voluntad.

En los supuestos más comunes en la vida real de auto-protección, la redacción y plasmación documental recogerá, contemplará una sola declaración de voluntad, la del único otorgante, aunque también pueden existir hipótesis de declaraciones plurales, piénsese, por ejemplo, los negocios de auto-defensa que impliquen una renta vitalicia, un vitalicio, etc.

En los casos de previsiones de autotutela unilateral vertidos en documento notarial, éste recogerá una sola voluntad. En relación a su posible plasmación en testamento, he escrito en mi libro “Derecho de Sucesiones” lo siguiente (que es aplicable a cualquier otro documento notarial que recoja una sola declaración de voluntad): declarada o exteriorizada la voluntad por el testador la redacción del testamento con arreglo a ella, corresponde exclusivamente al notario autorizante. Es obra personal del notario aunque como es natural, ello no quiere decir que el fedatario haya de escribir materialmente el testamento, sino que, aun escrito físicamente por otra persona, la redacción proceda de un texto que el notario ha elaborado a la vista de lo que le expresó el testador. La misión del notario no es simplemente la de reproducir las palabras o el escrito del testador, sino la de ordenar y regular las disposiciones del otorgante, dando forma a las mismas con arreglo a derecho, respetando el fondo y la sustancia de ellas en cuanto no fuesen opuestas a la moral y a las leyes (1).

151

(1) El testamento (esto es, la escritura de última voluntad) debe ser redactado con arreglo a la voluntad testamentaria. El notario, como autor del texto del documento notarial, tiene el deber y la responsabilidad de la redacción de la parte del mismo que narra sus propios actos, así como la destinada a la narración de las solemnidades propias del hecho del otorgamiento, y, tiene también el deber y la responsabilidad de la redacción de la parte del documento que presenta la última voluntad definitiva, cuya parte ha de asumir el testador como expresiva de su última voluntad en el acto del otorgamiento, convirtiéndose así en coautor de esta parte del documento notarial (véase la STS de 9 de octubre de 1956).

En el caso de pluralidad de otorgantes el artículo 147 del Reglamento Notarial, observa con justeza, que la voluntad que el notario ha de indagar e interpretar es la voluntad “común” de todos ellos. Es obvio que, jurídicamente, sólo la voluntad común o concurrente vale consentimiento. Pero el sentido de la norma no se agota en ello; por un lado impone al notario la comprobación de que el acuerdo de las partes es real y no meramente aparente, y por otro le exige la búsqueda del punto de equilibrio más duradero de los intereses contrapuestos de las partes, a fin de que el documento pueda cumplir la misión anticonflictiva, antilitigiosa, que siempre se le ha atribuido. El notario, en suma, sin pretender conseguir un “negocio óptimo”, a la manera defendida por PERLINGIERI, tiene que velar porque los intereses de una de las partes no prevalezcan sobre los de la otra, sino que todos se armonicen, convirtiéndose en garantía, entre otros derechos humanos, de la libertad negocial.

La consecuencia lógica de todo lo indicado en este punto, es la singular eficacia que el propio ordenamiento jurídico otorga al documento notarial y que tiene su manifestación externa en la presunción de legitimidad y validez del negocio jurídico que en él se documenta.

La escritura pública es el documento más trascendente en la articulación de la vida jurídica extrajudicial, y en todo tipo de procesos por lo que en torno a ella nace y se perfecciona toda la teoría del documento público. En la escritura pública la preparación técnica que la ley exige al notario, los deberes que le impone, la responsabilidad en que aquél incurre si los incumple, las formalidades y garantías de que ha de rodear su actuación, etc., permiten obtener la seguridad (relativa, pero suficiente para la vida jurídica) de que el negocio en aquélla recogido es válido y legal e incluso reconocer, al menos provisionalmente, al sujeto de aquél la titularidad de los derechos que de dicho negocio se deriven. En esto consiste la legitimación que implica la escritura.

La eficacia de la escritura pública y sus efectos probatorios derivan del artículo 1.218 del Código civil, norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. Dice este precepto: “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”.

El precepto está distribuido en dos párrafos en los que se separan, desde un punto de vista subjetivo, unos efectos “absolutos” que se dan “aun contra tercero” (y, por tanto, también a favor de tercero, y entre partes: frente a todos) y otros efectos “relativos”, que sólo se dan “contra” determinadas personas, “contra los contratantes y sus causahabientes”.

Esta validez del instrumento público sólo es impugnable ante los Tribunales de justicia, como se ha reconocido en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, destacándose esta orientación favorable, por ejemplo, en materia tan delicada como es la testamentaria, que se aplica igualmente para los actos o negocios *inter vivos*. En efecto, la afirmación del notario de que a su juicio se halla el testador (o cualquier otro otorgante) con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento (o el documento notarial *inter vivos* de que se trate), no supone que necesariamente tenga que ser aceptada como verdad indiscutible sino que dicha afirmación puede ser revisada por el juez siempre que las pruebas de que disponga para ello sean convincentes. Por tanto, si bien la afirmación que hace el notario sobre la capacidad del testador en cumplimiento de los artículos 685 y 696 del Código civil tiene, según dijo la sentencia del TS de 16 de febrero de 1945, el rango de fuerte presunción *iuris tantum*, esta presunción puede ser destruida por ulteriores pruebas, siempre que sean cumplidas y convincentes, demostrativas de que en aquel acto, en aquel momento, el testador no se hallaba en su cabal juicio.

En el caso del testamento notarial (BLANQUER) el juicio del Notario acerca de la capacidad del testador genera una “situación de derecho” que debe ser recibida como “autenticidad apreciada” en virtud de la autorización del notario y de su fehaciencia, sin necesidad de ningún contraste o decisión judicial; salvo lo que proceda por demandada contra la capacidad del testador, en la que será a cargo del demandante la prueba de incapacidad. El testamento notarial, como documento público y auténtico, por sí solo genera, sin plazo de caducidad, la presentación fehaciente del testamento como expresión de última voluntad de una persona capaz, el testador.

De manera lógica el artículo 685 impone al notario el deber de asegurarse de que a su juicio tiene el testador capacidad legal necesaria para testar. Precisamente porque fallecido el testador, el testamento notarial debe ser recibido como auténtico, cuya autenticidad cubre el dato de la capacidad del testador por la fe derivada del juicio del notario.

En general, la doctrina española sigue esta orientación, en el sentido de que el hecho de hacerse constar expresamente por el notario que el testador se halla con la capacidad legal necesaria para testar, sienta una fuerte presunción, pero no supone que tal aseveración haya de aceptarse como una verdad inamovible. Tal afirmación como presunción *iuris tantum* puede destruirse por una prueba evidente y completa en contrario.

Cabe destacar la importancia que el TS da al juicio de capacidad emitido por el notario, en la sentencia de 18 de marzo de 1988: “... la manifestación del Notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, *dado el prestigio y seriedad de la institución notarial* adquiere una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario (sentencias de 8 de mayo de 1922, 23 de febrero de 1944, 25 de marzo de 1957, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de

1967, 21 de junio de 1986 y 10 de abril de 1987)...". Véanse en parecida orientación las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1995 y de 22 de diciembre de 1995.

En similar postura puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de junio de 1990 y las del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988 y 13 de octubre de 1990.

Reafirma esta doctrina la STS de 24 de julio de 1995 (Magistrado Ponente BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE), en un supuesto en que se declaró la nulidad del testamento, al decir que: "... la circunstancia de haberse cumplido todas las formalidades legales, no impide que pueda declararse nulo el testamento, si se prueba que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva (sentencias 21-6-1969, 8-3-1972, etc.). Y agotando la doctrina jurisprudencial en esta materia, debemos señalar: a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento. c) Que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, y d) que por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de Instancia..."

155

Las ideas expuestas nos sirven de marco introductorio para las cada vez más numerosas y profundas preguntas que se nos hacen en nuestros despachos notariales sobre algo tan íntimo del ser humano como es, por ejemplo, el derecho a morir dignamente o todas aquéllas que implican la honda preocupación de prever y prevenir adecuadamente su propia incapacidad, o su propia muerte. Creo que como notarios debemos dar respuesta a las inquietudes y

deseos lícitos de quienes reclaman nuestra intervención; el rehuirlo es un gesto de cobardía que la historia no nos perdonará.

Expuesto todo lo relativo a la autonomía de la voluntad y a la labor fundamental del notario de tipo latino, recogiendo y moldeando la voluntad del otorgante (ya sea en actos *inter vivos* o *mortis causa*), pasamos al estudio de la autodelación de la tutela.

VI. Autodelación de la tutela

Puede conceptuarse como “La guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de haber incidido en incapacidad”; es decir, es la designación de tutor de sí mismo hecho por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz.

156

Puede también considerarse como “la legitimación de una persona para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación”.

Lo que acabamos de indicar nos lleva ineludiblemente a estudiar la institución de la tutela, y para poder comprender bien la misma es conveniente contemplar sus antecedentes históricos.

A) Antecedentes históricos.

1. *Derecho Romano.*

En el Derecho Romano coexistían dos instituciones que suplían la deficiente capacidad de obrar de una persona: la *tutela* y la *curatela*.

La tutela y curatela (IGLESIAS) son dos poderes sobre las personas que, aun siendo *sui iuris*, no tienen la capacidad de entender y de querer que es necesaria para administrar convenientemente el propio patrimonio. La falta de tal ca-

pacidad puede ser total o parcial, y fundada en razones de edad, de sexo, de enfermedad mental o de tendencia a la dilapidación.

Tanto la tutela como la curatela son figuras antiquísimas, conocidas en las XII Tablas, siendo probable que a la muerte del *pater familias* la tutela fuera confiada a los agnados, y a falta de éstos, a los gentiles dentro del mismo grupo familiar. El impúber y la mujer quedan sujetos a tutela al morir el *pater familias* bajo cuya *potestas* se encuentra.

En los tiempos antiguos (IGLESIAS) la tutela es atributo de la *manus* o *potestas*, como lo prueba el hecho mismo de que falte entonces una denominación especial para distinguirla de tal poder. *Pater familias* y tutor son una misma persona: la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar.

La que más tarde se llamaría familia *communi iure* no se disgregaba por la muerte del jefe, sino que se mantenía unida bajo la potestad del sucesor por él designado. Y si esto ocurrió de tal manera, parece lo más probable que la tutela no se configurase como *vis ac potestas* subsistente por sí, sino como uno de los atributos de la *manus*. La diversificación sólo tuvo lugar en época histórica.

Tutela y herencia se muestran en íntima conexión. Las vocaciones tutelares y hereditarias se conciben de acuerdo con un común determinante: la naturaleza del grupo familiar. Tutor es, en primer término, el *heres* designado en testamento, y, a falta de designación, o existiendo sólo impúberes o mujeres, asume la tutela el *proximus adgnatus*.

En los orígenes, no otro distinto del *heres* es el que ejerce la *vis ac potestas*, porque únicamente el tiene poderes familiares. Y si en el Derecho histórico fue posible investir en la tutela a persona distinta del *heres*, todavía se mantuvo por largo tiempo la idea de que sólo el *pater familias* está autorizado para nombrar tutor, y en el acto del testamento, por el cual se provee a instituir heredero.

Al entrar en quiebra la unidad compacta de la familia *communi iure*, la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres se independiza de los poderes familiares, adquiriendo propia fisonomía y propia denominación.

Ambas formas de tutela no sirven, en principio, a una función asistencial o protectora del incapaz. *Tutela impuberum* y *tutela mulierum* se confieren por ley al *proximus adgnatus*, es decir, al más próximo heredero varón del tutelado. El llamamiento del *proximus adgnatus* ya sea a la herencia, ya a la tutela, deriva de su posición en la familia. Sólo al correr del tiempo, y por obra de una continua acción estatal, la tutela pierde su viejo carácter de potestad inherente a semejante posición, así como toda nota de interés personal (2).

158

Las instituciones de la tutela y de la curatela surgieron en Derecho Romano en época muy antigua dirigidas a suplir o completar la deficiente capacidad de obrar de una persona, teniendo estos institutos diferente amplitud y extensión dependiendo del grado de capacidad. En el derecho antiguo se considera que existen personas que aunque sean libres y *sui iuris*, necesitan estar protegidas en cuanto son titulares de un patrimonio que no pueden gestionar por sí mismos. se consideran incapaces: los impúberes por razón de su edad, las mujeres en razón de su sexo y los locos y pródigos por su incapacidad. Mientras que el impúber y la

(2) La tutela originaria (GARCÍA GARRIDO) era consecuencia de la unidad del patrimonio familiar bajo la suprema autoridad del *pater familias*. Cuando éste falta es necesario que nombre a otra persona para proteger y defender a los sometidos que carecen de capacidad para administrar el patrimonio familiar. Por ello, el tutor es el heredero designado en el testamento o el *agnatus proximus* que será el beneficiario de la herencia. Originariamente, el patrimonio del sometido a tutela permanecería en la familia y sería administrado como propio por el tutor. Desde las XII Tablas se prohíbe esta absorción del patrimonio del pupilo y se concede una acción contra el tutor que se lucra de sus bienes.

Cuando desaparece la antigua concepción de la familia agnaticia, las distintas clases de tutela y curatela asumen una función protectora y asistencial del incapaz, que se considera un deber o carga pública; desaparece la tutela de las mujeres y ambas instituciones (tutela y curatela) llegan a confundirse.

mujer quedan sometidos a tutela al morir el *pater familias* para suplir la potestad de éste, los locos y los pródigos, se someten a curatela desde que se consideran incapaces. La tutela y curatela, aun siendo instituciones convergentes destinadas a suplir la falta de capacidad de impúber o la mujer (tutela), o la deficiente capacidad (curatela), son figuras que se distinguen por diversos factores. En primer lugar, porque la función tutelar tiene un ámbito amplísimo que se concreta en la *auctoritatis interpositio* y *negotiorum gestio* para los actos que interesen al pupilo, mientras que la curatela no niega la capacidad de obrar de una persona, sino que se superpone un *curator* para realizar determinados actos dispositivos que el sometido a curatela no puede realizar por sí mismo.

En Derecho Romano (como en el Derecho Moderno) la edad y la tutela y curatela tenían una estrecha relación. Los romanos distinguían los siguientes estadios: los menores de siete años; los mayores de siete años, pero menores de catorce; y los mayores de catorce pero menores de veinticinco, edad esta última en la cual se adquiría la mayoría de edad. Los menores de siete años, eran llamados o conocidos por "*infans*"; el mayor de siete años pero menor de catorce, era conocido por "*infantia maiores*"; y los mayores de catorce y menores de veinticinco años, se denominaban "*minor*". Las edades reseñadas se han unificado en los varones. Los impúberes, es decir los menores de catorce años (*infans e infantia maioris*) están sometidos a tutela y los "*minor*" o *púberes* (mayores de catorce años, pero menores de veinticinco), a curatela.

a) Tutela de los "*infans*".

El "*infans*" (el menor de siete años) es aquel que no puede hablar razonablemente. Tiene *incapacidad absoluta de obrar*, por lo que no pueden obligarse civilmente ni tienen responsabilidad por los delitos que cometen; respecto a ellos

el tutor tenía una verdadera *potestas* para asistirles en una gestión total y completa.

Cuando el pupilo es "*infans*" la *negotiorum gestio* es siempre necesaria y ésta presupone la administración de los negocios del impúber como si fuesen propios: no se trata ciertamente, de cooperar con éste en los actos jurídicos, sino de celebrarlos sin su propia presencia, recayendo los efectos de los mismos en cabeza del tutor. Es el tutor quien se constituye, según los principios de la representación indirecta, en situación de propietario, de acreedor o deudor. El tutor por tanto, respecto de la administración del patrimonio del pupilo actúa no como un simple administrador, sino como un *verus dominus*. Los efectos de los actos adquisitivos en cuanto al patrimonio del pupilo recaen sobre el tutor que actúa *domini loco*. Como dice GARCÍA GARRIDO, la *negotiorum gestio*, consiste en la gestión de los negocios de pupilo que realiza el tutor en nombre propio y también en la administración de sus bienes. Aunque el pupilo sea el titular de su patrimonio (*res pupillares*) el tutor tiene la posesión de los bienes, dispone de ellos y actúa en juicio como actor o demandado. La gestión de negocios se da especialmente en el caso de los pupilos menores de siete años que carecen de capacidad para negociar. En el caso de que existiesen varios tutores para un mismo pupilo se podían repartir la gestión o encomendar a uno de ellos la ejecución de los acuerdos. Todos los tutores responden solidariamente de la administración de los bienes del pupilo.

b) Tutela de los *infantia maioris*.

El pupilo salido de *infantia*, o sea, *infans maior* (el pupilo mayor de siete años pero menor de catorce), ya podía realizar ciertos actos jurídicos, que serían inválidos sin la *auctoritas tutoris*. Estos pupilos son responsables de los delitos y pueden intervenir en actos jurídicos en los que el tutor les asiste mediante la *auctoritas*. El tutor complementa

la deficiente capacidad del impúber, o lo que es lo mismo, le capacita para actuar “por sí”.

Los actos realizados por el pupilo *infantia maior* sin la asistencia del tutor (*auctoritatis interpositio*), son válidos en la parte que importan ganancia y nulos en la desfavorable (*negotium claudicans*). A partir de ANTONINO Pío, el pupilo que actúa sin la *auctoritas tutoris* se hace responsable en los límites del enriquecimiento.

GARCÍA GARRIDO, en este punto opina que la *autoritas interpositio* era el acto complementario realizado por el tutor para dar eficacia al negocio realizado por el pupilo mayor de siete años. Mediante la presentación de su *auctoritas* el tutor coopera para dar validez o eficacia jurídica al acto del pupilo. La jurisprudencia admitió que el pupilo pudiese negociar su patrimonio sin la intervención del tutor, pero no disminuirlo o asumir deudas. El pretor concedió que las acciones que se pudiesen ejercitar contra el tutor o por él, se tramitasen con el carácter de útiles por o contra el pupilo. Determinados actos, como la aceptación de herencia, o la petición de herencia pretoria o fideicomisaria, necesitaban necesariamente la asistencia del tutor.

161

c) Curatela.

Como ya se ha indicado, al lado de la tutela, hay una institución llamada curatela que es de guardaduría, de protección a personas que se hallaban en una determinada situación en la que se les privaba de la capacidad de obrar, o bien totalmente como en el caso de los locos, o bien para determinados actos dispositivos como en el caso de los pródigos y de los menores. Hay en Derecho romano muchas formas de curatela, pero nos interesan la *cura furiosi*, la *cura prodigi*, y la *cura minorum*.

1) *Cura furiosi.*

Este tipo de curatela se refiere (TORRENT) a cualquier persona enferma de la mente que siendo incapaz de actuar por sí misma en el mundo del Derecho, se le ponía un *curator* con las mismas funciones que tenían los tutores; por eso administraban su patrimonio *domini loco*, y su intervención se realiza a través de la *negotiorum gestio*; el *curator* gestiona todo su patrimonio, y actúa en su nombre.

2) *Cura prodigi.*

162

Recae sobre aquellas personas que por dilapidar sus bienes han sido declarados incapacitados para administrar su propio patrimonio (*interdictio bonis*). El curador interviene sólo en los negocios que suponen una obligación o una disposición, no en los que suponen un incremento patrimonial, como es el caso de la adición de la herencia. El pródigo podía, pues, realizar actos que mejorasen su condición económica (aceptar pagos, recibir herencias), pero no actos que la empeorasen. Para estos actos dispositivos el magistrado con un *decretum* establecía la figura del *curator*.

3) *Cura minorum*

El origen de la *cura minorum* se atribuye a la *lex Plaetoria* o *Laetoria de circumscriptione adolescentium* (año 191 a. de C., aproximadamente). Se trata de proteger a personas púberes (mayores de 14 años) pero todavía menores de 25 años.

Según IGLESIAS dada la inexperiencia de los jóvenes, que alcanzan la capacidad a los catorce años estableció tal ley una serie de sanciones contra los que engañan en los negocios a los mayores de esa edad y menores de la de veinticinco. Aunque no se sabe si fue la propia ley la que instauró el *curator*, o bien la creación de éste se debió al Pretor, para

venir en ejecución de ella, es lo cierto que acostumbróse requerir la asistencia de un tercero, que garantizase moralmente a la otra parte contra el riesgo de una eventual impugnación del negocio. El *curator* era solicitado voluntariamente por el menor, y para un particular negocio. El consentimiento prestado por el *curator* en los negocios del menor sirve para hacer inaplicables las disposiciones dictadas en beneficio de los menores, garantizando a la otra parte la validez del negocio concluido (3).

2. El Derecho Germánico.

El Derecho Germánico conoció también la tutela de las personas necesitadas de protección. Estaban sujetos a ella (LETE DEL RÍO) los menores de edad sin padre, las mujeres solteras y los incapaces físicos (sordomudos, viejos) y mentales (locos); en general, todos aquellos que no podían lanzarse a caballo desde un lugar poco elevado.

163

(3) A la *cura furiosi* y a la *cura prodigi* se añadió en Derecho clásico la llamada curatela de los menores (*cura minorum*). El origen de esta institución se atribuye a una *lex Laetoria* o *Plaetoria de circumscriptione adolescentium*, del año 191 a.C. probablemente. Esta ley establecía una serie de sanciones contra los que engañan, por su inexperiencia en los negocios, a los mayores de catorce años, y menores de veinticinco, que tenían ya plena capacidad mediante el ejercicio de una acción penal y popular. Para evitar el riesgo de una impugnación del negocio celebrado con el menor, se requería la presencia del curador que asistiese al menor. El pretor concedió una *exceptio legis Plaetoria* contra la acción que se ejercitase contra el menor por un negocio en que éste hubiese resultado engañado. También podía decretar el pretor una *restitutio in integrum ob aetatem*. Desde la época de Marco Aurelio, se podía conceder un curador para toda clase de negocios que realizase el menor. Sin embargo, en Derecho clásico se considera a éste como plenamente capacitado y al curador como un gestor voluntario, por lo que las relaciones entre ambos se atienen a la gestión de negocios realizada.

En el Derecho postclásico, el curador se equipara al tutor y se extienden las reglas sobre la tutela a la curatela, considerándose la función del curador con carácter estable y permanente. Por la equiparación de las dos instituciones, se instaura el principio de que la plena capacidad de obrar sólo se alcanza a los veinticinco años, aunque a partir de los veinte años puede solicitarse del emperador el reconocimiento de la plena capacidad mediante la *venia aetatis*.

Originariamente, la tutela correspondía a la *Sippe*, que podía ejercerla en mano común (parientes dentro del séptimo grado reunidos en asamblea gestora), si bien normalmente nombraba a una persona de su seno para administrar la tutela, que la desempeñaba como fiduciario (*Treuhänder*), y que solía ser el pariente más próximo del pupilo entre los llamados parientes de espada (masculino de la línea masculina: el abuelo, el tío, etc.); sin embargo, según PLANITZ en algunos casos la madre legítima u otros parientes femeninos eran nombrados por la *Sippe* como tutores de los hijos después de la muerte del padre. Este pariente más próximo deviene tutor nato de toda tutela, con la consiguiente debilitación del poder de la *Sippe*, que ya no ejerce colectivamente la tutela. La *Sippe* pasa a ostentar una especie de supertutela con las funciones siguientes: de vigilancia, otorgar el consentimiento para ciertos actos, destitución del tutor en caso de mala administración, etc. (4).

3. *Derecho histórico español.*

Según CASTÁN el sistema de la tutela romana se perdió en España a través de los antiguos Cuerpos legales, y aparece sustituido por un sistema que puede llamarse nacional o gótico, reflejado en el *Fuero Juzgo*, *Fueros municipales*, *Fuero Viejo* y *Fuero Real*, y cuyos principales caracteres son: 1.º Admitir una sola institución con el nombre de guarda o tutela; y 2.º Corresponder ésta a los parientes más próximos, que la ejercían, según la concepción germánica, colectivamente, o cuando menos, mediante delegación en uno de ellos.

(4) Los Derechos germánicos (LACRUZ BERDEJO) conocieron también la tutela de menores (al principio sólo de los impúberes) que no estuvieran bajo el cuidado de los padres; de los enfermos mentales, pródigos y algunos casos de curatela para asuntos concretos; la tutela de las mujeres se relajó muy pronto. Se afirma que competía a la *Sippe*, como derecho conjunto de los parientes dentro del séptimo grado reunidos en asamblea gestora.

Pero las *Partidas* introdujeron el sistema tutelar romano y con él la tutela unipersonal, la curatela y la tutela testamentaria, desconocidas de las legislaciones germánicas. Este Cuerpo legal, juntamente con la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, constituyó el Derecho vigente hasta la publicación del Código. El régimen tutelar estaba constituido por la tutela, la curatela (en sus tres variedades, *ad bona*, ejemplar y *ad litem*) y la intervención de la autoridad judicial, que completaba la guarda legal en cualquiera de las especies citadas.

El *Código civil*, recogiendo la reforma ya preparada por el Proyecto de 1851 (que quiso restaurar el sentido de la antigua tradición castellana, pero que lo que en realidad hizo fue copiar al Código francés), modificó el régimen del Derecho anterior, en sus extremos más sustanciales: unió tutela y curatela, estructurando en una sola figura o institución la guarda y protección de los menores o incapacitados; creó, inspirándose en el patrón napoleónico, la protutela y el Consejo de Familia; redujo sustancialmente las funciones de la autoridad judicial trasladándolas al Consejo de Familia, el cual vino a ser la pieza central y básica del complejo engranaje tutelar. Fue el sistema de tutela de familia, con unidad de institución y de tipo orgánico.

La tutela en la *actualidad en el Derecho español* está caracterizada por el sistema de tutela autoridad, en su modalidad judicial. Es, pues, un sistema de tutela estatal fuertemente judicializado, en el que se atribuyen al juez no sólo las funciones que antes tenía el Consejo de Familia, sino amplísimas facultades que, en la práctica y mediante resoluciones motivadas fundadas en el interés del tutelado, le otorgan plenos poderes en el nombramiento del tutor y en la determinación de la forma en que ha de ejercerse dicho cargo.

B) Derecho español actual.

1. *Ámbito.*

A diferencia del anterior derecho del Código civil, en el que tenía un sentido orgánico, la tutela hoy es función y cargo fundamentalmente personal (aunque puede ser pluripersonal), en cuanto que es ejercido por el tutor, sometido a la inspección y control de la autoridad judicial.

El tutor es la persona que, bajo la fiscalización de la autoridad judicial y vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 232, reformado por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre) y de acuerdo con las disposiciones establecidas por el propio interesado o por falta de homologación, con las impuestas por el juez, suple la falta de capacidad de obrar y cuida de la persona y bienes o sólo de la persona o sólo de los bienes del incapacitado, salvo para aquellos actos en que este último pueda obrar por sí mismo en virtud de disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación. Su función es esencialmente de dirección, administración y ejecución, la cual se manifiesta en derechos y facultades, deberes y obligaciones de muy distinta especie y naturaleza. En resumen, al tutor corresponde la iniciativa de la gestión, pues es el representante legal del incapacitado.

Entre tutor y tutelado existe una relación cuasi-familiar. El cargo de tutor es estable, obligatorio, retribuido y unipersonal o pluripersonal. El juez decide y manda sobre todas las cosas o situaciones, siempre que actúe en interés del incapaz. Se ha dicho igualmente que abandonando el Código civil el sistema de tutela familiar, en el que el juez solamente supervisaba la tutela ejercida por el grupo familiar del tutelado, la reforma de 24 de octubre de 1983 ha establecido la decisiva intervención del juez en la tutela, pasando nuestra legislación al sistema que podríamos llamar de tutela, no familiar, sino de autoridad, la judicial.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de julio de 1993, indica en este punto de la intervención judicial que “conocida es la ampliación que, en relación con la facultad del Órgano Jurisdiccional en la institución tutelar, ha supuesto la última reforma operada en el título correspondiente del Código civil, orientándose la nueva regulación en un aumento de la intervención judicial en beneficio del declarado incapaz; y siguiendo esta línea de control están redactados, tanto el último inciso del artículo 234, como el espíritu del 235, ambos del Código civil, cuando se refieren al nombramiento o designación de la persona del tutor, siendo el concepto de “beneficio del incapacitado” el que debe presidir tal designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar”.

El artículo 222 del Código civil español reformado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre al establecer qué personas están sujetas a tutela, se refiere en el párrafo 2.º a:

“Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido”. Estas palabras son lógico corolario del artículo 210 del mismo cuerpo legal, en virtud del cual, la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta y el régimen de tutela o guarda a que debe quedar sometido el incapacitado. Ordena el Código al juez que fije el ámbito de graduación (extensión y límites) de la incapacitación.

La sentencia declarando la incapacitación crea una situación que sólo podrá revocarse como dice el artículo 211 del Código civil, por otra sentencia firme posterior, que deje sin efecto o modifique el alcance de la incapacitación ya establecida y ello porque la incapacitación es un estado civil constituido por la sentencia que declaró la incapacidad que no podrá alterarse mientras no haya recaído otra sentencia firme que restituya en su caso la capacidad anterior. Lo expuesto merece una breve explicación.

La incapacitación judicialmente declarada actúa como un mecanismo de exclusión de la presunción *iuris tantum* del que

el mayor de edad tiene plena capacidad de obrar (art. 322 del Código civil), siendo la sentencia constitutiva de un estado civil de la persona.

El estado civil de incapacitación es uno, sin perjuicio, como dice el artículo 210 del Código civil, de la diferente amplitud del actuar jurídico del declarado incapaz. Esta graduación se hará discrecionalmente por el juez en atención al caso, y en concreto al mayor o menor discernimiento (*cfr.* art. 208; STS 21 de marzo de 1961; 20 de febrero de 1989), pues a diferencia del sistema anterior (*númerus clausus*) las causas de incapacitación ni tienen el mismo alcance, ni igual extensión, ni idénticos efectos al depender de la gravedad de la enfermedad o defecto que impidan gobernarse por sí mismos. Según la STS del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991 (Magistrado Ponente VILLAGÓMEZ RODIL), la incapacitación supone la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado, si bien con los límites y extensiones que autoriza el artículo 210 del Código civil. En términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes.

La incapacitación en su grado máximo abarcará a todos los actos jurídicos, mientras que en otro caso la sentencia “determinará” los actos y negocios jurídicos que el incapacitado puede hacer por sí y cuáles no. La determinación de estos actos no tiene por qué hacerse mediante un sistema de lista, bastando que se designen en sus rasgos generales (actos de administración, de disposición, patrimoniales, etc.) o, incluso, adoptarse la equiparación a la situación de un menor de una determinada edad; debiendo existir, una correlación entre el tipo de incapacitación y el tipo de guarda al que se somete al incapacitado.

Ahora bien, desaparecida la causa que dio lugar a la incapacitación (“sobrevénidas nuevas circunstancias” dice el art. 212 del Código civil), es necesario que mediante otra sentencia firme se deje sin efecto la declaración judicial anterior. La incapacitación representa un estado civil que aun siendo duradero, no deja de ser mudable. Por ser estado constituido por la sentencia que declaró la incapacidad no podrá alterarse mientras no haya recaído otra (la del art. 212) que restituya, en su caso, la capacidad anterior.

Como decía con razón la vieja sentencia, ya centenaria, de 21 de octubre de 1897, la declaración de incapacidad una vez hecha, surte sus efectos mientras no se revoque en forma, cumpliendo todos los requisitos legales. En parecida orientación puede citarse la STS de 19 de febrero de 1996 (Magistrado Ponente VILLAGÓMEZ RODIL): los supuestos determinantes de la incapacitación han de tener un carácter de permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado; ha de tenerse en cuenta el estado de la persona en el momento de su reconocimiento judicial y pruebas periciales practicadas en el pleito, que no autorizan la retroactividad. Los actos y contratos patrimoniales celebrados con anterioridad son válidos, si no se prueba su nulidad por otra causa. Además indica que la capacidad de obrar de las personas físicas es atributo de la personalidad y sólo puede ser restringida por los medios procesales legales, con observancia de las garantías constitucionales y en base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas. En su consecuencia, lo que viene a indicar esta última sentencia es que la incapacitación, una vez declarada judicialmente tiene carácter de permanencia, que produce sus efectos hacia el futuro y que la capacidad de obrar puede ser restringida, ahora eso sí, puede ser limitada en los términos y con la extensión que de conformidad con el artículo 210 del Código civil determine el juez, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y cumpliendo todas las garantías constitucionales y siempre en base a pruebas concluyentes.

2. *Incidencia de la reforma del artículo 232 del Código civil.*

El artículo 232 del Código civil ha sido reformado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción, quedando con la siguiente redacción: “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”. No es ajena a la modificación operada en el artículo 232, la dicción del artículo 174.1, también procedente de la Ley 21/87, y, conforme a la cual, “Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento y guarda de los menores...”.

170

En la anterior redacción (Ley 13/1983), el artículo 232, preveía, en consonancia con el sistema de tutela que instauraba (tutela de autoridad, art. 216 Código civil), que “la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado”.

La reforma operada por la Ley 21/1987 (GETE-ALONSO) elimina del artículo la referencia al Juez, disponiendo que la vigilancia de la tutela se llevará a cabo por el Ministerio Fiscal, concordando (en este extremo) con el nuevo artículo 174.1 del Código civil que atribuye “al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores...”.

La principal modificación que la Ley 21/1987 provoca en el artículo 232 del Código civil reside, pues, en la sustitución de la superior vigilancia de la tutela que llevaba a cabo el juez, y se atribuye al Ministerio Fiscal.

El artículo 232, junto al artículo 216 del Código civil, de la Ley 13/1983, había sido interpretado por la doctrina como el exponente del nuevo tipo de tutela que la reforma introducía: de la anterior tutela de familia se pasaba a la deno-

minada tutela de autoridad en la que el órgano judicial alcanzaba un importante protagonismo.

Según GETE-ALONSO, sin discutir la bondad de la tutela de autoridad, considerada preferible respecto de la existente hasta entonces, se cuestionaba la operatividad práctica de la constante intervención judicial, además de dudarse acerca de la capacidad material de los juzgados ante el aumento de trabajo que se derivaba de la misma.

Así se decía que “tales órganos judiciales carecen de la organización y estructura adecuados para ejercer una función de vigilancia permanente”, y que “una reforma legislativa de esta importancia hubiera exigido la creación de órganos judiciales permanentes y especializados con competencia principal en materia de tutelas”: apuntándose, incluso, que la única manera de llevarlo a la práctica sería la de “acudir a la intervención decisiva de los órganos del Ministerio Fiscal”.

171

En esta opinión latía la necesidad de otorgar una mayor participación al Ministerio fiscal, sin eliminar el protagonismo de la autoridad judicial, máxime si, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.º, apartado 7.º, de la Ley 50/1981 (Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), corresponde a éste “asumir, o en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos”.

La Ley 21/1987, además de en las razones aducidas durante su tramitación parlamentaria recoge, aparentemente, estas ideas. El Ministerio Fiscal es quien vigilará el ejercicio de las funciones tutelares, sin perjuicio de la actuación de los órganos judiciales competentes.

Funciones tutelares que, en cierto modo, y dada la regulación de la figura del acogimiento de menores y la tutela

que se atribuye *ex lege* a ciertas entidades públicas (art. 172 del Código civil), se han desjudicializado.

La nueva redacción del precepto obliga a plantearse el significado y función, en el ejercicio de la tutela del Ministerio Fiscal, en el marco que delineara la Ley 13/1983 y la, en su caso diferente, que resulta de la Ley 21/1987, ahora bien teniendo siempre muy presente que la nueva Ley no ha modificado el fondo de la institución.

Para comprender mejor el sentido de la Reforma de 1987 y para una más clara exposición de la materia, vamos a seguir la literalidad de la norma.

a) “La tutela se ejercerá...”

172

Estas palabras expresan con toda nitidez, que el ejercicio de la tutela corresponde a otra persona: al tutor, aunque hay que tener en cuenta que la tutela actual no ha perdido después de la Reforma de 1987 el marcado carácter judicial. En efecto, la calificación de ser tutela autoridad deriva, fundamentalmente, de dos notas que han permanecido intocadas: 1.^a Quien constituye la tutela es el juez que, además, sólo se encuentra vinculado en su decisión por el “beneficio del menor o incapacitado” (art. 224 del Código civil). 2.^a Quien decide, en última instancia, sobre el desarrollo del ejercicio de la tutela continúa, asimismo, siendo el juez.

b) “...bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal...”

Con esta literalidad el legislador parece que ha querido establecer un doble control, colocado a distinto nivel: el del Juez y el del Ministerio Fiscal.

1.^a El *nivel superior* (GETE-ALONSO y CALERA) sigue atribuyéndose, en todo caso, en el nuevo esquema, a la autoridad judicial (de ahí que continúe siendo una tutela de autoridad): “Las funciones tutelares... estarán bajo la salvaguarda judicial” (art. 216 Código civil). Salvaguarda que significa que

sólo el juez constituye la tutela (art. 213 Código civil), es quien determina su alcance (arts. 210, 290, 298, 302 Código civil), da posesión del cargo (art. 259 Código civil), establece las medidas de vigilancia y control (art. 233 Código civil), decreta la remoción (art. 248 Código civil), autoriza ciertos actos del tutor (art. 271 Código civil), recibe y aprueba las cuentas anuales (art. 269.4 Código civil) y las finales (art. 279 Código civil) y decide, en su caso, acerca de su extinción (arts. 276, 277 y 321, modificado, también, por la Ley 21/1987). En definitiva, es quien tiene el poder decisorio último, como la autoridad superior o suprema.

2.º Al Ministerio Fiscal le corresponde un *nivel inferior*, complementario del que se le atribuye al juez de la tutela, pero de carácter más inmediato.

Diferentemente a lo que sucede con la autoridad judicial, la intervención del Ministerio Fiscal se ciñe exclusivamente (al menor en este art. 232 Código civil) al ámbito del ejercicio de la tutela. No interviene con capacidad propia y autónoma en la toma de decisiones, ni en el momento de constitución de la tutela (sólo está obligado a pedir su constitución art. 228 Código civil), ni en el nombramiento de tutor, ni en la adopción de las medidas de vigilancia y control, ni en la remoción (sólo puede solicitarla, art. 248 Código civil), ni en la autorización de actos del tutor (sólo es "oído", art. 273 Código civil).

Su actividad se enmarca en la función pura (como gráficamente señala el art. 232 Código civil) de vigilancia, el control de la actividad del cargo tutelar, control, por demás, independiente, pero que tiene, a diferencia del que ejerce la autoridad judicial, un cierto carácter, o al menos pretende dársele en este sentido, de inmediatividad. De alguna manera actúa como tamiz previo que deberá ser tomado en consideración a la hora de adoptar decisiones importantes sobre el mantenimiento y desarrollo de la tutela.

c) “...que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado”

Con esta redacción la reforma de 1987, lo único que ha hecho ha sido reforzar la función que se atribuye al Ministerio Fiscal en este ámbito, recordando su carácter de institución pública que debe actuar en defensa de los derechos de los ciudadanos.

En efecto, esta idea de la actuación de oficio se deduce de las previsiones que se contienen en su Estatuto orgánico (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) de cuyo artículo 1.º ya se sigue tal actuación. En dicho precepto se señala (en concordancia con el art. 124 LOPJ) que el Ministerio Fiscal tiene por misión “promover la acción de la justicia en defensa... de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados...”, y el artículo 3.º enumera las funciones que se le atribuyen, para el cumplimiento de las misiones que le son encomendadas, incluyéndose entre ellas —como se ha visto— las referentes a la protección de menores e incapacitados y a la tutela.

3. *Personas que pueden ser tutores.*

El Código civil, en los artículos 241 a 246 regula la materia de capacidad del tutor. En los dos primeros preceptos se contiene la norma general de las personas físicas y jurídicas; en los dos siguientes se enumeran las causas de inhabilidad; y finalmente, en los dos últimos se establecen unas normas cuya finalidad es respetar la autonomía de la voluntad de los padres expresada en testamento o documento público notarial.

Dispone el artículo 241 que: “Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes”.

Como decía CASTÁN, antes de la Ley 13/83, “el cargo de tutor, por lo delicado de sus funciones, requiere en quien ha de ejercerlo condiciones de capacidad jurídica plena y moralidad intachable. Por eso las legislaciones establecen causas de incapacidad o inhabilidad que imposibilitan a las personas incluidas en ellas para ser tutores, en absoluto o con respecto a determinados tutelados”. Es decir, el cargo de tutor exige que la persona (o personas) que obligatoriamente ha de ejercerlo reúna unas condiciones de capacidad o idoneidad simultáneamente, pues una persona puede ser plenamente capaz y, sin embargo concurrir en ella determinadas circunstancias que desaconsejen su nombramiento.

El artículo 241 contiene, pues la regla general: se requiere que la persona para ser tutor se encuentre “en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”; por consiguiente, se exige la plena capacidad de obrar, por lo que quedan excluidos los menores de edad, incluso aunque estén emancipados, y los incapacitados o declarados pródigos, pues ninguno de ellos se encuentra en posesión de su plena capacidad de obrar. Y las excepciones a esta aptitud general son las causas de inhabilidad establecidas en los artículos 243, 244 y 245.

Según el artículo 242: “Podrán ser también tutores las *personas jurídicas* que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”. Este artículo supone una gran novedad en nuestro Derecho, al admitir la posibilidad de que pueda nombrarse tutor de un incapacitado a una persona jurídica.

SANCHO REBULLIDA, interpretando esta norma, cree que los requisitos exigidos por el artículo 242 restringen mucho la hipótesis; la exigencia de que figure entre los fines de la persona jurídica la protección de menores e incapacitados, deberá interpretarse con cierta laxitud, pues, en otro caso, serían muy pocas las personas jurídicas aptas para ser tutores entre las actualmente constituidas. Creo que, por analogía, podrán ser designadas tutores aquéllas que, por ejemplo, cuenten entre sus fines estatutarios, la profilaxis y recupera-

ción de la salud mental, la rehabilitación de drogadictos y alcohólicos, etc.

Por otra parte, como aprecia BERCOVITZ, conforme a tal exigencia quedan sólo excluidas las sociedades civiles (art. 1.665 del Código civil) y las mercantiles (art. 116 del Código de comercio); luego pueden ser tutores las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley (art. 35,1 Código civil).

Entendieron GÓMEZ OLIVEROS y LETE DEL RÍO que el artículo 242 Código civil se refería únicamente, por contraposición con el 239, a las personas jurídicas no dependientes del Estado; BERCOVITZ entendió, por el contrario, que el texto del artículo 242 no las excluía (no persiguen lucro alguno), y que, precisamente, son las que frecuentemente se encuentran al cuidado de menores e incapacitados, a través de la función asistencial de Estado (arts. 39, 41, 43, 49 y 50 CE), por lo que las Administraciones públicas con personalidad jurídica (central, autonómica, local institucional) podrán ser las principales destinatarias de este artículo.

Con la reforma de la adopción, en 1987, las entidades públicas a las que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores son las únicas (y *ministerio legis*) personas jurídicas tutoras de los menores que se encuentren en situación de desamparo. Parece que podrán serlo también de los incapacitados, pero no en exclusiva y por ministerio de la ley.

Es muy interesante la STS de 22 de julio de 1993, al decir: "No se combate en el recurso que estudiamos la básica y principal declaración de incapacidad de doña Narcisa, que es aceptada y consentida por todas las partes personadas; la impugnación va dirigida exclusivamente contra la designación de la persona que ha de desempeñar el cargo de tutor, y que en el presente caso recayó en la institución "Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña". No existe ninguna de las personas relacionadas en el artículo 234, por lo que resultan de obligada aplicación las disposiciones del

artículo 235, pero atribuyendo al Juez la facultad de valorar la “mayor idoneidad” de los propuestos. El Defensor Judicial recurrente propuso para el desempeño del cargo tutelar a doña Enriqueta M. E., prima hermana de la incapacitada, alegando en el recurso que la persona jurídica designada no ha tenido relación alguna con la tutelada, a diferencia de lo que ocurre con la señora propuesta por él. Del conjunto de la prueba que se practicó en los autos, resulta, que la situación personal de doña Narcisa es la siguiente; nació en el año 1916, luego tiene en la actualidad 77 años; vive sola en una vivienda de la calle Figals de la ciudad de Barcelona; padece una demencia senil con desconexión de la realidad; su régimen de vida es bastante anormal, dado su estado mental, y el abandono y desorden de su hogar por falta de ayuda; los parientes apenas la visitan, pues la aspirante a la tutoría declara ante el juez que hace mes y medio que no la ha visto, y que sus otros parientes no la visitan nunca; sus ingresos dependen de una pensión de 285.000 pesetas que percibe de la “Caixa”, sin que se le reconozcan otros bienes. Todos los parientes (así lo dice el recurrente en sus escritos de fechas 3-5-1989; 16-6-1989 y 21-11-1989) creen necesario el ingreso de la incapaz en una clínica psiquiátrica; incluso en algún momento entienden que este ingreso es de carácter urgente “ya que se está agravando rápidamente de las dolencias que padece”. A la vista del cuadro que se acaba de describir, la decisión tomada por el Juzgado, y ratificada después por la Sala de apelación resulta ser la más beneficiosa para la incapacitada, y la institución designada para desempeñar la tutela, la más idónea según el artículo 242 Código civil; pues habida cuenta de la necesidad ineludible de ingresar a doña Narcisa en una clínica geriátrica o psiquiátrica, de cuyas características y régimen debe ser especialista la institución “Asociación de Enfermos Mentales”, sería esa clínica elegida, y la institución que desempeña la tutela, las encargadas de regir y cuidar la persona de la incapacitada; quedando únicamente para completar la función

tutelar, la protección y administración de sus bienes, reducidos éstos al cobro de una pensión, que necesariamente debe aplicarse a cubrir los gastos de la estancia en la clínica, y al resto de sus necesidades personales; misión que puede desempeñar perfectamente el tutor designado, sin necesidad de acudir a otras personas no tan directamente relacionadas con la incapacitada como en el recurso se afirma”.

Completan la regulación sobre este punto los artículos 243, 244 y 245 del Código civil, al establecer las personas que no pueden ser tutores.

4. *Nombramiento del tutor.*

178 El Código civil en la redacción actual permite entre otras posibilidades a los padres (en testamento o en documento público notarial) nombrar tutor y esta puerta abierta a la autonomía de la voluntad, en materia de tutela, nos permite adentrarnos en uno de los grandes apartados de las disposiciones de la autoprotección, como es la autodelación de la tutela.

El problema y el interrogante está en lo siguiente: ¿Hay verdaderamente alguna objeción jurídica para que un sujeto pueda nombrar su propio tutor? No vemos ninguna.

¿Quién mejor proveerá a su futuro, a dejar resueltas todas las situaciones personales y patrimoniales, que el propio incapaz, cuando todavía es capaz?

Nos hallamos ante un vacío del Derecho común positivo, sin costumbre que pueda tomarse como supletoria (el problema es nuevo), por lo que, acudiendo a los principios generales del Derecho (el de analogía que establece el artículo 4.º del Código civil) y, dado que hay identidad de razón, creemos que puede admitirse la autoprotección, aplicando, por analogía, la delación testamentaria de la tutela hecha por los padres.

Lo que nos planteamos (ROMERO CANDAU) es la posibilidad de la autodelación para el cargo tutelar en el caso de

que fuera necesaria su constitución. Se trataría de que el enfermo pudiera proponer en documento público notarial, cuando aún es plenamente capaz, a determinada persona para tutor propio desde el momento en que fuera necesario.

Como argumentos en favor se pueden citar los siguientes:

1.º Facultad de autorregulación de todo sujeto de derecho.

La persona con capacidad plena de obrar podrá regir su persona libremente, no sólo para el presente sino también para el futuro, previendo, incluso el caso de que pueda ser declarada incapaz.

2.º Destipificación de las causas de incapacitación.

Una de las características de la Ley de reforma del Código civil de 1983, denominada generalmente, como “Ley de Tutela”, es el carácter abierto del artículo 200 del Código civil, a diferencia de la legislación anterior que efectuaba una enumeración o tipificación rigurosa y taxativa de las causas de incapacitación.

179

La fórmula del nuevo artículo 200 del Código civil se muestra, desde luego, más correcta que la anterior, precisamente por su amplitud: cualquier anomalía física o mental que determine de manera persistente una incapacidad de hecho podrá ser apreciada como determinante de la incapacitación. Además de la persistencia de la enfermedad, la verdadera característica o la idea clave de la incapacitación es que la persona “no pueda gobernarse por sí misma”, o lo que es igual, que al individuo, al ser humano, le falte la aptitud de autogobierno.

Ante ello creemos que estarán legitimadas para poder nombrar o designar tutor, no solamente los padres y el juez sino también el propio interesado. En efecto, según ROMERO CANDAU, es argumento favorable la generalización de las causas de incapacitación, a diferencia de la situación anterior a la reforma de tutela, que debe coordinarse con la delación

tutelar, por lo que si cualquier persona, y entre ellos el propio presunto incapaz, puede prever su situación e instar el oportuno procedimiento, también podrá, como sus padres, ordenar su tutela.

3.º Artículo 223 del Código civil.

Según dispone esta norma: “Los padres podrán en testamento o documento público notarial, nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlo u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos”.

La doctrina que se desprende de este artículo 223 queda complementada por los artículos 224, 231, 233, 234 del Código civil.

El artículo 223 es una manifestación clara e inequívoca de la aceptación de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la tutela.

El acto de la designación voluntaria de tutor es un negocio jurídico de Derecho de Familia que se caracteriza por ser unilateral y por poder plasmarse documentalmente en testamento o en otro documento público notarial.

a) Negocio unilateral.

En el sentido de estar formado por la sola declaración de voluntad del otorgante, no necesita la concurrencia de ninguna otra. Estamos ante un negocio perfecto desde el instante en que esa voluntad se emite con las formalidades requeridas por la Ley (testamento o documento público notarial). La declaración de voluntad gana sustantividad e independencia sin necesidad de ser recibida por un especial destinatario.

Ahora bien el que este negocio unilateral sea perfecto desde el instante en que esa voluntad se emite, cumpliendo las formalidades legales, no quiere decir que deba, necesariamente, producir efecto tal y como lo ha previsto su crea-

dor, pues aunque “vincularán al juez” éste podrá en “decisión motivada” adoptar la resolución que según las circunstancias del caso, considere más beneficiosa para el tutelando, de la misma manera que según el último párrafo del artículo 234 del Código civil, podrá el juez, en beneficio del tutelando, mediante resolución motivada, alterar el orden legal de preferencia para el nombramiento de tutor. En definitiva, es de clara aplicación el principio de judicialización de la tutela pues el juez decide, vigila y resuelve sobre todas las situaciones, eso si, siempre que lo haga en beneficio del incapaz.

El portillo abierto en esta materia en el Código civil a la autonomía de la voluntad es lo suficientemente importante y significativo, como para aceptar como admisible las disposiciones de autodelación de la tutela realizadas por una persona mentalmente capaz en el momento de plasmarla en un documento notarial quedando tanto estas autoprevisiones como el valor *vinculante* de las mismas, supeditadas al mantenimiento de las circunstancias que contempló al hacer la designación: fundamentalmente la aptitud del designado y la confianza depositada en él; y el juez, como órgano superior en la constitución de la tutela puede (en beneficio del incapaz), en resolución motivada, hacer otro nombramiento diferente del contemplado por el propio interesado. Por lo tanto, en resumen, los nombramientos realizados por una persona en su propia autodelación de la tutela *no son absolutamente vinculantes para el juez*.

Hay que tener en cuenta, como ya se ha indicado anteriormente, que la Ley de 24 de octubre de 1983, que modificó total y profundamente la regulación de la tutela, abandonó el sistema de tutela familia y suscribió el de tutela autoridad en su modalidad judicial, con la consiguiente supresión del protutor y del Consejo de familia. Por otro lado hay que advertir que no es la autoridad judicial quien directamente y por propia iniciativa cuida de la persona y bienes o sólo de la persona o de los bienes del pupilo, sino

que esta función la realiza el tutor, pero sometido al control judicial.

Estas palabras se deben de poner en relación con el artículo 174 párrafo 1 y el artículo 232 del Código civil, ambos reformados por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre. Según el párrafo primero del artículo 174: "Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección". Dispone el artículo 232, ya transcrito y que ahora reiteramos: "la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o incapacitado y del estado de la administración de la tutela".

182

Las normas indican, en principio, que al Ministerio Fiscal se le confiere la superior vigilancia del funcionamiento de la tutela *ex lege*, guarda y acogimiento de menores. Esta atribución parece obedecer al propósito de desjudicialización que presidió la elaboración legislativa de 1987 y la creciente importancia de funciones del Ministerio Fiscal, concebido como defensor real de los intereses de los menores. Además la nueva redacción del artículo 232 implica que se ha atribuido al Ministerio Fiscal la vigilancia permanente, inmediata y activa del ejercicio de la tutela que antes correspondía a la Autoridad judicial. Esta conservará facultades de velar por tal ejercicio, de forma mediata estableciendo "medidas de control y vigilancia", "exigiendo en cualquier momento al tutor informe sobre la situación del menor o incapacitado y estado de la administración" y en todo caso una vez al año.

Poniendo en relación el párrafo 1.º del artículo 174 con el artículo 232 ambos del Código civil, resulta, como ya se ha apuntado anteriormente, que las facultades (VARGAS CABRERA) de vigilancia son exclusivas del Ministerio Fiscal en lo relativo a guarda y acogimiento de menores, no teniendo en ellas intervención en principio, como órgano vigilante, la autoridad judicial. Así se desprende con claridad del texto

del artículo 174,1.º, en lo que se refiere a la llamada tutela, aunque literalmente comprendida en el precepto, deben reconocerse facultades de vigilancia y control también a los órganos jurisdiccionales y ello pese a la reforma del artículo 232 (regulado en sede de tutela ordinaria). A pesar de su singularidad la tutela de la entidad está sometida al régimen general de los artículos 215 y ss. y entre ellos el 216, 233 y 269,4. Considero que una hermenéutica integradora del artículo 174,1.º, con los preceptos citados (en especial el nuevo 232 y el 233) podría llevarnos a entender que el Ministerio Fiscal ejerce una vigilancia, inmediata y permanente de las actuaciones relativas a esta modalidad tutelar y la autoridad judicial las funciones genéricas de vigilancia y control del artículo 233 y 269,4, ambos del Código civil.

b) Plasmación documental.

183

Es en este apartado donde se estudia cual es el documento apropiado para cobijar estas disposiciones de autoprotección. Las palabras que recoge el artículo 223 del Código civil, reconociendo vehículo formal adecuado tanto el testamento como el documento público notarial, (aunque referidos sólo a la tutela), pueden extenderse a todos los supuestos de autoprevisión protectora del otorgante (5).

(5) El haber introducido el documento público notarial, al lado del testamento, como medio o forma de ordenación de la tutela es algo que no fue directamente querido por el legislador, simplemente ha sido el resultado del propio azar del juego parlamentario, indudablemente a veces absurdo y disparatado. En el Proyecto de 11 de enero de 1983, y después en el texto de 25 de mayo de 1983 aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, solamente se recogía el testamento como medio o forma de ordenación de la tutela; pero, en el Senado, el Grupo Popular introdujo dos enmiendas: una que pretendía introducir la autotutela, por entender que nadie mejor que el propio incapacitado, antes de que se produjese la causa de incapacitación, era la persona más idónea para designar su propio tutor para el supuesto de que esa circunstancia llegara a producirse, por supuesto si la persona había alcanzado la mayoría de edad. Y como de prosperar dicha enmienda el testamento no sería el medio apto para efectuar dicha designación, se presenta otra enmienda, complementaria de la anterior, a través de la cual se pretendía solucionar este problema agregando en los artículos 223, 225, 236, número 4.º y 245 el documento

Aunque la crítica doctrinal que se ha realizado al artículo 223 del Código civil ha sido en parte negativa, a efectos de nuestro estudio de la autoprotección se pueden aceptar como vehículos formales, tanto el testamento como cualquier otro documento notarial. Vamos a estudiar en primer lugar el *testamento* para a continuación ver los "*documentos notariales*".

VII. Testamento

Las primeras dudas que nos asaltan al estudiar esta posibilidad son las siguientes: ¿Es el testamento el vehículo formal adecuado para contener las previsiones de autoprotección de una persona? ¿Pueden ser estas disposiciones de autotutela su único contenido? ¿Pueden ser conocidas en vida del disponente? ¿El otorgamiento de un testamento posterior

184

público notarial. Sin embargo, la propia dinámica legislativa de la Cámara da lugar a que se acepte, por la Comisión y después por el Pleno, la segunda enmienda introductoria del documento público notarial como forma de efectuar la referida designación y no, en cambio, la primera (reguladora de la autotutela), de la cual aquélla era una mera consecuencia.

En principio, no se ve la necesidad del documento público notarial; puesto que tanto el nombramiento o designación de tutor, como el establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de los menores o incapacitados, pueden hacerse en testamento, incluso siendo ésta la única cláusula del mismo y sin necesidad de que existan disposiciones de contenido patrimonial.

Sin embargo, pueden existir algunos casos, si bien excepcionales, en los que puede tener utilidad el documento público notarial: a) el de incapacitación de los padres; pues, dando ello lugar a la extinción de la patria potestad, no se produce en esta circunstancia la apertura de la sucesión, no pudiendo, por tanto, tener efectividad la designación u otras disposiciones que los progenitores hubiesen realizado en testamento; b) otro supuesto podría ser que los padres fuesen privados de la patria potestad, en el caso de que hubiesen realizado la designación con anterioridad a dicha privación, pues el artículo 226 del Código civil proclama la ineficacia de las disposiciones hechas en documento público notarial si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad, por lo que —a *contrario sensu*— serían ineficaces las que se hubieran realizado con anterioridad, que, desde luego, estarán supeditadas a que el juez las considere beneficiosas para el menor o incapacitado.

derogaría esas cláusulas de autoprotección? Adelantamos que creemos en la bondad del testamento para poder recoger previsiones autoprotectoras.

Hay que partir de lo siguiente: el testamento es, sustancialmente, acto dispositivo de bienes aunque accidentalmente pueda contener no sólo disposiciones que tengan relación directa con éstos, sino también otras de carácter personal y familiar.

Por tanto el testamento, es de manera preponderante, aunque no exclusiva, un acto de disposición de bienes (tiene, por lo general, contenido patrimonial). Precisamente el carácter de acto por el que se dispone de todos los bienes o parte de ellos, está proclamado en el artículo 667 del Código civil. Sin embargo, también puede contener declaraciones de carácter no patrimonial, incluso de manera exclusiva.

El Código contiene preceptos que se refieren a declaraciones del testador en las que éste no dispone de bienes, derechos y obligaciones, tales como:

Reconocimiento de hijos extramatrimoniales (arts. 120, 1.º, 124, 2.º y art. 741).

Rehabilitación del indigno (art. 757), etc.

Nombramiento de tutores (art. 223).

Aclarado que el contenido del testamento es normalmente patrimonial y que junto a estas disposiciones pueden coexistir, y de hecho coexisten otras de carácter no patrimonial, nos preguntamos: **¿Es válido el testamento cuyo único contenido son disposiciones de carácter no patrimonial?**

Creemos que nada impide que un determinado testamento sólo contenga disposiciones sin contenido alguno de atribución patrimonial.

Según LACRUZ, no hay inconveniente en admitir que las disposiciones no patrimoniales puedan ser establecidas en la forma prevenida para los testamentos, y ello independientemente de si el instrumento contiene o no otras disposiciones patrimoniales, puesto que cuando la ley permite otorgar aquéllas en testamento (y a veces veda hacerlo en otro tipo

de negocio), lo que requiere es la forma testamentaria, y no la disposición de bienes; por otra parte sería injusto subordinar la validez de las determinaciones no patrimoniales a la existencia de un pequeño legado. Por ello, la definición del artículo 667 en sí no es inexacta y debe entenderse referida al testamento en sentido material.

Hoy además hay que tener presente el artículo 741 del Código civil, que después de la Reforma de 13 de mayo de 1981, nos dice que: “El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”. En similar orientación se manifiesta el párrafo 2.º del artículo 129 del Código de Sucesiones de Cataluña de 30 de diciembre de 1991, cuando establece en contra de la regla general de la revocabilidad de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias, lo siguiente: “En cualquier caso subsistirá el reconocimiento de hijos no matrimoniales”.

186

Ha venido el artículo 741 del Código civil, con esa redacción, a sentar posición legal en esta cuestión estableciendo que cabe reconocer un hijo en testamento aunque no contenga disposición de bienes. El Código llega además al extremo máximo al permitir que tal testamento “no contenga otras disposiciones”; no ya las de bienes, sino que no hace falta absolutamente ninguna otra, basta sólo con el reconocimiento.

El TS, ya en Sentencia de 22 de diciembre de 1964, había admitido validez y eficacia a un testamento que sólo contenía el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, sin hacerse disposición alguna de bienes, ni ninguna otra *mortis causa*.

Esta sentencia rechazó un recurso que pretendía que el citado testamento no era verdaderamente tal por no contener disposición de bienes para después de la muerte y limitarse solo al reconocimiento de un hijo. El Tribunal Supremo, en ponencia del magistrado VICENTE TUTOR, declaró:

“... como quiera que la jurisprudencia viene reconociendo como testamentos aquellos en que expresada la voluntad del testador se determine el reconocimiento de un hijo natural o el nombramiento de tutor, etc., aparece evidente que el de referencia debe calificarse como tal con toda la fuerza que le concede el artículo 741 del Código y no puede prosperar el recurso...”.

El indicado fallo del Supremo dio lugar a una muy interesante discusión doctrinal (hoy de menor interés práctico después de la reforma del art. 741), entre BELTRÁN DE HEREDIA y MARTÍNEZ CALCERRADA. El primero mantuvo un criterio contrario a la misma, y el segundo consideró acertada la doctrina del fallo.

Ciñéndonos a la postura de MARTÍNEZ CALCERRADA, se puede indicar lo siguiente: En cuanto a la literalidad del artículo 667 (definición legal de testamento), piensa este autor que se trata de un concepto de tipo enunciativo o simplemente indicativo. Es decir, se refiere al supuesto más normal en la mayoría de los casos, sin hablar de los requisitos esenciales para la validez del acto. Al no ser imperativo el precepto del artículo 667, la nota de patrimonialidad del testamento deja de ser indispensable. Pretender que el testamento debe contener, como elemento esencial, la patrimonialidad de sus disposiciones, es tanto como negar la facultad o capacidad de testar a las personas desprovistas de bienes o tanto como admitir que el ejercicio de las cualidades inherentes a la persona o las prerrogativas fundamentales del individuo dependen de que éstos tengan o no un patrimonio.

En resumen se puede afirmar que hoy con la reforma del artículo 741, es perfectamente admisible un testamento cuyo único contenido sean disposiciones no patrimoniales, y el reconocimiento de hijo extramatrimonial verificado en testamento notarial siempre es válido, ya se incluya en el mismo otras disposiciones patrimoniales o no, ya represente el único contenido testamentario.

El testamento, aunque su único contenido sean disposiciones de autoprotección, será válido. Mantenida su validez nos adentramos en el estudio si es conveniente o no su utilización en esta materia.

Tengo que reconocer que aunque existen autores tan prestigiosos como nuestro compañero ROMERO CANDAU que considera que el testamento “no tendría sentido y ni siquiera sería conveniente”, no veo problema en utilizar el testamento como documento que contuviere esas disposiciones de autotutela, incluso siendo éstas el único contenido del mismo.

El primer gran inconveniente que se achaca al testamento, si admite en su seno estas previsiones de autoprotección, es que no produce efecto hasta la muerte de su autor y por su propia evidencia, precisamente en ese momento de nada servirán ya las previsiones de autotutela, pues la muerte del testador implicaría la innecesidad de las mismas.

188

En efecto, en apoyo de este rechazo se indica, que el testamento es un negocio jurídico, es un precepto de autonomía privada dirigida a la reglamentación de una situación jurídica. El testamento, se dice, es la ley de la sucesión. Es, además, un negocio jurídico *mortis causa*, pues está llamado a la regulación de una situación jurídica que se producirá a la muerte de su autor.

Por el otorgamiento del testamento no se producen efectos jurídicos, ni se crean derechos o nacen obligaciones. Es con la muerte del autor cuando nace el momento en que se inician aquellos efectos.

Siguiendo estas últimas palabras podemos distinguir, una vez ya otorgado el testamento, los siguientes períodos: el *primero* que va desde el otorgamiento hasta la muerte de su autor, y el *segundo* que nace con el fallecimiento del testador. Veámoslos por separado.

1. Primer período, desde el momento de su otorgamiento hasta la muerte de su autor.

En esta etapa el testamento es un negocio jurídico perfecto en cuanto al sujeto creador del mismo y a ese tiempo habrá que estar para establecer si concurren los presupuestos de validez (capacidad, ausencia de vicios de la voluntad, etc.); pero en esa fase carece el testamento de relevancia externa tanto para los mencionados en él, como para los terceros no mencionados. Es decir, una vez otorgado el testamento, tiene frente a su autor plena virtualidad (siendo eso sí, esencialmente revocable), mientras que para la generalidad solo es relevante con la muerte del testador.

2. Segundo período, el que se inicia una vez fallecido el testador.

189

Es en este momento cuando el testamento adquiere carácter definitivo produciendo plenos efectos y se procederá, a apreciar: bien la existencia y capacidad de los llamados, para poder recibir el beneficio atribuido a su favor; bien la licitud del contenido testamentario; o bien a comprobar el cumplimiento de cuantos requisitos son necesarios para la plena validez y eficacia del mismo.

En frase gráfica, y como resumen, se puede decir que el testamento es un negocio jurídico perfecto desde el momento de su emisión, si bien tiene una eficacia deferida al momento de la muerte del testador.

Estamos de acuerdo con lo expuesto pero lo dicho hay que ponerlo en relación con el problema del contenido del testamento, del que ya hemos hablado, y en conexión con el principio de autonomía de la voluntad, en unión con las disposiciones testamentarias atípicas. Es evidente que las disposiciones sobre autotutela son disposiciones “atípicas” que no se desnaturalizan por su inclusión en un testamento. Creemos que esas disposiciones de autoprotección pueden estar

incluidas en el testamento, no quedando desnaturalizadas, incluso cuando sea su único contenido.

Llegados a este punto nos tenemos que plantear además los problemas de su publicidad y de su revocación.

a) *Publicidad.*

Uno de los inconvenientes que se ha opuesto al testamento es el que el contenido del mismo normalmente se conoce fallecido el testador, pues para saber cuál es su último testamento se precisa el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, que no se libra hasta transcurridos quince días desde la muerte del testador.

Estamos totalmente de acuerdo con CARLOS DE PRADA GUAITA cuando considera (aunque referido al supuesto del artículo 223 del Código civil, perfectamente adaptable a la hipótesis, de las previsiones de autoprotección), que los inconvenientes citados pueden ser superados de dos formas:

1.º Expidiendo copia autorizada del testamento para el propio testador en el momento de autorizarlo.

2.º Obteniendo en vida del testador incapacitado copia de su testamento. El artículo 226 del Reglamento Notarial permite en vida del otorgante obtener copia del testamento únicamente "al testador o a su apoderado especial". Es evidente que, al estar el testador incapacitado, no podrá éste solicitar la copia de su testamento, pero ¿podría obtener la copia que deberá ser referida a las disposiciones de autoprotección o autotutela la persona por él nombrado o el tutor por él designado?

El principio básico que informa la regulación del Reglamento Notarial en materia de expedición de copias y que se encuentra expresamente consagrado en su artículo 224, es el de la apreciación del interés legítimo de quien solicita del notario la expedición de una copia; y este principio es continuamente manejado por las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado en unos términos real-

mente amplios. Y en el supuesto que analizamos sin duda existe ese interés legítimo.

Es cierto que el artículo 226 contiene una clara excepción a dicho principio, limitando, en vida del testador la posibilidad de solicitar la copia de un testamento “al testador o a su apoderado especial” y que la persona nombrada o el tutor nombrado no puede ser considerado un apoderado especial a estos efectos, pero también es evidente que esa persona nombrada no actúa en su nombre, sino en nombre del testador (haya sido o no declarado incapaz, cuando la copia se solicite por el nombrado), y que precisamente una de las funciones de él es suplir la imposibilidad del incapaz de actuar por sí mismo, por lo que cuando actúa, es como si lo hiciese el testador. Además, el artículo 267 del Código civil reconoce al tutor la representación del menor o incapacitado, sin limitaciones, por lo que sólo tendrá las establecidas en el artículo 271, reformado por Ley Orgánica del Menor de 15 de enero de 1996, que sin duda no afectan al caso que analizamos.

191

Por tanto, siendo solicitada la copia en nombre del testador por quien por ley ostenta su representación y existiendo un interés legítimo del propio testador para obtener la copia, creo que cualquier argumento técnico que pueda alegarse en defensa de la denegación de la copia debería rechazarse (6).

(6) Aunque referidas a la organización de la tutela de descendientes incapaces, traemos aquí las palabras de Carlos de PRADA GUAITA, pues pueden servir de pauta y ser esclarecedoras en cuanto al punto en que estamos tratando, en cuanto dice: “Para dotar de una mayor garantía a la expedición de la copia, se podría solicitar al tutor que acuda al Juez que está entendiendo de la constitución de la tutela del hijo del testador, para que a través del Juez solicite la expedición de la copia, a fin de que se tenga una plena garantía de que la misma efectivamente se solicita únicamente para ser utilizada en el proceso de incapacitación del hijo del testador.

En cualquier caso, y como ya se ha dicho antes, es evidente que deberá tratarse de una copia parcial, que contenga únicamente las disposiciones no patrimoniales relativas a la tutela del hijo del testador, y que en el pie de copia deberán limitarse los efectos de la misma, haciendo constar que se expide para surtir efectos únicamente en el proceso de incapacitación del hijo del testador.

b) *Revocación.*

La cuestión que nos aparece en este apartado es la siguiente: ¿El otorgamiento de un testamento posterior implicará o no la revocación de las disposiciones que recogen las previsiones de autotutela en un testamento anterior?

Según el artículo 737 "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables...", por ello, en principio, puede afirmarse que todo el contenido testamentario es susceptible de revocación. Sin embargo, hemos de tener presente que revocables son sólo las disposiciones testamentarias que, por representar la voluntad eventual del testador, pueden ser alteradas por éste durante toda su vida, por la razón misma de su eventualidad.

La cuestión está en saber cuándo se trata de manifestaciones de voluntad eventual y cuándo no.

192 Como dice ALBALADEJO, lo que el artículo 737 quiere decir es que revocables son las disposiciones testamentarias *mortis causa* o de última voluntad, bien porque de por sí sean de última voluntad (como el nombramiento de heredero o legatario), bien porque las haga de última voluntad

Admitida la posibilidad expuesta, quedan todavía por resolver dos problemas más:

—1.º El primero es el siguiente: si el nombramiento de un tutor es un acto de última voluntad, y además, el testamento sólo surte efectos al fallecimiento del testador, en principio el testamento, viviendo el testador, no podrá producir efectos; pero no menos cierto es que, dadas las amplias facultades concedidas al Juez por la actual legislación, nada impedirá que éste pueda tener en cuenta, a la hora de constituir la tutela, las disposiciones tutelares de un incapacitado, ordenadas en testamento otorgado antes de su incapacitación.

—2.º El segundo problema es tener la seguridad de que el testamento que se entrega al Juez es el último otorgado por el interesado. En principio, la obtención de un certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad exige la presentación del certificado de defunción del testador. Sin embargo, el número 2.º del artículo 5 del Anexo Segundo del Reglamento Notarial permite expedir certificaciones «cuando las soliciten los mismos otorgantes, acreditando su personalidad, o mandatario con poder especial otorgado ante notario»; dada la similitud de este artículo con el contenido del artículo 226 del Reglamento Notarial, entiendo que lo dicho al estudiar este precepto cabe defenderlo también en cuanto a la norma contenida en el artículo 5 del Anexo."

su inclusión en el testamento. Y las disposiciones contenidas en el testamento no de última voluntad serán revocables o no, según que la de que se trate sea de por sí revocable o no.

El espíritu de este artículo 737 es que las disposiciones revocables sean las de “última voluntad” y puesto que el texto legal dice que lo serán las testamentarias, en la duda debe estimarse revocables las disposiciones contenidas en testamento, por presumirse que éstas al estar en un testamento son de última voluntad, salvo que: o un texto las declare irrevocables (como es el caso del art. 741), o se demuestre que se trata de una disposición cuya inclusión en un testamento no la hace de última voluntad eventual del otorgante.

Según LACRUZ, en general se consideran revocables las manifestaciones de una última voluntad eventual del otorgante, y además aquéllas que, hechas *inter vivos*, serían igualmente revocables. E irrevocables aquéllas que, siéndolo cuando se hacen *inter vivos*, se aprovechan de la forma testamentaria con objeto de facilitar el negocio (cuando éste exige un acto solemne, como el reconocimiento de hijo extramatrimonial) o mantenerlo en secreto, o simplemente conseguir puros fines de economía instrumental.

De lo expuesto, resulta lo siguiente: las normas de autotutela contenidas en un testamento, aunque no son de última voluntad, serán revocables por ser (por la propia razón de las cosas) esencialmente mudables. En efecto, nadie mejor que el propio otorgante para conocer si ha habido o no pérdida de confianza en relación a la persona nombrada en un testamento anterior. Por ello si en el testamento posterior nada se dice sobre la compatibilidad del nuevo y el anterior y no se salva expresamente de la revocación el nombramiento precedente, éste se entenderá totalmente revocado por el otorgamiento del testamento posterior, lo que no es más que la simple aplicación de la doctrina que se desprende del citado artículo 737 del Código civil.

Queda por contemplar en materia testamentaria, *¿qué clase de testamento puede contener y contemplar las disposiciones de autoprotección?*

Parece claro que no podrá ser testamento cerrado en ninguna de sus modalidades, ya que por su propia configuración haría inoperantes e ineficaces las previsiones de autotutela, pues el otorgante (art. 680 del Código civil) no revela su voluntad, con lo que cuando se produzca la apertura y protocolización del mismo, una vez fallecido el testador, aquéllas no podrán, por hipótesis, producir efecto alguno.

Tampoco parece adecuado el testamento ológrafo, pues no adquiere virtualidad hasta después de haberse efectuado su adverbación judicial y protocolización notarial, todo ello realizado necesariamente fallecido el testador, salvo el supuesto que hubiere dejado rastro en el Registro General de Actos de Última Voluntad por haberse remitido al mismo el parte reglamentario en los supuestos de haberse extendido el acta notarial de protocolización para evitar su extravío. No son hipótesis aceptables por razones obvias ninguno de los testamentos especiales (militar, marítimo, en aeronave), ni el otorgado en peligro inminente de muerte, ni en caso de epidemia.

Queda como único testamento que puede contener estas disposiciones de autoprotección el testamento abierto otorgado ante notario.

VIII. Documentos notariales distintos del testamento

De los demás documentos notariales nos parece aceptable en el ámbito del Derecho común, tanto la escritura pública como el acta de manifestaciones. Lógicamente estos instrumentos públicos tendrán normalmente como único contenido las disposiciones de autotutela, aunque nada impediría que éstas fueran una parte del documento, pero hay que reconocer que parece insólito encontrarse con ellas en un

documento notarial, en unión de otras de carácter distinto, pues lo normal será que el documento sea autónomo y referido nada más a recoger previsiones de autoprotección.

Esta posibilidad tiene un inconveniente, el de la **falta de publicidad**, por lo que el otorgante deberá comunicar la existencia del documento al nombrado como, llamémosle “protector”, parientes cercanos, etc. Para que acaecidos los hechos que hagan necesaria la protección del interesado, puedan adoptarse las medidas previstas en el instrumento público.

VENTOSO ESCRIBANO estudió con detenimiento y rigor este punto concreto, proponiendo, incluso, la coordinación entre el Registro Civil y el Registro General de Actos de Última Voluntad. Dice este autor lo siguiente: “Posiblemente esto haya de ser objeto de estudio en una futura reforma y lógicamente le corresponderá al Registro Civil dar cabida a estas previsiones. La reforma debe ser meditada, pues no creemos que sea fácil. En principio parece que de todo documento, testamentario o no, que contuviera disposiciones acerca de la tutela de los hijos se debería dar parte al Registro Civil, independientemente de que los testamentos también se dé razón al de actos de última voluntad.

195

De estas disposiciones se podría tomar nota en aquel Registro en el folio registral de la persona a quien se nombra tutor a fin de que, en el caso de que fuera necesario constituirle la tutela, se pudiera saber lo que el padre ha previsto en esta cuestión; como se trata de algo que puede no producir efectos (...) no sería necesario un asiento de inscripción y bastaría una remisión al protocolo del notario autorizante.

Parece que expuesto de este modo no debería de plantear dificultades, pero no es así y el problema, a nuestro juicio, puede venir de las revocaciones. En el caso de que el cauce formal utilizado fuera el documento público notarial, si se quiere revocar por el mismo conducto, lo normal es que el notario tenga conocimiento del documento a re-

vocar y lo lógico sería que en el Registro Civil se pudiera hacer constar todos los documentos otorgados, tanto los que prevean disposiciones tutelares como los que modifiquen o revoquen otros documentos anteriores.

Mayores problemas pueden presentar cuando la revocación se realice por vía testamentaria. En tal caso si se quieren hacer decaer las disposiciones otorgadas en anterior documento público notarial parece claro que el notario va a conocer que el contenido de aquel documento notarial era tutelar y se deberá enviar el parte correspondiente al Registro Civil. Ahora bien, en caso de que las disposiciones tutelares se hubieran otorgado en testamento hay que tener en cuenta que éste quedaría revocado por otro posterior del que posiblemente no se haya tomado razón en tal Registro Civil.

196

Quizá la solución en este último supuesto debería venir de la coordinación entre ambos Registros y, cuando las disposiciones tutelares hubieran tenido el cauce testamentario, la autoridad judicial debería obtener la pertinente certificación del Registro de Actos de Última Voluntad y a la vista de ello poder solicitar, en su caso, copia de los testamentos posteriores (aunque una copia del testamento es dudoso que pueda pedirla el juez, no creemos tenga tanta dificultad si es única y exclusivamente de los particulares pertinentes que pudieran afectar a las anteriores disposiciones tutelares y en cuanto a la posibilidad de obtener una certificación del Registro de Actos de Última Voluntad el artículo 5 del anexo citado señala que se pueden expedir certificaciones a petición de los jueces o tribunales “para asuntos del servicio expresando cuál sea”; una interpretación amplia de esta expresión podría posibilitar la certificación. No es el momento de hacer un tratamiento detallado de todos los problemas que se pueden plantear; basten las dudas expuestas para hacer ver la necesidad de un estudio sereno y detenido, pues el que sea normal o lógico que el notario llegue a conocer o intuir el documento a revocar no es una solución muy jurídica.

La Ley Catalana de 1996 en la nueva Disposición Adicional Tercera, establece por primera vez en España, y en el ámbito territorial de Cataluña, el Registro de Tutelas y Autotutelas en el que se inscribirán las delaciones que se hayan otorgado en uso de la facultad prevista en el artículo 5. Indicada esta última idea pasamos al estudio de la legalidad en el campo de la autotutela en Cataluña.

Cataluña.

En España la primera disposición en esta materia de autoprotección es la Ley catalana de 29 de julio de 1996, que modifica los artículos 4 y 5 de la Ley de 30 de diciembre de 1991 y añade una disposición adicional, la "Tercera".

Esta Ley merece un estudio detallado por la novedad fundamental que regula y porque ratifica todas y cada una de las ideas que hemos expuesto anteriormente para el resto de España. Es de tener en cuenta que esta normativa ordena y contempla solo una de los posibles supuestos de autoprotección, como es la hipótesis de autodelación de la tutela, pero no recoge, por ejemplo, los supuestos de otorgamiento de poderes, eutanasia pasiva, eutanasia lenitiva, etc.

Es verdaderamente esclarecedora su Exposición de Motivos o Preámbulo, pues nos muestra con toda nitidez cual es la oportunidad, el sentido y las necesidades que quiere cubrir. Aclara el Preámbulo que la presente iniciativa legislativa responde al aumento de la esperanza de la vida de la población, lo cual da lugar a un sobreenvjecimiento de las personas conducente a un incremento de patologías crónicas que pueden impedir el propio gobierno. Estas palabras recogen las ideas que hemos expuesto al principio de esta ponencia, en el sentido de que ciertas pandemias, el envejecimiento incesante y creciente de la población con las colaterales enfermedades tipo demencia senil o "Alzheimer", provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse, pueda cualquier persona

prever la regulación de aspectos tan variados de su existencia. Son estas ideas las que nos tienen que guiar en la comprensión del problema planteado, y aceptar soluciones amplias y generosas aunque ellas puedan chocar en su literalidad con algunas normas u orientaciones de derecho positivo.

Empieza el Preámbulo indicando que: "Las modificaciones introducidas por la presente Ley están inspiradas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas aquellas circunstancias que impiden que ésta se gobierne por sí misma". Estas palabras están inspiradas en el respeto a la autonomía de la voluntad, es decir, amparan y reconocen que ella es el poder concedido a la persona para poder normar sus propias relaciones y que la médula o el término que califica a la voluntad es la libertad.

198 Dentro de este marco de libertad, la Ley catalana de 1996, respeta y protege al ser humano en todas aquellas situaciones que afectando íntimamente a su ser, puede encontrarse previsiblemente en un futuro más o menos próximo, en circunstancias que le impidan gobernarse por sí mismo.

Acaba el Preámbulo aceptando, como no podía ser menos, que "dichos nombramientos no son vinculantes para el juez si se han producido nuevas circunstancias que cuestionan la idoneidad de la decisión personal tomada anteriormente". Estas frases reafirman el carácter no vinculante de esas autoprevisiones, reconociendo al juez su carácter de órgano superior de control y decisión en la constitución de la tutela.

Pasamos a estudiar el párrafo 1.º del artículo 5 de la Ley de 1996 que dice: "Cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley. El nombramiento puede ser impugnado por las

personas llamadas por ley a ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior". Veamos su propia literalidad.

1. *Cualquier persona.*

Estas palabras nos sugiere la cuestión de determinar qué edad se necesita para poder autonombrarse tutor.

Desde luego no se plantea problema refiriéndose a un mayor de edad plenamente capaz, la cuestión puede plantearse en cuanto a los menores de edad, pues la indicación de "cualquier persona" que utiliza la Ley de 1996 parece calculada para dejar la puerta abierta a la posibilidad de las disposiciones de autoprotección que pudiere hacer ante notario un menor, en aras a su autocuidado o a su autoatención.

199

¿Es ello posible? La verdad es que la solución no la consideramos fácil, pero en este punto de la autotutela no debemos los notarios cerrar la puerta sin más explicaciones, al revés creemos que más bien deberíamos aceptar, con todas las garantías posibles, esta posibilidad. Para ello debemos partir de los siguientes argumentos que nos brindan el Código civil y la propia Ley Catalana de 1996:

1.º Estamos en presencia de un derecho de la personalidad que el menor puede actuarlo, sin la representación legal de sus padres.

2.º El reconocimiento que hace la ley expresamente a las opiniones de los menores, por ejemplo:

— Artículo 207, párrafo 2.º del Código civil: "El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación".

— Artículo 211: "El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concede-

rá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

— 231 del Código civil: “El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.

— Artículo 18 de la Ley 30 de diciembre de 1991, de la Tutela e Instituciones tutelares de Cataluña: “1. La tutela es constituida por el juez con audiencia previa del tutelado, si tiene suficiente conocimiento y es mayor de doce años, de los parientes más próximos y de las personas que crea oportunas. 2. La autoridad judicial dará posesión del cargo al tutor nombrado.

200

— Artículo 1.263 del Código civil, reformado por la Ley Orgánica del menor de 1996: “No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los incapacitados”.

Todas estas normas son demostrativas, tanto en el ámbito del Derecho común como en el Derecho catalán, de la aceptación de las opiniones de los menores, y así, si el presunto incapaz puede comparecer ante el juez en el procedimiento de incapacitación, si no puede ser internado (salvo por razones de urgencia) sin el examen previo por el Juez, si para constituir la tutela será indispensable la previa audiencia del tutelado (si tuviere suficiente juicio), y si ha de ser oído en todo procedimiento judicial en que esté implicado, todo esto nos lleva a la siguiente pregunta, ¿por qué no permitir que pueda hacer declaraciones de autoprotección ante notario, para que queden plasmadas en un instrumento público, y que las mismas puedan ser apreciadas por el Juez, en un momento posterior?

Llegado a este punto nos planteamos la siguiente cuestión: *¿cuál será esa edad tope para poder realizar esas declaraciones de voluntad de autoprotección?* Pensamos que puede

tomarse como base la de los 14 años, y pensamos que puede ser esta edad, pues es la mínima que en España se determina para poder realizar un acto tan importante como es el testamento. En efecto, en los tres Cuerpos legales que en España regulan este punto (Código civil, Código de Sucesiones de Cataluña y Compilación de Navarra), todos fijan exactamente el mismo límite de edad, 14 años. (Véanse el artículo 662 del Código civil, el artículo 104 del Código de Sucesiones de Cataluña y la Ley 184 de la Compilación Navarra. Esta Compilación nos indica además, en su Ley 50 que: "... se consideran púberes los mayores de 14 años de uno y otro sexo".)

Esta edad creemos que debe ser aceptada, pues las normas de autoprevisión pueden ser modificadas por otra posterior, como expresamente prevé el inciso último del párrafo primero del artículo 5 de la Ley Catalana de 29 de julio de 1996 al decir que, "en caso de pluralidad sucesiva de designaciones prevalece la posterior". Estas palabras dejan claramente establecido el carácter esencialmente revocable de las previsiones de autoprotección, que son modificables *ad nutum* (es decir, sin causa que aparentemente lo justifique), y ello porque la voluntad de la persona cuando dicta normas de autoprotección, el contenido de ellas es simplemente eventual, como mera voluntad posiblemente cambiante. La persona, mientras vive y sigue siendo capaz, puede ordenar en cada fase de su vida las normas de futura autoprotección que tenga por conveniente. Por ello, al ser declaraciones que recogen una voluntad eventual, las mismas pueden ser cambiadas, modificadas en cualquier momento posterior, mientras el ordenante tenga capacidad para ello.

Las disposiciones que sobre su esfera personal hiciera un menor (CARPIO GONZÁLEZ), en aras a su cuidado o atención, en un testamento, podrían ser tenidas en cuenta por el juez, al igual que otras pruebas y consideraciones. Por todo lo expuesto, consideramos que lo mejor es no cerrar la puerta a esta posibilidad de disposiciones de autoprotección realiza-

das por un menor, mayor de 14 años, en documento notarial, pues en todo caso, el juez, como órgano superior, apreciará, calificará y decidirá sobre esas previsiones y constituirá la tutela, siempre en beneficio del tutelando.

2. *En previsión del caso de ser declarado incapaz.*

Esta frase significa que la persona que va a realizar los nombramientos ha de tener para ello, en el momento de hacerlo, la plena capacidad, lo que sólo hace que corroborar la regla general. Esos nombramientos han de estar causalizados, en el sentido de hacerse en previsión de una futura declaración judicial de incapacidad.

202

Ahora bien, lo que resulta indudable es que no es imprescindible acreditar la enfermedad, por el respeto a la intimidad del ordenante, y por no exigirse por la ley, sin perjuicio de tenerse en cuenta, en algún caso, para valorar la capacidad del otorgante. Parece que la enfermedad, en principio, ha de quedar en los motivos (expresos u ocultos) de tal otorgamiento.

3. *Puede nombrar uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar sustitutos de todos ellos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar.*

Caben, pues, previsiones simples y completas sobre cargos tutelares y normas de organización. Dependerá, claro es, de la personalidad del ordenante, y también de sus conocimientos jurídicos o técnicos. Aunque dependiendo del criterio del juzgador, podrían establecerse sistemas de tutela o curatela, atendiendo a la posterior evolución de la enfermedad o deficiencia. Sin embargo, no parecería serio el establecimiento de un límite temporal, a no ser que estuviera sometido a prescripciones o consideraciones médicas. Igualmente, parece poco lógico el establecimiento de sustituciones, al modo de relevos, por la naturaleza obligatoria del

cargo (incluso retribuido, en el caso del tutor, no así en el del protutor), a no ser, por ejemplo, que la sustitución obedeciera a motivos de edad o salud o fallecimiento del tutor, motivos razonables todos ellos.

4. *Pluralidad de designaciones.*

En caso de pluralidad sucesiva de designaciones prevalece la posterior, como indica expresa y nominalmente el último inciso del párrafo 1.º del artículo 5.

5. *En escritura pública.*

Es necesario resaltar que la legislación catalana ha considerado como único vehículo formal adecuado la “escritura pública”, con lo que se ha depositado en el notariado la garantía y fehaciencia de las disposiciones de autoprotección. La reforma de 1996 ha reforzado legalmente la consideración del notariado como garante de la recta expresión del otorgante.

En relación a los testamentos, la razón de que no deban de remitirse los partes de los autorizados, no es, creemos, porque no se considere vehículo adecuado para recibir estas declaraciones, sino porque ya tienen su remisión especialmente establecida al Registro General de Actos de Última Voluntad.

6. *Que los nombramientos realizados en escritura pública no sean impugnados.*

Según el inciso del párrafo 1.º del artículo 5: “... el nombramiento puede ser impugnado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado ...”.

De estas palabras puede deducirse a *sensu contrario* que si no han cambiado las circunstancias el juez no podrá cambiar los nombramientos (esto lo considero muy dudoso). La alteración de las circunstancias ha de ser apreciada por el Juez que apruebe los nombramientos tutelares, a instancia de los posibles tutores legítimos o del Ministerio Fiscal.

El valor “vinculante” del testimonio del sujeto sobre su propio “beneficio” no es absoluto, sino que depende del mantenimiento de las circunstancias que contempló al hacer la designación: fundamentalmente la actitud del designado y la confianza depositada en él. Suena esto, según dice CARPIO GONZÁLEZ, como la traducción al Derecho de Familia de la cláusula contractual *rebus sic stantibus*.

7. Publicidad.

204 Teniendo en cuenta la capital importancia de que sean conocidos los nombramientos o revocaciones establecidos en los instrumentos públicos, la Ley catalana de 29 de julio de 1996, ha tenido especial cuidado en regular expresamente el establecimiento de un Registro de Tutelas y Autotutelas, añadiendo a la Ley 30/1991 una Disposición Adicional “Tercera” que, por su gran importancia, transcribo literalmente:

“1. Se establece el Registro de Tutelas y Autotutelas, en el que se inscriben las delaciones de las que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el artículo 5.

2. A fin de poder inscribir las delaciones y a los efectos de designación de tutor, los notarios que autoricen escrituras en las que se procede a la designación o revocación de tutor, protutor o curador, establecida en el artículo 5, habrán de dirigir un oficio al Registro de Tutelas y Autotutelas indicando el nombre, apellidos, domicilio y documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en la misma se ha procedido a la citada designación o revocación, pero sin indicar la identidad de los designados. El juez competente ha de solicitar una certifica-

ción de las inscripciones que puedan constar en el Registro de Tutelas y Autotutelas con carácter previo a la constitución del correspondiente oficio protector y ha de dar cuenta de la misma al Ministerio Fiscal y a las otras partes que hayan comparecido.

3. Reglamentariamente se establecerán las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas.”

El Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 20 de noviembre de 1996, publica el Decreto 360/1996 de 12 de diciembre, que regula la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas.

Este Registro queda adscrito a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, y en él se inscribirán los nombramientos y las exclusiones, y su revocación, si procede, de las tutelas y otros organismos tutelares hechos en escritura pública, que no sea testamento ni codicilo, en uso de las facultades reconocidas para uno mismo o para el padre o la madre en el artículo 5 de la Ley 39/1991 de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares, modificada por Ley 11/1996, de 29 de julio.

El notario que ha autorizado la correspondiente escritura deberá remitir, dentro del plazo de tres días, comunicación al Decanato del Colegio Notarial de Barcelona, extendiendo nota en el instrumento respectivo.

En cuanto a los instrumentos públicos autorizados fuera de Cataluña, dice el párrafo 2.º del artículo 3 del Decreto de 12 de noviembre de 1996 que: “Los Notarios de otros Colegios y los Agentes Diplomáticos o Consulares de España en el extranjero pueden remitir a la Dirección General la comunicación citada en el apartado anterior. El Registro también podrá tomar razón de los actos otorgados fuera de Cataluña, en los cuales se haya procedido a deferir un cargo tutelar, mediante la presentación por parte de una persona con legítimo interés de una copia autenticada del documento que contenga este acto”.

En relación a su publicidad el reseñado Decreto de 12 de noviembre de 1996 dispone que: “el Registro facilitará los datos que en él consten, mediante certificación firmada por el Responsable del Registro, y el Visto Bueno del Director General de Derecho y Entidades Jurídicas, únicamente a los órganos judiciales en procedimientos dirigidos a la designación de cargos tutelares. La persona que ha otorgado la escritura también tiene derecho a obtener la certificación...”.

IX. Curatela

Voy a estudiar a continuación, a solicitud de los coordinadores internacionales, la curatela en el Derecho español, recogiendo la regulación actual.

206 Como introducción y para que sirva de encuadre a la institución, hay que indicar con carácter previo que en nuestro Derecho y atendiendo a la normativa vigente, el artículo 215 de nuestro Código civil establece que: “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizara, en los casos que proceda, mediante:

- 1.º La tutela.
- 2.º La curatela.
- 3.º El defensor judicial.

A estos hay que añadir:

- 4.º El Ministerio Fiscal (art. 299 bis).
- 5.º El guardador de hecho (arts. 303 y ss.).

En orden a la distinción de estas figuras y teniendo en cuenta todo lo señalado con anterioridad, hay destacar:

En cuanto a la **tutela**, que puede ser personal, real u ordinaria, la cual abarca ambos aspectos, se caracteriza por ser un órgano estable de actuación habitual; su finalidad esencial consiste en *suplir* la capacidad de obrar de quien carece de ella sin estar sometido a patria potestad. Están

sometidos a ella los menores no emancipados que por cualquier causa no están sometidos a patria potestad, y los incapacitados absolutos.

La **curatela** es un órgano estable de actuación no habitual; su finalidad no es la de suplir la capacidad de obrar, como ocurre con la tutela, sino la de *completarla* para aquellos actos en que la ley lo requiera (el sometido a curatela actúa por sí solo, aunque en ocasiones la ley exija además la intervención del curador). Y están sometidos a ella los pródigos, los incapacitados relativos y los menores emancipados y habilitados en edad en determinados casos.

El **defensor judicial** es un órgano no estable y de actuación intermitente que únicamente actúa en caso de que se produzca conflicto de intereses entre menores o incapacitados y sus representantes legales.

El **Ministerio Fiscal**, de acuerdo con el artículo 299 bis “cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un Administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida”.

Y por último, el **guardador de hecho**, no es un órgano tutelar ya que por definición no es la ley la que lo establece; sin embargo, la ley tampoco desconoce su posible existencia fáctica, sino que por el contrario lo toma en consideración como fuente de información sobre la situación del menor o presunto incapaz y de sus bienes con la finalidad de poder adoptar eventuales medidas de control y vigilancia.

Para un ordenado estudio de la institución de la curatela y ciñéndonos única y exclusivamente al régimen legal hemos de distinguir dos grandes grupos de normas:

— Las Disposiciones generales contenidas en los artículos 215 a 221 del Código civil.

— Las Disposiciones particulares sobre la materia contenidas en los artículos 286 a 298 del Código civil.

A) Disposiciones generales.

El primer Capítulo del Título X del Código civil contiene una serie de disposiciones generales para la tutela, curatela y guarda de menores e incapacitados. En esta normativa general, además de hacer una enumeración de las instituciones tutelares (art. 215), se contienen una serie de disposiciones que se pueden ordenar de la siguiente forma:

1. *Obligatoriedad y excusas.*

El artículo 216 establece en su párrafo 1.º que “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”. Conviene destacar dos cuestiones:

a) El párrafo 2.º de este mismo precepto, que fue introducido por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, señala que “las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código (como aquellas tendentes a asegurar la prestación de alimentos, evitar perturbaciones dañosas y cualquier otro perjuicio a los hijos menores de edad) podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos”. En definitiva, se viene a reforzar con ello esa salvaguarda de la autoridad judicial que establece el párrafo 1.º *in fine*.

b) Al considerarse la curatela como una institución que guarda cierto paralelismo o similitud con la patria potestad, y poder ser calificada como institución cuasi-familiar, hace que se produzca una confluencia de tres intereses, el individual, el familiar y el social o público, lo cual da lugar a que

la posición jurídica del curador se configure a la vez como un derecho y un deber, queriéndose expresar con ello que el ejercicio del derecho no es más que el cumplimiento del deber y viceversa. En este sentido el artículo 217 establece que “Sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos”. La redacción de este precepto parece darnos a entender que nos encontramos ante un sistema de *numerus clausus* en cuanto a las excusas admisibles, y que por lo tanto la ley las prevé taxativamente para cada uno de los cargos. Sin embargo, el artículo 251, relativo a la tutela, pero que es aplicable a la curatela y al defensor judicial por las remisiones de los artículos 291 y 301 respectivamente, al hacer la enumeración de las excusas concluye con una fórmula amplia y residual poco coherente con el sistema de *numerus clausus*: “cualquier otra causa” fijando como único módulo el que tales razones “hagan excesivamente gravoso el ejercicio del cargo”, lo cual nos permite concluir que la enumeración del artículo 251 está hecha de un modo genérico y abierto.

2. *Retribución e indemnización.*

Según el artículo 220 “La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento”.

Entiende LACRUZ que los requisitos necesarios para que la indemnización de daños y perjuicios sea satisfecha con cargo a los bienes del tutelado, son los siguientes:

1. Que los daños y perjuicios sean consecuencia del ejercicio de la función tutelar.
2. Que se produzcan sin culpa de quien la ejerce y los padece.
3. Que no pueda éste resarcirse por otros medios (por ejemplo, el cobro de un seguro).

4. Que haya bienes suficientes en el patrimonio del tutelado después de atender las necesidades más perentorias de éste.

Un interesante problema que se nos plantea en la interpretación de este precepto al ponerlo en relación con la curatela es determinar si ésta puede ser retribuida. A diferencia de lo que ocurre con la tutela, cuyo artículo 274 reconoce expresamente ese derecho de retribución, nada dice el Código respecto a la curatela y al defensor judicial, ya que la remisión de los artículos 291 y 301 se limita al nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción. La mayoría de la doctrina acudiendo a la analogía (art. 4.1 del Código civil) y a la amplitud de facultades que se le conceden al juez, considera que éste podrá fijar en la resolución del nombramiento una retribución al curador.

3. *Prohibiciones.*

Dispone el artículo 221:

“Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

1.º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.

2.º Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3.º Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.”

Se trata de una serie de prohibiciones generales y absolutas, ya que no vienen referidas únicamente a tutor sino a cualquier cargo tutelar y porque ni siquiera con autorización judicial podrá actuar válidamente aquel que obste cargo tuitivo.

4. *Inscripción.*

La Sección 4.^a del Registro Civil está destinada a las “Tutelas y Representaciones Legales” (art. 33 de la Ley del Registro Civil), aunque esta ley se refiere al régimen de tutela anterior a la Ley del 83, su Reglamento ha sido reformado con posterioridad a ésta por el Real Decreto de 29 de agosto de 1986, estableciendo en su artículo 283 que “son objeto de inscripción los cargos tutelares o de la curatela, sus modificaciones y las medidas judiciales sobre guarda o administración, o sobre vigilancia o control de aquellos cargos”.

El Código civil tras la Reforma del 83 dispone:

Artículo 218. “Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil.

Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones.”

Artículo 219. “La inscripción de las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, se practicará en virtud de la comunicación que la autoridad judicial deberá remitir sin dilación al Encargado del Registro Civil.”

Se deduce por tanto, de esta regulación legal, que la eficacia de estas inscripciones radica en su inoponibilidad a terceros. Un problema interesante es el de determinar si el adquirente del menor o incapaz puede resultar beneficiado por la falta de inscripción del cargo tutelar. La solución debe ser indudablemente negativa ya que la adquisición estaría viciada por nulidad relativa o anulabilidad (art. 1.301 del Código civil) o por nulidad absoluta, incluso inexistencia, si hay una ausencia total de consentimiento (art. 1.261 del Código civil) y no tiene sentido que el acto anulable, nulo o inexistente quede purificado por esa falta de inscripción, aun cuando esta adquisición accediera al Registro de la Propiedad, ya que en este caso sería aplicable el artículo 33 de la Ley Hipotecaria (“La inscripción no convalida los actos o

contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”) y no el artículo 34 del mismo texto legal que recoge el principio de la fe pública registral y la protección al tercero hipotecario.

B) Disposiciones particulares.

Entrando ya en el examen especial de la curatela, contenida en los artículos 286 a 298 del Código civil, hay que señalar como primera idea que esta regulación legal no se ha visto afectada por las últimas reformas de 1987 y 1996, y por tanto la redacción de estos artículos data de 1983.

Para un ordenado estudio de este régimen especial, vamos a distinguir los siguientes aspectos: concepto, supuestos en que procede y sus respectivos efectos, para concluir con un régimen general aplicable a todos ellos.

1. Concepto.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA definen la curatela como un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adición o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo. Completa este concepto LETE DEL RÍO al señalar que la curatela es, igual que la tutela, un cargo y constituye un deber el asumirla, que no es renunciable sino cuando concurra causa legal de excusa; pero que, a diferencia de la tutela, no es retribuido.

De este concepto se deduce con una claridad meridiana que el sujeto a curatela, se trate de un emancipado, pródigo o incapacitado, puede actuar por sí, teniendo él la iniciativa de la gestión, si bien necesita que su capacidad (incompleta o deficiente) sea complementada mediante la asistencia del curador en determinados supuestos.

2. *Supuestos en que procede y efectos.*

Los artículos 286 y 287 del Código civil establecen lo siguiente:

Artículo 286. “Están sujetos a curatela:

1.º Los emancipados cuyos padres fallecieran o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.

2.º Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.

3.º Los declarados pródigos.”

Artículo 287. “Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.”

De estos dos preceptos podemos deducir los supuestos en que procede el nombramiento de curador, que se pueden agrupar de la siguiente forma: curatela de los emancipados y beneficiarios de la mayor edad (lo que antes era la patria potestad o tutela residual); curatela de los incapacitados relativos; y curatela de los declarados pródigos. Vamos a continuación a examinar cada uno de estos supuestos por separado.

a) Curatela de los emancipados y beneficiarios de la mayor edad.

En principio y dado que el número 1 del artículo 286 no hace distinción alguna, hemos de incluir a todos los emancipados con independencia del origen de la emancipación, bien se haya producido por el matrimonio del menor, por concesión de quienes ejerzan la patria potestad o por concesión judicial (art. 314 C.c.), siempre que el padre y la madre hubiesen fallecido antes de llegar el hijo a la mayoría de edad.

Supuesto más discutible es el del *emancipado de hecho* a que se refiere el artículo 319 al establecer que se “reputa

para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento". Algunos autores como GARCÍA CANTERO consideran que debe ser indudablemente incluido dado los términos claros del artículo 319 al establecer que se reputará para todos los efectos como emancipado. Sin embargo, otros autores como LETE DEL RÍO, se inclinan por la solución contraria al entender que si la patria potestad quedara extinguida, quedaría con ella extinguida la posibilidad de revocación de esta situación, y con ella el sometimiento a curatela.

Respecto a los que obtengan el *beneficio de la mayor edad*, al considerarse ésta como la emancipación concedida por el juez al sujeto a tutela mayor de dieciséis años (art. 321), también quedará sometido a curatela con la misma amplitud en cuanto a las facultades del curador que los supuestos anteriores y que pasamos a examinar a continuación.

La función-deber del curador en todos estos casos es *asistir* (prestando su consentimiento) al menor emancipado o al habilitado de edad en aquellos actos en que la ley lo exigiere o más concretamente, como dice el artículo 288, para aquellos actos que los menores no puedan realizar por sí solos. Tales actos son, conforme a lo dispuesto en los artículos 321, 323 y 324, tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. Simplemente reiterar que en todos estos casos, el curador sólo interviene a falta de ambos padres.

b) Curatela de los incapacitados relativos.

De acuerdo con lo señalado por el artículo 287 que antes vimos, también están sometidas a curatela:

— Las personas mayores de edad que sean incapaces (ya que los menores de edad quedarían sujetas a patria potes-

tad prorrogada y sólo excepcionalmente a tutela) que por su grado de discernimiento la sentencia por la que se declara la incapacidad considera que no procede someterlas a tutela.

— Aquellas otras que habiendo sido declaradas judicialmente incapaces y haber sido inicialmente sometidas a tutela, también por su grado de discernimiento, procede la modificación o sustitución de la institución de guarda y protección, lo cual deberá hacerse necesariamente mediante resolución judicial (art. 287 en relación con el art. 212 que expresamente contempla esta posibilidad).

En ambos casos, es presupuesto necesario, dado el sistema seguido por el Derecho español en esta materia, que se produzca una declaración judicial de incapacidad. Tras la reforma de 1983 y según el artículo 200 del Código civil, las únicas causas de incapacitación son “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Supone, por tanto, simplemente el constatar un hecho como es la falta de capacidad natural (o pérdida de las condiciones psíquicas adecuadas), lo cual sólo puede ser hecho por la autoridad judicial competente a través de la correspondiente sentencia (art. 199 Código civil). Hay que distinguir, por lo tanto, dos momentos, antes y después de la declaración judicial.

a) *Antes de la declaración judicial* se presume la capacidad natural de la persona, si bien sus actos son susceptibles de impugnación por falta de consentimiento o de discernimiento, lo cual deberá ser probado.

b) *Después de la declaración judicial*, los actos del incapacitado son nulos o anulables, según el carácter de la declaración; es decir, después de la declaración judicial desaparece la presunción *iuris tantum* de capacidad.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la restricción de la capacidad de obrar de los menores de edad, la cual es idéntica para cualquiera que se encuentre en esa situación, los declarados judicialmente incapaces, tienen una

capacidad de obrar que puede ser objeto de gradación. Así lo establecen tanto el artículo 210 del Código civil cuando señala que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”, como el artículo 212 al establecer que “la sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”. De ahí que la persona menor de edad, hasta que alcanza la edad de dieciocho años, se encuentra siempre sometida a la autoridad de sus padres o tutor; en cambio, el declarado incapaz puede estar sujeto a tutela o a curatela, lo cual dependerá de su grado de discernimiento, ya que en la tutela se trata como ya señalamos de suplir esa falta de capacidad de obrar, mientras que en la curatela únicamente hay que completarla.

Como dice LETE DEL RÍO, es éste uno de los puntos de acierto de la reforma de 1983; pues la posibilidad de gradación de la incapacidad, según el grado de discernimiento de la persona, y de jugar con las dos instituciones (tutela y curatela), evitará la trágica disyuntiva anterior de optar rígidamente entre capacidad e incapacidad total.

En cuanto a las *facultades o funciones que le corresponden al curador*, de acuerdo con los artículos 289 y 290 del Código civil, pueden ocurrir dos supuestos:

— Bien que la sentencia de incapacitación y sometimiento a curatela diga expresamente para qué actos necesita el incapaz la asistencia del curador, en cuyo caso no se plantean problemas desde el punto de vista práctico.

— O bien que dicha sentencia no especifique los actos en que es necesaria la intervención del curador, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 290, éste deberá intervenir y completar la capacidad en los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial. Es decir, nos remite al

artículo 271 del Código civil, el cual establece que “el tutor necesita autorización judicial:

1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.

9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.”

Otro problema interesante que conviene citar en relación a la remisión que hacen los artículos antes citados al régimen de la tutela, es el determinar para el caso de que exista un *conflicto de intereses entre el curador y el incapaz* y sea necesaria la intervención del defensor judicial, si éste estaría sometido o no al requisito de la previa autorización judicial. Hay autores que defienden la postura negativa, basándose en que al ser una norma excepcional y limitativa de derechos debe ser interpretada restrictivamente y no aplicarla a supuestos que no están expresamente previstos en el

Código civil. Sin embargo, me parece más acertada la tesis contraria (la que considera que sí debe obtener esta autorización judicial) ya que el sustituto (el defensor judicial) parece lógico que esté sometido a los mismos requisitos que el sustituido (el curador).

c) Curatela en los casos de prodigalidad.

La prodigalidad, como tal, ha dejado de ser una especie de estado civil de incapacitación; ahora bien, en la actual regulación legal, nos encontramos, junto a la incapacitación por enfermedad física o psíquica (art. 200 Código civil), el *status* de declarado pródigo, que el Código civil no describe.

Lo que sí que establece el Código es el régimen jurídico de ésta declaración (arts. 294 a 296) así como los efectos por su sometimiento a curatela (art. 298):

218 — En cuanto al régimen de la *declaración*, establece el Código lo siguiente.

Artículo 294. “Podrán pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no lo pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.”

Artículo 295. “La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio.”

Artículo 296. “Cuando el demandado por prodigalidad no compareciere en el juicio, le representará el Ministerio Fiscal, y, si éste fuera parte, un defensor nombrado por el juez, sin perjuicio de lo que determina la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los procedimientos en rebeldía.”

— Respecto al *régimen* propiamente dicho de sometimiento a curatela, tenemos:

Artículo 297. “Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa”.

Artículo 298. “La sentencia determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador.”

Prescindiendo de antecedentes históricos de esta figura, conviene destacar en cuanto a su FUNDAMENTO, que hoy no cabe hacer una equiparación entre el pródigo y el enfermo mental. Desde luego, como señala LETE DEL RÍO, *pródigo* no es un concepto ni síntoma psiquiátrico técnico. La prodigalidad puede darse, no obstante, como síntoma principal en psicópatas expansivos o hipertímicos (trastorno de la personalidad consistente en una gran actividad psíquica y motora, con escasa reflexión sobre intenciones y consecuencias de sus actos), y en las fases y estados maníacos de la psicosis maníaco-depresiva, así como también en algunas formas histéricas.

Tampoco tiene viabilidad la tesis que pretenda encontrar el fundamento de la prodigalidad en la idea de protección de la comunidad o del pródigo mismo, ya que de acuerdo con el actual artículo 294, podrán pedir la declaración de prodigalidad “el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos...”, los representantes legales y si éstos no lo hicieran, el Ministerio Fiscal. Si el interés jurídicamente protegido fuera el de la comunidad o el del presunto pródigo, el Ministerio Fiscal podría actuar siempre de oficio, requiriendo su incapacitación.

Hay autores como O'CALLAGHAN que mantienen la tesis de que la prodigalidad es una institución destinada a *proteger las legítimas*. Esta tesis debe ser compartida sólo parcialmente, ya que la verdadera *ratio* de la prodigalidad es abrir un cauce procesal a la familia del pródigo como medio para lograr hacer eficaz la vinculación del patrimonio al cumplimiento de una serie de prestaciones de índole económica, como son el derecho de alimentos entre parientes, el levantamiento de las cargas del matrimonio, etc., como defiende el citado LETE DEL RÍO.

En base a todo esto, y a la vista de sentencias del Tribunal Supremo como la de 23 de marzo o la de 18 de ma-

yo de 1962, podemos **definir** la prodigalidad como aquella conducta socialmente condenable de la persona que de modo habitual pone en riesgo injustificado su patrimonio, en perjuicio de su familia más íntima (cónyuge, descendientes y ascendientes).

De esta definición podemos deducir los principales **caracteres**, que señalan tanto LACRUZ como LETE DEL RÍO:

— Ha de tratarse de una *conducta habitual*. La sentencia del TS de 25 de marzo de 1942 así lo establece al señalar que “toda vez que los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados o puramente circunstanciales, no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad”.

— La conducta debe ser *socialmente condenable*. Ha de ser una persona dilapidadora de sus bienes de forma desproporcionada con sus posibilidades y sin ninguna finalidad ventajosa para él o su familia. Sin embargo, no se puede calificar como tal el realizar un negocio arriesgado o una mala administración, salvo que los medios empleados o los fines perseguidos sean irracionales. Con gran precisión la Sentencia de 19 de junio de 1915 señaló que no hay que atender a la mayor o menor moralidad o licitud del acto, sino el que se haya realizado de una manera arbitraria o caprichosa, sin otro objeto o finalidad que la irracional complacencia que pueda producir en el espíritu de quien los ejecuta, por lo que declaró *inaplicable el concepto de pródi-go* a un hombre casado que favoreció con muy importantes donativos a su manceba, guiado por el propósito de asegurar la subsistencia y el porvenir de los hijos adulterinos que de ésta le nacieron, pero que también los había hecho a una hija legítima, y, por otra parte, no sólo no había disminuido su fortuna, sino que la había aumentado considerablemente.

— La conducta ha de crear un *riesgo injustificado* para el patrimonio.

— Y, por último, debe causar un *perjuicio a su familia más íntima* (cónyuge, descendientes y ascendientes en los términos que establece el Código civil).

3. *Normas comunes a los tres supuestos.*

Los tres supuestos de curatela que acabamos de examinar tienen una normativa común que se contiene en los artículos 291 a 293 del Código civil.

El artículo 291 establece que “Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

No podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados”.

Esta remisión general al régimen de la tutela plantea algún problema cuando se trata de aspectos no determinados en este precepto; por ejemplo, como señala LACRUZ, ¿se incluye en el termino “nombramiento” todo el régimen de la delación del tutor?, ¿puede ser curador una persona jurídica?, ¿es aplicable el régimen de cuentas, control judicial, etc...?, ¿y el de retribución? A tal efecto y en orden a resolver estos problemas, habrá que estar, en primer lugar, a lo que *establezca la sentencia* que declare la prodigalidad y establezca qué actos no puede realizar el pródigo sin el consentimiento del curador. En lo demás, al no contener el Código un régimen específico, se acudirá a la tutela dada la remisión que hace el artículo 291, salvo lo específicamente relativo a la esfera personal (por ejemplo, el art. 269, salvo rendición de cuentas, en su caso).

La única diferencia se encuentra en la referencia especial que se hace a los quebrados y concursados no rehabilitados. Sin embargo, tal diferencia como tal no existe ya que, el artículo 244,5 recoge este supuesto pero referido únicamente al tutor que lo sea de la persona, y dado el concepto de curatela ya visto, podemos concluir que ésta no existe, y por tanto tampoco existe diferencia.

Por su parte, el artículo 292, al poner en relación la tutela y la curatela, señala que “si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el juez disponga otra cosa”. Esta norma supone simplemente una aplicación más concreta de lo establecido en el artículo 212 donde se permite que sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, y por tanto el sometimiento a tutela o curatela, según proceda.

Por último, el artículo 293 establece un régimen sancionador y señala que “Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código”. El Código mantiene el mismo tratamiento para los actos realizados entre la demanda y la sentencia al decir el artículo 297 que “Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad, no podrán ser atacados por esta causa”.

X. Poderes de autoprotección

Vamos a estudiar ahora, en materia de autoprotección, la posibilidad y la conveniencia o no de que una persona capaz, en previsión de una enfermedad degenerativa y de su posible evolución clínica, pueda otorgar poderes, en términos más o menos expresos y amplios, a favor de la persona de su confianza que, en su nombre, pueda realizar aquellos actos y negocios que, por su estado no podría otorgar o le resultarían dificultosos o incómodos.

Una de las instituciones jurídicas más útiles y adaptable a cada necesidad concreta del ser humano es la representación, pues permite obviar las limitaciones que la naturaleza

ha puesto al hombre. Mediante la representación voluntaria el hombre es ubicuo: puede actuar al mismo tiempo en varios sitios, estar jurídicamente presente en lugar distinto de donde se halla físicamente, y además es un mecanismo por el cual los actos realizados por un sujeto recaen sobre otro como si éste fuera su autor. El negocio jurídico por el que se confiere la representación voluntaria es el denominado comúnmente poder, o más propiamente apoderamiento, pues el término "poder" conviene más al resultado que al acto.

En el Derecho español, al igual que en la generalidad de los ordenamientos jurídicos europeos, la representación se contempla como una institución de una gran importancia práctica, por potenciar las posibilidades de actuación de las personas físicas y jurídicas, pero también como una institución de una gran complejidad que ha motivado una viva discusión doctrinal en torno a su esencia.

Siguiendo a DE LA CÁMARA, de forma muy esquemática cabe señalar la cuestión de si *¿la representación es aplicable o no exclusivamente al negocio jurídico?*

Para la doctrina clásica, cuyo origen se encuentra en los pandectistas alemanes y que se ha visto consagrada positivamente en el BGB la representación es un capítulo más de la teoría general del negocio jurídico. Se califique al representante como "portador de la voluntad" (SAVIGNY) o como autor de la declaración (IHERING) lo cierto es que quedan fuera del ámbito de la representación los actos no negociables. Esta posición se ha visto fuertemente impugnada en la *doctrina española* que admite, con clara mayoría que el ámbito de la representación es mucho más amplio ya que *comprende todo el campo de la autonomía de la voluntad*. La representación es un supra-concepto de la Teoría General del Derecho, aplicable a todas las disciplinas jurídicas (Derecho Procesal, Administrativo, Derecho Internacional) y comprensivo de toda clase de actos jurídicos incluso los no negociales, con la única excepción de los actos y negocios de carácter personalísimo, como el testamento.

Otro apartado importante en esta materia es el siguiente: ¿Es de esencia en la representación el que el representante actúe en nombre ajeno?

Con apenas diferencias de matiz, hay acuerdo entre los autores en que la esencia de la representación consiste en la intervención de una persona en la esfera jurídica de otra, con el carácter de ayuda o colaboración.

En materia de autoprotección parece evidente que la actuación en nombre ajeno es de *esencia* en la misma. No cabe, creemos otra forma de actuar. Estaremos *siempre ante un supuesto de representación directa*.

En la representación directa el representante actúa en nombre y por cuenta ajena, de forma que los efectos del acto o negocio recaen exclusiva e inmediatamente sobre el representado, como si él mismo lo hubiese celebrado.

224 De esta forma el apoderado en este supuesto actúa en nombre del representado (*del dominus*), a través de la previa autorización o poder que el interesado de forma libre y espontánea le ha concedido. El poder no es más que aquel acto de voluntad del representado (declaración unilateral recepticia), que atribuye al representante la facultad de actuar en su nombre. El poder no es más que un mecanismo de legitimación, que justifica las facultades representativas del representante. Así entendido el poder es una fuente de legitimación que puede provenir de la ley (representación legal) o de la voluntad del representado (representación voluntaria), que es precisamente el supuesto que nos ocupa en el campo de la autoprotección.

Por ello, la esencia de todo negocio está como hemos indicado, en la voluntad, y es a través de la representación, es a través del poder, la forma de delegar nuestra facultad de querer y encomendar a otro la declaración de voluntad para que ésta produzca los efectos jurídicos trascendentales queridos por el poderdante en previsión de su posible futura incapacitación física o jurídica.

En cuanto a los poderes de autoprotección otorgados en previsión de esa futura incapacidad, la primera cuestión es la de determinar la capacidad exigible al poderdante en el momento de su concesión. En este punto la solución no debe ser distinta al otorgamiento de otro poder, es decir, en el momento del acto de concesión el poderdante debe tener la capacidad general para contratar y obligarse, debiendo el apoderado, al realizar los actos de ejercicio del poder, colmarlos con las autorizaciones o complementos que pudieran ser necesarios.

Para poder comprender la situación y vigencia de estos poderes hay que distinguir con toda claridad entre incapacidad e incapacitación judicial y causa o motivo del otorgamiento del poder.

a) Incapacidad.

Es una circunstancia de hecho que priva al sujeto del conocimiento necesario para formar una voluntad verdaderamente libre, y es, por tanto, variable en extensión y duración. El alcohol, las drogas, la fatiga extrema, ciertos estados emocionales, pueden, por ejemplo, ser causas de incapacidad en un momento determinado.

b) Incapacitación.

Es en principio un *status* derivado de unas circunstancias de hecho que requieren una declaración del órgano judicial competente.

c) Causa o motivo del otorgamiento.

Los poderes a los que nos estamos refiriendo son poderes en los que la causa del otorgamiento es la enfermedad que puede afectar al poderdante. En estas hipótesis la relación de confianza que siempre ha de mediar entre apodera-

do y poderdante cobra mayor fuerza y la base de su concesión es justamente esa futura situación de necesidad, para que sea en ella cuando deba ejercitarse. ¿Por qué no admitir que el poderdante pueda en el acto de concesión prevenir su futura situación y explicar que tal es la causa que le lleva a su concesión?

Estamos ante unos poderes (llamémosles *causalizados*), que deberían subsistir vigentes en todo el espacio de tiempo que va desde la incapacidad de hecho hasta la declaración judicial de incapacidad. Con otras palabras, se puede decir que son poderes que producen efectos inmediatos y continuarán hasta la incapacitación judicial. Como dicen acertadamente DE BRANDI y LLORENS, en el poder que se propone las consecuencias del acto se imputarán a quien es persona. El hecho de que ésta padezca de una incapacidad de hecho, o de una limitación en sus facultades, no es óbice para que sea el destinatario de los actos que realizó durante su capacidad. No olvidemos que la capacidad se puede recobrar.

En efecto, creemos que es aquí donde estará la utilidad de estos apoderamientos, que no son más que disposiciones de autoprotección, y esta utilidad será la de continuar hasta que judicialmente se cambie el *status* del apoderado, pues a partir de ese momento deberán cumplirse las previsiones judiciales.

En nuestro Derecho, concretamente en el ámbito del Código civil se planteó con motivo de la reforma por la Ley 6/1984 de 31 de marzo que tuvo como finalidad borrar cualquier referencia que en dicho Código apareciera en relación a la interdicción civil. Como consecuencia de esa finalidad fue modificado el número 3.º del artículo 1.732, en el que se suprimió como causa de extinción del mandato la interdicción del mandante o del mandatario.

Antes de dicha reforma el citado núm. 3.º del artículo 1.732 recogía entre las causas de extinción del mandato (junto a la muerte, quiebra o insolvencia) la interdicción del man-

dante o el mandatario. Después de la indicada reforma de 1984 fue posición de la doctrina española, siguiendo los precedentes del precepto que estaban en el proyecto del Código civil de 1851, de GARCÍA GOYENA, el considerar que se empleaba la palabra “interdicción” en ese artículo 1.732, en un sentido amplio como equivalente, además, a incapacitación judicial.

Esta idea de la doctrina se ha visto ratificada por la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996, que recogiendo la expresada opinión, reforma nuevamente el número 3.º del artículo 1.732 que en la actualidad queda redactado como sigue: “El mandato se acaba... por muerte, *incapacitación*, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario”. Como consecuencia de esta última modificación parece que la declaración judicial de incapacitación debe de implicar la extinción del mandato y del poder.

227

Como dice ANA VICTORIA GARCÍA-GRANERO, de lo dispuesto en el Código civil se desprende que el poder quedará extinguido de pleno derecho por la incapacidad del poderdante. El citado artículo 1.732 del Código civil, como hemos visto, así lo dispone taxativamente. Aunque el precepto está referido al mandato hay que acudir a la regulación de éste, ya que como dice Díez-Picazo, al regular el mandato, nuestro ordenamiento jurídico establece lo que podíamos llamar la disciplina normativa propia de una relación jurídica representativa. Por eso, aunque la representación encuentre su fundamento en una relación de gestión distinta del mandato hay que aplicarle a ella, esta disciplina jurídica típica.

Además nuestro Código civil parece seguir también esta orientación de extinción de los poderes, en el artículo 183. En efecto, en materia de autotutela puede atisbarse la autoprotección concretamente en materia de ausencia, cuyo parecido con la incapacidad (el ausente es un incapacitado de hecho), es notoria. Según el citado artículo 183 del Código

civil: "Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia: Primero. Pasado un año desde las últimas noticias o a falta de éstas, desde su desaparición si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes. Segundo. Pasados tres años si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes". Durante esos dos años siguientes al primero, bien podemos ver un defensor del ausente nombrado por él mismo. Acaba diciendo la norma que inscrita en el Registro Central la declaración de ausencia quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente.

Según ROMERO CANDAU si la declaración de ausencia produce este efecto sobre los poderes generales concedidos es por que late en el legislador la consideración de que el ausente (precisamente por la situación en que se encuentra), ya no puede velar por sus derechos y tal obligación compete a su administrador: la ley no atribuye a éste la facultad de revocar tales poderes, sino que los considera automáticamente extinguidos, porque desde que se declara la ausencia, los actos de administración o disposición de su patrimonio han de someterse a un riguroso control que podría verse burlado si el poder se estimara subsistente. Además la ley declara extinguidos los poderes, por ejemplo, en los casos de nulidad, separación o divorcio (arts. 102 y 106 del Código civil) para el poderdante casado con el apoderado; también en los supuestos de quiebra o insolvencia, y todo ello sin que sea preciso previamente la decisión unilateral de revocar.

En el poder genuino, la revocabilidad se convierte en una nota característica. No cabe duda que para ello se requiere plena capacidad. Si se sostiene la subsistencia del poder después que el poderdante haya sido declarado judicialmente incapaz, desaparece la garantía de la revocabilidad, que, de ordinario, está siempre en la base de la concesión de un poder. En consecuencia, me inclino por considerar que cuan-

do el poderdante pierde definitivamente la opción de revocar por sí el poder conferido porque sea declarado judicialmente incapaz, ha de entenderse automáticamente extinguido el poder.

Podría sostenerse que, por esta última argumentación, la misma conclusión ha de seguirse para los disminuidos psíquicos que todavía no estén incapacitados judicialmente. Pero sostener que el poder pierde su vigencia en este supuesto haría prácticamente inútil la figura del apoderamiento voluntario.

En realidad, el disminuido no incapacitado judicialmente tiene la protección que el ordenamiento le proporciona para los actos realizados en su nombre, sea directamente o por medio de apoderado. Se trata, con carácter general, de la doctrina del guardador de hecho y, con carácter más particular, de la acción de anulabilidad por falta de discernimiento, que habrá de ejercitar acto a acto, porque es lo cierto que, salvo que medie la oportuna incapacitación judicial, ha de prevalecer la presunción general de capacidad.

La idea que se desarrolla a continuación es la de si el nombrado apoderado (mandatario), una vez producida la incapacidad de hecho del *dominus*, ¿se convierte en *guardador de hecho* del poderdante o mandante, en el espacio de tiempo que medie desde la incapacidad de hecho hasta la declaración judicial de incapacidad?

Hay que tener presente que en el caso que estamos contemplando, el que puede llegar a ser “guardador de hecho” no es una persona que empieza a actuar *ex novo*, sino que fue nombrado representante voluntario por el que ha devenido incapaz, por la evolución, por ejemplo, de la enfermedad degenerativa que precisamente tuvo presente el poderdante o mandante cuando otorgó su representación y fue esa previsión de la enfermedad la que causalizó su otorgamiento. Por ello este cambio en la salud y capacidad del representado, es lo que precisamente nos hace ver como lícito y admisible este posible trueque de figuras, en el sentido de pasar de ser apoderado a ser guardador de hecho.

La figura del guardador de hecho tiene la virtud de constituir el eslabón para realizar la transición de la representación voluntaria a la representación legal, ya que es una figura con carácter de institución tutelar, lo que se pone de manifiesto por el lugar donde está regulado que es dentro del Título X del Libro I, dedicado a las "Instituciones tutelares".

Así considerado, el tutelando en el mismo documento constitutivo de la autotutela puede otorgar un poder a favor de una persona, que será seguramente la misma persona que se proponga como tutor, en que le encargue que actúe como su guardador de hecho, una vez que sea incapaz, figura en que irá trocándose la representación voluntaria que hasta ahora venía ostentando. El encargo será para que actúe como apoderado o como mandatario durante su capacidad, y como guardador de hecho en su incapacidad. Conjuntamente habrá de encargársele que sobrevenida su incapacidad de hecho inste judicialmente la incapacitación y asuma hasta que recaiga la sentencia la guarda de su persona y bienes, con plenas facultades.

Expuesto el problema, parece que el mismo encaja efectivamente en la figura de la guarda de hecho introducida en el Código civil por la Ley 13/1983, y ello porque entre los supuestos en que puede encuadrarse la misma está la hipótesis de un ser humano (ROGEL VIDE) que careciendo de potestad legal sobre una persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera, respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de intereses.

Opina con razón ANA VICTORIA GARCÍA-GRANERO, que esta idea resulta plenamente aplicable al caso que contemplamos y pone de manifiesto que la figura está concebida como una situación transitoria de guarda de una persona no capaz, por edad o por otra causa. Tiene un marcado carácter temporal y se da un trato de favor a la actuación del guardador de hecho, pues propugna el mantenimiento y va-

lidez de los actos realizados por él si redundan en utilidad del incapaz.

Aceptado que el que fue apoderado puede ser temporalmente guardador de hecho, nos planteamos el *problema fundamental* en materia de autoprotección: *eficacia de los actos o negocios jurídicos realizados por dicho guardador*.

Hay que partir en esta cuestión de la norma contenida en el artículo 304 del Código civil que dispone: “Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”.

Lo primero que llama la atención en esta norma es la amplitud del campo que abarca ya que no distingue entre los actos relativos a la persona y los relativos a los bienes del tutelando, ni entre los actos meramente conservativos y los demás actos posibles.

Es claro, como sostiene LETE DEL RÍO que el legislador acoge la teoría de la eficacia plena de los actos realizados por el guardador de hecho que hubieren redundado en utilidad o beneficio del presunto incapaz. Ha adoptado el artículo 304 la tesis de DíEZ-PICAZO según la cual “el interés de la noción de tutela de hecho consiste en permitir al menor (o al presunto incapaz) beneficiarse de las ventajas de una tutela regular, evitando que jueguen los principios menos ventajosos para él de la gestión de negocios o del mandato, sin tener, por otra parte, que sufrir los efectos de la gestión del tutor de hecho”.

Por tanto, a *contrario sensu*, los actos que no han redundado en utilidad de la persona que se encuentra bajo la guarda de hecho, sí podrán ser impugnados, aunque el guardador, intencionalmente, los hubiese realizado en interés del presunto incapaz. De esto resulta que la utilidad es el dato determinante para llegar a establecer la eficacia del acto o la posibilidad de impugnación.

El concepto de “*utilidad*” no es absolutamente diáfano, sobre él ha discutido ampliamente la doctrina, aunque cree-

mos acertada la opinión de BERCOVITZ, cuando en este punto concreto razona que “el concepto de utilidad resulta un tanto indeterminado, por lo que cabe plantearse, incluso al nivel de su operatividad, la oportunidad de constituirlo en límite de la impugnabilidad; normalmente no se impugna un acto que ha sido beneficioso; y si la anulabilidad es especialmente eficaz es porque en su regulación general no es necesario probar la existencia de perjuicio alguno para ejercer la acción. A mí me parece, con todo, que la utilidad juega aquí por vía de excepción: para purificar y mantener el acto, impugnado por falta de representación legal, basta probar su utilidad para el presunto incapaz, en cuyo interés lo realizó el guardador de hecho”.

Por todo ello, los actos realizados por el guardador de hecho no se miden por su carácter de administración, conservativos o de disposición, sino exclusivamente por la utilidad. El artículo 304 se puede extender tanto a negocios sobre bienes que ya fueran del presunto incapaz, como a los que puedan ser adquiridos por el guardador. De este modo estos actos alcanzan validez en beneficio del guardado. Parece que la utilidad habrá de apreciarse en la totalidad del acto; no cabrá impugnación parcial de un acto dejando subsistente de él lo que haya sido útil.

Además parece lógico mantener, como sistema de impugnación de los actos del guardador de hecho, el de la anulabilidad; ello se corresponde con la opinión general de la doctrina, y, además con el propio tenor literal del artículo 304. En efecto, la impugnación se plantea como una posibilidad y ello casa mal con el ejercicio de una acción de nulidad, que, siendo una acción declarativa, no hace sino conducir a la declaración judicial de una situación preexistente. Como es lógico, la acción podrá ejercerse, por el menor o incapacitado, una vez adquirida la plena capacidad de obrar, o por el tutor, con anterioridad. Si el presunto incapaz resulta ser capaz, en realidad nos encontraríamos en un supuesto del artículo 1.259 del Código civil.

XI. Renta vitalicia y el vitalicio

No puede quedar fuera del estudio del concepto o de la expresión genérica de “Disposiciones y estipulaciones en previsión de la propia incapacidad”, dos figuras de contratos aleatorios que están basados, bien en el pago periódico de una renta anual (renta vitalicia) o bien en satisfacer las necesidades de atención, cuidados, gastos médicos y farmacéuticos, etc. (vitalicio) que quedan claramente encuadrados en el ámbito de la autoprotección. Estas instituciones jurídicas, en efecto, pueden cubrir o pueden ser el cauce adecuado para dar cumplida respuesta a las necesidades que estudiamos.

El supuesto de hecho es similar al que estamos contemplando en la ponencia, es decir: una persona física en previsión de su futura incapacitación de hecho o incapacitación judicial, puede en pleno uso de su capacidad jurídica y de obrar constituir a título oneroso una renta vitalicia o un vitalicio, pues con cualquiera de estas dos figuras tiene la certeza de tener asegurado (en un supuesto de cumplimiento normal del negocio), una renta o asistencia suficiente hasta el último momento de su existencia, ya que se constituye esa relación tomando como módulo y duración del contrato su propia vida. En efecto, estos dos contratos garantizan, como ningún otro al pensionista.

No obstante lo que acabamos de indicar, es conveniente que para el caso de que el receptor de la renta deviniere incapaz se incluya en el contrato (bien formando parte del mismo o bien se haga en documento notarial complementario) previendo la circunstancia de la futura incapacidad, el nombramiento de una persona de la total confianza del pensionista otorgándole cuantas facultades sean necesarias para poder cumplir y poder exigir el cumplimiento fiel y exacto del negocio jurídico hasta el último día de la vida del acreedor de la renta. Esta persona puede ser nombrada con el carácter de apoderado o con el carácter ya desde el principio de tutor. En este último caso estaremos ante la hipóte-

sis ya vista de autodelación de la tutela. A estos nombrados les puede otorgar el interesado nominal y expresamente, para poder ejercitar en caso de incumplimiento del adquirente de los bienes y deudor de la renta, las siguientes facultades, entre otras:

a) Bien la acción de resolución del contrato, esta facultad en base al principio de libertad de pacto (autonomía de la voluntad) y a la consideración doctrinal y jurisprudencial de que el artículo 1.805 del Código civil, tiene carácter dispositivo en el sentido de que sólo se aplicará en caso de silencio contractual al respecto, por lo que las partes pueden pactar libremente, aumentando o disminuyendo los riesgos del “alea”, las condiciones y requisitos que estimen convenientes y entre ellas la facultad resolutoria por impago de pensiones.

234 Más adelante estudiaremos esta cuestión. En concreto véanse la Resolución de la DGRN de 26 de abril de 1991 y la STS de 14 de octubre de 1960.

b) O bien la acción de ejecución de la hipoteca regulada en el artículo 157 de la Ley complementada por el artículo 248 del Reglamento Hipotecario.

Esta persona nombrada ostentará sus facultades hasta que su representado sea declarado judicialmente incapaz. Por ello, para cubrir adecuadamente las necesidades de autoprotección parece la solución más adecuada el que en previsión de su propia incapacidad judicial pueda cambiar en el caso de haber sido nombrado meramente apoderado, en administrador de hecho, o en el supuesto de haber sido originariamente como tutor, que esa autodelación de la tutela, sea ratificada judicialmente.

Vamos a ver la renta vitalicia y el vitalicio por separado.

A) Renta vitalicia.

1. *Concepto.*

Antes de entrar en el estudio de la figura de la renta vitalicia quiero dejar delimitado el ámbito a que se va a referir estas líneas, y que no es otro que la que tiene origen oneroso. En efecto, los títulos jurídicos a partir de los que una persona puede tener derecho a una renta vitalicia son de muy diversa naturaleza. Abarcan desde la ley y la sentencia hasta la donación y el legado, pasando por el contrato de renta vitalicia.

De estos títulos se pudiera deducir, en un sentido amplio, lo que es la renta vitalicia para nuestro ordenamiento, que no es ni más ni menos que el derecho que tiene un determinado sujeto a percibir una cantidad de dinero, de manera periódica, mientras viva. Sin embargo, el concepto de renta vitalicia a que refiere este estudio no corresponde con el sentido amplio a que en diversas ocasiones se ha referido la doctrina, sino que coincide en mayor o menor medida, con el contenido y descrito en el artículo 1.802 del Código civil español. Este concepto técnico-jurídico, que concuerda casi plenamente con el adoptado por la mayoría de los ordenamientos europeos y americanos, se podría sintetizar de la siguiente manera: es el contrato mediante el cual una persona, a cambio de la enajenación de un bien mueble o inmueble, se obliga a efectuar una determinada prestación periódica, consistente en una cantidad de dinero, durante la vida de una o más personas. En forma algo más compendiada puede considerarse el contrato oneroso de renta vitalicia como aquél por el que su constituyente transmite el dominio de un bien a cambio de que el deudor satisfaga durante la vida de una persona una pensión al designado como beneficiario (7).

(7) Como dice, en general, BELTRÁN DE HEREDIA, la renta vitalicia es una relación obligatoria duradera por medio de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (acreedor) una prestación periódica, consistente en dinero o en especie, durante el tiempo de duración de la denominada "vida contemplada".

Por razón de la propia ponencia y siguiendo los cauces de ésta vamos a estudiar la renta vitalicia creada a título oneroso cuando ha sido constituida por el mismo propietario o titular del bien que se transmite y tomando como duración del contrato la propia vida del constituyente de la renta. Quedan pues excluidas de este estudio los vitalicios o las rentas vitalicias, constituidas a título gratuito (art. 1.807 del Código civil) o las creadas en favor de un tercero.

2. *Propósitos perseguidos por las partes.*

En el contrato de renta vitalicia los propósitos perseguidos por cada uno de los contratantes, a la hora de instituir la relación, son los siguientes:

1.º Para el constituyente de la renta, en el caso de que haya sido estipulada en su propio beneficio y tomando su propia vida como módulo de la relación, es procurarse unos ingresos periódicos adicionales que suplan su capacidad de obtenerlos por otros medios (por ejemplo debido a su avanzada edad).

Es decir, el ser humano lo único que pretende es garantizarse para sí, mediante este contrato oneroso de renta vitalicia, una pervivencia desahogada y guarecerse contra los efectos indeseables de acontecimientos futuros e inciertos, como puede ser una enfermedad que le lleve a la incapacidad física o mental.

2.º Para el deudor de las pensiones el propósito práctico que le conduce a celebrar el contrato no puede ser más que uno: obtener el traslado a su patrimonio del bien mueble o inmueble, o del capital objeto de aquél.

Como se puede apreciar, parecen, según BADENAS CARPIO, que la causa del contrato oneroso de renta vitalicia no es sencilla, sino doble, pues en el momento de la perfección cada uno de los contratantes tiene una visión diferente del negocio que se pretende celebrar. Sin embargo, si se observa con más detenimiento, se puede comprobar que aunque

las finalidades perseguidas por los contratantes no sean idénticas, se trata de dos finalidades complementarias y convergentes. En primer lugar, complementarias, porque para que cada parte pueda lograr su propio fin es preciso que a este fin se anude, como complemento, el buscado por la otra; de otro modo difícilmente podrían cumplirse ambos propósitos. Y, en segundo lugar, convergentes, porque ambas finalidades tienden hacia un mismo destino, que es el de dotar de unidad al negocio, del que deberán resultar las prestaciones pretendidas.

Como quiera que en los contratos onerosos es esencialmente imposible que acontezca una identidad absoluta entre los propósitos buscados por cada uno de los contratantes, porque el de uno se dirige a obtener la prestación ofrecida por el otro, y viceversa, si se intenta determinar la causa (art. 1261 del Código civil) que da unidad y existencia a negocios del tipo del de renta vitalicia (como son el de compraventa y el de permuta) se llega a la conclusión de que dicha causa no puede ser otra que la del mismo intercambio, que en lugar de ser de “cosa por precio” o de “cosa por cosa” es el de “bien mueble o inmueble o capital a cambio de las pensiones”.

237

3. *La aleatoriedad.*

La renta vitalicia onerosa se caracteriza por ser un contrato bilateral, consensual, personal y aleatorio. Vamos a exponer brevemente los tres primeros (bilateral, consensual y personal), para estudiar más ampliamente la aleatoriedad.

1.º Bilateral: ya que las obligaciones que nacen del contrato (entrega del bien o capital y el pago de la pensión) son recíprocas y contrapuestas.

2.º Consensual: porque la entrega del capital o del bien mueble o inmueble, juega sólo como presupuesto de eficacia del contrato y no como requisito indispensable para su perfección.

El TS en Sentencia de 8 de mayo de 1992 indica que: "... Aun tratándose de una renta vitalicia propiamente dicha, el derecho a la renta que corresponde a la recurrida *no tiene carácter real*, sino que sólo produce efectos obligatorios personales, que es la obligación de los deudores de realizar prestaciones periódicas duraderas".

3.º Personal: La renta vitalicia posee eficacia obligacional y para que produzca efectos reales debe ser asegurado el contrato mediante hipoteca.

El Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 8 de mayo de 1992, nos dice que, aun tratándose de una renta vitalicia propiamente dicha, el derecho a la renta *no tiene carácter real*, sino que sólo produce efectos obligatorios personales, que es la obligación de los deudores de realizar prestaciones periódicas duraderas. En este sentido, véanse las STS de 19 de noviembre de 1927, 11 de abril de 1930 y 23 de noviembre de 1936.

238

Queda por ver la característica de la *aleatoriedad*. Para comprenderla debidamente creemos que es conveniente partir, en este caso, por lo que nos va a esclarecer, de lo que nos indica el Diccionario de la Lengua Española (vigésima primera edición, año 1992), el cual al referirse a la palabra "aleatorio" habla de "dependiente de algún suceso fortuito", recogiendo, como tercera acepción, la expresión de "contrato aleatorio" del que dice que es "aquel contrato cuya materia es un hecho fortuito o eventual" o que es "el que se hace a riesgo y ventura renunciando los contratantes a las consecuencias legales del caso fortuito".

Las palabras del Diccionario, aun reconociendo que no son un dechado de exactitud jurídica (y no tienen porque serlo), sin embargo, son lo suficientemente expresivas para indicarnos con claridad que el montante de lo que el deudor de las pensiones ha de satisfacer al beneficiario o constituyente de la renta depende de un acontecimiento incierto (esencialmente incierto), como es la duración de la vida contemplada, o sea, la vida que se toma como módulo de du-

ración del contrato. Según la STS de 9 de febrero de 1990, el contrato de renta vitalicia entre sus caracteres jurídicos cuenta el de ser contrato “aleatorio” (art. 1.802 del Código civil), lo que significa que dependen del azar tanto el tiempo de su eficacia (durante la vida del pensionista) como el número de rentas a pagar, y, por tanto, si el pensionista fallece pronto no puede decirse que haya en esa circunstancia enriquecimiento injusto para el deudor de la renta.

Este requisito de la aleatoriedad es esencial en la renta vitalicia y tan sustancial es, que su misma falta o ausencia, le privaría de causa. La eventualidad de cuándo se produzca el acontecimiento incierto (la muerte) ha de formar parte de la esencia misma del contrato.

La aleatoriedad consiste, pues, en que es incierto lo que durará la obligación de pagar la renta, en cuanto que depende de un elemento que es objetivamente incierto también, a saber: el tiempo exacto que durará la vida que se toma como módulo para medir la duración de la renta vitalicia. Tan esencial en este requisito o este carácter que, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, es el único que expresamente menciona el legislador, no sólo porque el Título II del Libro IV del Código en que está incluido tiene como rúbrica la de “Los contratos aleatorios o de suerte”, sino también porque el propio artículo 1.802 comienza designándolo incluso de esta manera, al decir: “el contrato aleatorio de renta vitalicia...”. Esta aleatoriedad en que está conforme toda la doctrina científica, se apoya en la incertidumbre de la duración de la obligación de pagar la renta en cuanto que depende de un elemento objetivamente incierto, basado en la suerte o azar: el tiempo exacto que durará la vida contemplada. El “alea”, como sucede en todo contrato aleatorio, es común para ambas partes contratantes, y afecta tanto a las pérdidas como a las ganancias respectivas, puesto que no puede saberse cuál será el número total de las anualidades que el deudor tendrá que satisfacer y, consiguientemente, se ignora si el capital entregado supone

un valor superior o inferior a las rentas que se tienen que pagar.

Por lo expuesto resulta que la aleatoriedad del contrato viene representada (GUILARTE ZAPATERO) por la incertidumbre respecto al momento en que se ha de cumplir el término final. Afecta a la duración del contrato, cuya extensión en el tiempo (que no se conoce a priori), determinará que la cantidad a pagar y a percibir respectivamente por deudor y acreedor sea mayor o menor. Y en base a tal circunstancia aleatoria, los contratantes han querido y aceptado el riesgo del negocio, con la esperanza de que cada una de las probabilidades calculadas se conviertan en un resultado favorable. Tal aleatoriedad del término final, referido siempre a la muerte de una persona (puesto que la relación se mantiene vigente mientras ésta viva), tiene carácter esencial y es común a ambas partes en el momento de la celebración del contrato. En tal sentido debe ser entendida, la denominada equivalencia del riesgo, o sea, no que el resultado económico del negocio sea más o menos oneroso para una de las partes, sino que ambas desconozcan cuándo se va a producir el término final, a cuya incertidumbre aparece vinculada la aleatoriedad en la renta vitalicia.

Parece, por tanto, que para que un contrato sea aleatorio, como la renta vitalicia, no basta con que alguna de las prestaciones esté condicionada por un acontecimiento futuro e incierto, pues en tal caso nos encontraríamos simplemente ante un negocio jurídico conmutativo sometido a cualquier tipo de condición suspensiva o resolutoria, sino que la aleatoriedad ha de afectar directamente a la esencia del negocio dotando al contrato, en sí mismo considerado, de una peculiar naturaleza. El derecho a la renta, es un derecho puro y simple, a menos que de forma accidental se estipule bajo condición. Consiste en un derecho vitalicio que se extingue con la muerte de la persona o personas sobre cuyas vidas se haya constituido. Su duración es incierta, pero la incertidumbre no convierte el derecho en condicionado, en el sen-

tido en que se manifiesta el artículo 1.114 del Código civil. El derecho a la renta es un derecho actual cuya eficacia no depende de ninguna condición circunstancial. Mientras los negocios jurídicos condicionados pueden ser desprovistos de su condición sin que por este motivo dejen de subsistir manteniendo su misma naturaleza, en el contrato aleatorio, como la renta vitalicia, la ausencia de alea trae consigo la desaparición del contrato.

Hay que destacar, por ello, que el derecho a la renta es un derecho actual, cierto en el sí (no depende de ninguna condición), pero incierto en el *quantum*, ya que se ignora el tiempo que durará la obligación de pagar la renta, pues el plazo depende siempre de la muerte de una persona y ese fallecimiento que es "*cierto en el sí*", siempre es "*incierto en el cuando*" (8).

Esta nota esencial de la aleatoriedad en la renta vitalicia hace que resulte a ella *inaplicable la idea de la rescisión por lesión*. Parece clara la postura de nuestra jurisprudencia en el sentido de excluir la rescisión por lesión en los contratos aleatorios, como lo acreditan las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1894 y 28 de noviembre de 1949 (9).

241

(8) Dice acertadamente BELTRÁN DE HEREDIA, que la renta vitalicia ofrece siempre la misma naturaleza jurídica, tanto por lo que se refiere al lado activo, en su configuración de derecho personal o de crédito, como en el lado pasivo, presentándose como una obligación duradera de ejecución periódica, sometida a un término final fijo e inderogable: la duración de la vida contemplada para el nacimiento de la relación: *Dies certus an, incertus quando*.

(9) Según la STS de 26 de enero de 1894, el convenio que ha dado origen al litigio por su origen y circunstancias, por la eventualidad y día incierto a que se somete y la obligación del deudor y las ganancias o pérdidas de éste o de la persona a quien se obligó, determina un contrato legítimo, aleatorio o de suerte, del que no se origina ni puede racionalmente originarse ninguna clase de lesión, ni a pretexto de ella, cabe rescindirse, siendo inaplicables al caso presente los capítulos 3.º y 6.º de *Emptione et venditione*, libro 3.º, título 17, de las Decretales de Gregorio IX, las leyes recopiladas que, como anteriores al Derecho de Nueva Planta, no rigen en Cataluña.

Tampoco infringe la sentencia de Lcy 68, libro 35, título 2.º del Digesto, *Ad legen falci*, ni el usatge 2.º, título 2.º, *De prescriptions*, libro 7.º, de las Instituciones de Cataluña, porque aquella ley se limita a calcular para ciertos casos, entre los que

El Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de Cataluña de 19 de julio de 1984, se inclina claramente por la no aplicación de la rescisión por lesión *ultra dimidium* al decir el artículo 321: "Los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez.

se encuentra el contrato de violario, la vida probable del hombre, y como en la sentencia no se tuvo en cuenta la prescripción, no es aplicable ni oportuna por parte del recurrente la cita del usatge.

La citada STS de 28 de noviembre de 1949, indicó que reconocida por la jurisprudencia de la Sala la vigencia en Cataluña de la rescisión por lesión *ultra dimidium* o "engany a mitges", originariamente definida por una disposición de los emperadores Diocleciano y Maximiano, acogida en la Ley segunda, título 44, "*De Rescindenda venditione*", del libro cuarto del Código de Justiniano, y por el Derecho Canónico, como causa que concurre en los contratos de compraventa, cuando el precio es menor de la mitad del justo, si el comprador no prefiere entregar lo que para que lo sea falta, bien se ha de entender que en la certeza de la expresada desproporción, entre lo que realmente valga la cosa vendida al tiempo de serlo, y lo que por ello haya dado o se obligue a dar el comprador, radica la procedencia de la acción que al vendedor asiste para disolver el vínculo contractual, y que, por consiguiente, la prueba cumplida de tan fundamental extremo, es requisito sin el que, en ningún caso, puede prosperar la demanda en la que se ejercita aquélla.

Los preceptos reguladores en Cataluña de la rescisión por lesión son aplicables a todos los contratos onerosos, entre ellos el de renta vitalicia, más aún prescindéndose de esta obstativa apreciación, no sería el motivo más conmutativo, como excepción de los puramente aleatorios, puede darse de hecho la lesión cualitativa, que en los de compraventa constituye causa rescisoria, no cabe admitir, ni la doctrina jurisprudencial lo admite, que establecida la misma y subsistente en el Derecho foral de Cataluña, de manera expresa y precisa para la compraventa, se extienda su aplicación con supuestos de equidad y semejanza a casos distintos de los prevenidos en las disposiciones y doctrina que la regulan, como especialidad apartada del Derecho común.

El contrato de renta vitalicia no tiene regulación especial actualmente en la legislación catalana, si se constituye conforme al artículo 1.802 del Código civil, obligándose el deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes, muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere, desde luego con la carga de la pensión, de modo que no existen términos hábiles para desconocer que no es sino contrato de esta naturaleza el consignado con tan adecuada calificación en la escritura pública mencionada, con cuantos conceptos y estipulaciones exige para su existencia el precitado artículo, y en los que se manifiesta su calidad de aleatorio, inconciliable, según conoció ya esta Sala en sentencia de 26 de enero de 1894, con la posibilidad de que en los contratos de esta clase se origine racionalmente ninguna lesión, en cuya virtud deban ser rescindidos.

No procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta, ni en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el *carácter aleatorio* o litigioso de lo adquirido, o por el deseo de liberalidad del enajenante. En las ventas a carta de gracia o con pacto de retroventa no podrá ejercitarse dicha acción rescisoria hasta que se haya extinguido a caducado el derecho de redimir, “lluir”, “quitar” o recuperar.

Esta regulación tiene como antecedentes el Código de Justiniano (4,44, 2; 4, 44, 8); las Decretales 3, 17, capítulos 3 y 4; y el artículo 323 de la Compilación de Cataluña de 21 de julio de 1960.

4. *Elementos personales.*

Aparte de la vida de la persona que se toma como módulo (BADENAS CARPIO), cuya intervención puede producirse incluso sin su conocimiento, en el contrato oneroso de renta vitalicia pueden verse implicadas dos o más personas en función de que el sujeto que aparezca como constituyente de la relación coincida o no con el beneficiario de las rentas. Esta circunstancia se deduce del propio artículo 1.803 del Código civil español, el cual señala que puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas y que, además, puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga o a favor de otra u otras personas distintas, a lo que se podría añadir, para mayor claridad, que también puede constituirse en favor de la persona que entrega el capital —o los bienes muebles o inmuebles— o de un tercero.

No obstante todas estas posibilidades, el *supuesto típico* tiene lugar cuando el constituyente de la renta transmite al deudor de las pensiones el dominio del capital, del bien mueble o inmueble y dicho deudor se obliga a *satisfacer al*

constituyente, mientras éste viva, la pensión periódica pactada en el contrato.

El que ocupa la posición activa es el acreedor de la renta y puede ser aludido con los nombres de rentista, beneficiario, perceptor de la renta, pensionista, constituyente de la renta, etc., pareciendo esta última la más acertada. En el otro lado se encuentra el sujeto al que el Código civil denomina “deudor” de las pensiones, que no es ni más ni menos que la persona que, por haberle sido transferida la propiedad del bien mueble o inmueble o del capital del que era titular el constituyente de la renta, se obliga a satisfacer periódicamente, durante el tiempo que dure la vida de la persona designada en el contrato, la renta estipulada.

En cuanto a la *capacidad para constituirla*, es clara la posición unánime de la doctrina española: para la perfección del contrato oneroso de renta vitalicia se requiere, respecto de *ambos contratantes*, la *plena capacidad para obligarse*, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter aleatorio del contrato, cuyas consecuencias económicas pueden ser en extremo gravosas para una de las partes. En los contratos conmutativos, el contenido de las prestaciones, para cada contratante, está previsto desde el mismo momento de la perfección, sin embargo, en los *aleatorios* las partes tienen un riesgo de ganancia o de pérdida que depende de un evento incierto, en función del cual, una vez producido, se determina el contenido definitivo de cada obligación. Como dice en frase gráfica y acertada BADENAS CARPIO, si no fuera porque para la celebración de la mayoría de los contratos ya se exige la plena capacidad de obrar y sobre ésta, en nuestro sistema no existe otra capacidad suplementaria, podría pensarse que para los contratos aleatorios habría que exigir, si fuera posible, un “plus” de capacidad.

5. Elementos reales.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.802 del Código civil, el objeto de la renta vitalicia son las respectivas prestaciones que el constituyente y el deudor de la misma deben cumplir. Es decir, el *capital a entregar y la pensión a satisfacer*, como obligaciones recíprocas e interdependientes. Con otras palabras podría decirse que del contrato oneroso de renta vitalicia nacen dos obligaciones principales: por una parte, la obligación del deudor de pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas; y por la otra, la del constituyente de la renta de transmitir el dominio de un capital en bienes muebles o inmuebles.

1) Capital de la renta vitalicia.

245

El Código civil, superando el estrecho margen de la legislación anterior que sólo permitía la constitución de la renta vitalicia sobre dinero, utiliza una fórmula de una mayor amplitud, admitiendo que puede consistir en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se transfiere, desde luego, con la carga de la pensión.

Sancionada de manera expresa en el Código civil (art. 1.807) la posibilidad de ser objeto de contrato lo mismo los bienes muebles e inmuebles, que el dinero, se suscita específicamente en nuestro Derecho, también por la dicción poco precisa del precepto en cuestión, la *duda de si también podrán constituir el capital de la renta los derechos reales limitados sobre cosa ajena*.

A primera vista, en sentido literal, el artículo 1.802 parece indicar que el objeto de la obligación de transmitir únicamente, puede ser el pleno dominio del bien de que se trate. Sin embargo, la interpretación sistemática de diversos preceptos del Código civil (BADENAS CARPIO) nos conduce a la conclusión de que también pueden ser objeto de transmi-

sión, mediante el contrato de renta vitalicia, los derechos reales sobre cosa ajena. En este sentido, conforme al artículo 334, tienen la consideración de bienes inmuebles “las concesiones administrativas de obras públicas, y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”, y la de bienes muebles, conforme al artículo 336 “las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios”. Estos preceptos unidos al concepto amplio de propiedad que se colige del artículo 392 del Código civil, nos permite llegar a la consecuencia de que también pueden ser transmitidos, mediante el contrato de renta vitalicia, otros derechos reales a parte del pleno dominio, regulado por el artículo 348 del Código civil.

246 Dentro de los derechos reales limitativos del dominio debemos contemplar el derecho de *usufructo*. Es el usufructo una figura que puede adaptarse perfectamente a la problemática que estamos estudiando: una persona (o un matrimonio) en previsión de su deterioro físico o intelectual, puede transmitir, por ejemplo, la nuda propiedad de la vivienda donde habita el constituyente (o habitan él y su cónyuge) a una persona física o a una entidad jurídica (posibilidad esta última que se va generalizando actualmente), reservándose para sí el usufructo vitalicio (o conjuntamente para sí y su cónyuge) con la obligación del nudo propietario de pagar una renta o pensión durante la vida del constituyente (o cónyuges constituyentes) de la renta. El negocio así constituido sólo tiene ventajas:

— Para el constituyente o beneficiario de la renta: pues puede seguir usando hasta el último momento de su vida, la vivienda que ha venido utilizando y que es en la práctica el domicilio habitual, donde él guarda todos sus recuerdos familiares, vitales y además de todo esto, recibirá la pensión periódica hasta el último momento de su vida.

— Para la otra parte, la deudora de la pensión: pues adquiere desde el momento mismo del contrato la nuda propiedad del inmueble y al fallecimiento del usufructuario (primera causa de extinción del usufructo, según el art. 513, n.º 1, del Código civil), se producirá correlativamente de forma automática la absorción o reunión en su persona de ese derecho, constituyéndose, sin más trámite sustantivo en pleno propietario, en base a la tesis de la elasticidad del dominio.

— Y también por la claridad o nitidez de la causa de extinción en la hipótesis que estamos estudiando, es decir, cuando la vida contemplada coincida con la del constituyente de la renta, esto es, la del titular del derecho de usufructo objeto de enajenación. En este caso, no se planteará problema, ya que la extinción del derecho a percibir las pensiones y la del derecho entregado o retenido en contraprestación, serán simultáneas.

247

2) Renta o pensión.

El apartado de la renta, en unión de la vida que se toma como determinante de la duración incierta del contrato (*dies certus an, incertus quando*), son los puntos más significativos de la renta vitalicia.

La renta tiene, como nota característica, el ser una obligación periódica y constituye en sí misma la esencia de la contraprestación onerosa que debe abonar el deudor y que da nombre al contrato de renta vitalicia. En razón de la obligación contraída junto con el constituyente de la renta, el deudor se obliga a pagar, durante la vida contemplada en contrato, una cantidad (generalmente en dinero) a la persona designada en el contrato como beneficiario de la renta, persona que, como ya hemos indicado, puede no coincidir con el constituyente.

a) Cuantía de la renta (problema de la donación encubierta).

Uno de los puntos más cruciales del contrato de renta vitalicia, desde el punto de vista práctico y que debe quedar determinado con la máxima nitidez, es el de la cuantía y certeza de la pensión que debe recibir el beneficiario. Nuestro Código civil nada establece en este punto por lo que acepta, en principio, que *las partes pueden fijarla libremente* en los términos y en la cuantía que tengan por conveniente, en base al principio de autonomía de la voluntad, manifestando en el artículo 1.255 del Código civil. Ahora bien, creemos que el que el Código no contenga disposiciones relativas a la fijación de la renta no puede ser una razón que justifique una absoluta libertad en este punto, y ello es así pues el supuesto que estamos estudiando de autoprotección nos lleva a pensar y a afirmar que la cuantía de la renta o pensión ha de ser suficiente y ha de ser bastante para cubrir las necesidades presentes y sobre todo las futuras, que estarán o podrán estar ubicadas temporalmente en un momento en el que la previsible incapacitación haga indispensable la misma en cuantía suficiente, para cubrir todas las necesidades del constituyente de la renta hasta su fallecimiento.

Es un problema ya clásico planteado en la doctrina española el determinar si la pensión ha de ser de cuantía superior al interés legal, o al normal, del valor ¿de los bienes que se entregan a cambio, o bien al de sus frutos y rendimientos?

Hay que reconocer que en el panorama doctrinal español se han mantenido con argumentos sólidos opiniones para todos los gustos, pero creo que la mejor solución al problema práctico expuesto es la de aceptar y considerar que la cuantía de la pensión sea superior al interés normal del dinero que corresponde al capital transmitido, pues de lo contrario habría donación del capital a favor del pagador de

la renta. En efecto, como dice BADENAS CARPIO, cuando la renta comprende no más que los intereses legales o los rendimientos normales del capital o bienes entregados para constituir la relación de renta vitalicia, el contrato adquiere un carácter lucrativo, al tiempo que desaparece el alea. Añade que puede ocurrir, y esto hay que tenerlo muy presente, que, aun teniendo el contrato la apariencia de que la renta es constituida con carácter oneroso, dicho contrato lleve encubierta, en realidad, una donación. Efectivamente, si el valor de las pensiones debe ser calculado de acuerdo con la esperanza de vida de la persona cuya existencia fue contemplada, el contrato sólo será aleatorio si la renta es constituida de tal manera que albergue una esperanza de ganancia o de pérdida para ambas partes contratantes. Esto supone que las pensiones fijadas superen el interés legal del capital o el valor de los frutos que produzcan el bien mueble o inmueble entregados, porque en caso contrario el deudor de las pensiones no correría ningún riesgo.

249

El que estemos ante un verdadero negocio de renta vitalicia, conmutativo y oneroso, y no ante uno, que con tal apariencia externa se mostrase en la vida jurídica, pero que en realidad disimulara una auténtica donación, tiene una enorme trascendencia, pues de ser un negocio gratuito se podría aplicar toda la normativa de carácter imperativo que en el Derecho español protege la intangibilidad de la legítima de los descendientes, si el constituyente de la renta los tuviere a su fallecimiento.

Es aclaradora la STS de 7 de abril de 1961, que declara absolutamente simulado un contrato de compraventa y la inexistencia del mismo, negando su posible validez tanto como renta vitalicia y como donación (que, según adujo el demandado, estaban disimuladas en el negocio), afirmando el TS que “aun presuponiendo hecha la transferencia de la propiedad de las fincas, siempre resultará que la cantidad que como renta o pensión ha de abonar el recurrente es insignificante y no resulta calculada, cual la sentencia recurrida

afirma, mediante la división del valor de la finca en cuotas anuales en función de la vida probable de la actora, atendiendo a su avanzada edad, que es lo que tipifica y representa la parte aleatoria de esta clase de contratos o negocios y por ende sustrae o aparta aquél de calificación jurídica expresada; y como el Tribunal *a quo* afirma igualmente que no aparece justificado que la actora tuviera intención de donar, ni probado que los servicios prestados por el demandado recurrente pendieran de remuneración, puesto que aparecen igualmente pagados...”.

b) Modalidades de la renta.

Las partes contratantes son libres para convenir la modalidad que va a adoptar la pensión. Consistirá habitualmente en dinero, pero no se ve inconveniente en que se convenga en otros bienes fungibles de los que prácticamente no perecen.

c) Cláusulas de estabilización.

En nuestro ordenamiento rige el principio del nominalismo respecto del pago de las deudas de dinero. Por esta razón, resulta conveniente que los otorgantes de ciertos contratos estipulen cláusulas de estabilización para evitar que se produzca la depreciación de las prestaciones que las partes deben realizarse a lo largo del tiempo. Esto tiene especial relevancia en los contratos de los que resultan obligaciones periódicas o de tracto sucesivo. Además, hay que tener muy en cuenta que cuando el contrato tenga por objeto la transferencia de un bien inmueble, el paso del tiempo tendrá como consecuencia habitual el desequilibrio entre las prestaciones estipuladas *ab initio* por las partes; pues mientras la renta se mantendrá constante, el valor intrínseco del inmueble y el de los frutos por éste producidos (naturales, industriales y civiles) se irán incrementando poco a poco has-

ta poder convertir en irrisoria la pensión satisfecha por el deudor.

No conviene olvidar que en principio, la pensión es inalterable, de suerte que, cualquiera que sea el tiempo que dure la relación, el deudor cumple con pagarla en la cuantía convenida y sin que, por su parte, pueda invocar su excesiva onerosidad para reducirla. Sin embargo, cuando la pensión se ha fijado en dinero, tal circunstancia, unida a su carácter de prestación periódica y duradera, la hace particularmente sensible a las consecuencias de alteración monetaria; de ahí que los interesados acudan previsoramente al mecanismo de la *cláusula de estabilización que contrarreste los efectos del principio nominalista* que nuestro Código civil sanciona respecto de las deudas de dinero.

Se puede añadir que cuando la pensión se pacta en dinero, supuesto que es desde luego el más frecuente, la desvalorización propia del mismo afecta gravemente al valor real de aquélla; para evitarlo conviene la doctrina y la jurisprudencia en la validez de las llamadas cláusulas de estabilización (así las STS 31 de octubre de 1960 y 18 de diciembre de 1960, entre otras). La aplicación de estas cláusulas a la situación jurídica de renta vitalicia no va en detrimento de la aleatoriedad propia de la misma, pues si bien es cierto que, como negocio aleatorio, el de renta vitalicia implica un riesgo, éste ha de consistir, no en la devaluación monetaria, sino en la mayor o menor pérdida o ganancia en función de lo que dure la vida módulo.

La STS de 31 de octubre de 1960, recoge la tesis expuesta al indicar que para resolver el recurso se impone, en primer lugar, respetar en absoluto el hecho que la sentencia estima probado, consistente en que se da en la realidad el supuesto para el cual la repetida cláusula se convino por las partes, esto es, que la moneda se ha depreciado según se estimó y reclamó por los pensionistas.

Que dicha cláusula, que el propio recurrente califica con acierto de “cláusula de estabilización”, aparte de la discu-

sión doctrinal que puede suscitar y el diferente criterio que en Derecho comparado motiva, en el nuestro está expresamente reconocida en varias sentencias, y ello porque no contradice ley alguna ni va contra la circulación forzosa del billete, medio legal de pago de cantidades dinerarias, aspecto que podría afectar al orden público en calificadas circunstancias aquí no concurrentes, sino que, simple rectificadora del nominalismo, se limita a adoptar su valor adquisitivo al que le corresponde en el mercado, justificado en unos pensionistas que para asegurarse la pensión como único medio de vida, prevén las contingencias de la depreciación monetaria en curso al otorgarse el contrato que les ponga al abrigo de la miseria, pues ambas partes contendientes afirman que carecen de otros medios para su subsistencia.

La cláusula se ampara en la moral, en el mutuo acuerdo de los contratantes, que está protegido por el principio admitido por la jurisprudencia *pacta sunt servanda* y además por el precepto contenido en el artículo 1.255 del Código civil.

La cláusula no niega valor liberatorio al billete, a la moneda vigente en España, pues lo que se hace en función de dicha cláusula estabilizadora es determinar la cantidad de moneda en esa clase necesaria, para cumplir la obligación dineraria, que ha de solventarse, pero se paga con el mismo papel moneda de curso forzoso, por lo que no se desprecia el artículo del Código civil, ni tampoco los de la legislación hipotecaria invocados.

6. Elementos formales.

Dentro de este epígrafe vamos a exponer el tiempo y la forma del contrato.

1) Tiempo o duración del contrato.

El tema que estamos estudiando en estas Jornadas Iberoamericanas, como es el de "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", nos lleva a contemplar preferentemente el supuesto de la renta vitalicia constituida por la persona que da el capital y que es a la vez titular y beneficiario de la pensión y cuya vida es la única que se toma (*vida contemplada*) como medida de duración del contrato. El negocio jurídico tendrá un espacio temporal que abarcará la totalidad de la vida del constituyente. *La situación de renta vitalicia constituida por el propio y único beneficiario de la pensión y mientras dure su propia vida, es la hipótesis más normal y frecuente.* A través de la misma se tiende a cumplir la finalidad que justifica la existencia del contrato en su forma más simple. Bajo el manto del caso que se está exponiendo cabe además la situación de renta vitalicia que constituyen los cónyuges con transmisión, por ejemplo, de la nuda propiedad de su vivienda, al deudor de la renta y adquirente de dicha nuda propiedad, reservándose ambos esposos el usufructo conjunto y sucesivo sobre ella, extinguiéndose y acreciendo la parte de la pensión que corresponda al premuerto, a favor del cónyuge supérstite, el cual hasta su óbito, recibirá la totalidad de la misma (10).

253

(10) Cuando la renta sea estipulada en favor de un matrimonio tomando como módulo las vidas de ambos cónyuges, parece lógico mantener que la renta no se extinguirá ni total ni parcialmente hasta que se produzca el fallecimiento del último de los consortes. No obstante lo indicado, en los contratos en que los constituyentes de la renta sean un matrimonio, es conveniente la inclusión expresa del pacto de reversión mientras no se produzca una modificación de las disposiciones de nuestro Código civil que regulan la renta vitalicia que siga la línea vigente en el Código Civil argentino o, al menos, en el italiano, o hasta que se consolide en nuestra jurisprudencia algún tipo de criterio favorable a la reversibilidad tácita. Las soluciones que nos brinda el Derecho comparado son divergentes. Mientras el Derecho español y el francés no contienen ningún precepto que establezca algún tipo de regulación, el artículo 1.874 del *Codice civile* parece regular la reversión o acrecimiento con carácter dispositivo, pues admite, "salvo pacto en contrario", mientras que el artículo 2.085 del Código civil argentino regula la reversibilidad o acrecimiento, al parecer, con carácter imperativo.

Según BADENAS CARPIO, de conformidad con el artículo 1.802 del Código civil, los otorgantes de la renta vitalicia onerosa no solamente han de ponerse de acuerdo sobre la cosa y la cuantía de las pensiones objeto de este contrato, sino que, además, han de designar la vida de una persona humana como módulo de la relación. Esto es lo que confiere a este contrato su esencial carácter aleatorio. La determinación de la vida contemplada no es un elemento accidental o accesorio de este negocio jurídico, sino que de acuerdo con su carácter aleatorio, se trata de un elemento constitutivo.

Esta vida, tomada como módulo de la relación (BADENAS CARPIO) representa una medida objetiva, pues en función de ella quedará determinado el término hasta el cual el deudor deberá seguir satisfaciendo las pensiones. El que se trate de un término que se ignore cuándo va a acontecer (*certus an, incertus quando*) no le priva del carácter de certidumbre con que es regulado por el artículo 1.125 del Código civil. La longevidad de la vida contemplada traerá consigo la ganancia o la pérdida (art. 1.790 del Código civil) de cada una de las partes, pues cuanto mayor sea la edad alcanzada por la persona cuya vida fue tomada como módulo, mayor será el desembolso total que, en forma de pensiones, deberá efectuar el deudor de la renta y, en consecuencia, el dinero recibido por el rentista.

En cuanto a la vida de la persona sobre la que puede constituirse la renta vitalicia y a favor de quien puede crearse, los artículos 1.803, 1.804 y 1.808 del Código civil, nos dan debida respuesta.

Según el artículo 1.803, "Puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas.

También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas".

Este artículo persigue un doble objetivo: de una parte, fijar la duración de la renta vitalicia, estableciendo las dis-

tintas modalidades en que, a tal fin, puede ser tomada en consideración la vida humana, y, de otra, designar la persona o personas susceptibles de ser titulares de aquélla.

Según el artículo 1.803, la vida tomada como módulo puede corresponder con la del acreedor de la renta, con la del deudor de las pensiones, e incluso puede constituirse la relación sobre la vida de varias personas al mismo tiempo. (En cuanto a esta posibilidad existe coincidencia en casi todo el Derecho comparado; en este sentido, el art. 1.972 del Código civil francés, el art. 1.873 del italiano y el art. 2.085 del argentino). El supuesto más corriente que estamos estudiando consiste en que la vida o vidas contempladas coincidan con la de los acreedores de la renta, si se tiene en cuenta el carácter alimenticio y asistencial que suele tener este contrato. En muchos casos será un matrimonio el que constituya la renta a su favor tomando como módulo la vida de ambos cónyuges, de manera que, como ya hemos indicado, el deudor (o sus herederos) deben satisfacer la renta hasta que se produzca la muerte del último de ellos. Esto dará lugar, en muchas ocasiones, a la inclusión en los contratos de renta vitalicia de cláusulas de reversibilidad de la renta. La inclusión de este tipo de pactos parece oportuna para asegurarse los acreedores que la renta será satisfecha "en su totalidad" al cónyuge sobreviviente y que no se verá disminuida como consecuencia del fallecimiento de uno de los rentistas, pues nuestro Código civil no contiene ningún precepto donde se determine la reversibilidad o acrecimiento.

255

De lo expuesto resulta que la vida contemplada ha de ser la de una persona física, viva y perfectamente identificada en el contrato. Veamos:

1.º *Que sea una persona física:* Ello es lógico, pues, conforme a la naturaleza aleatoria de la renta vitalicia, la vida contemplada sólo pueda corresponder con la de una persona natural o física, quedando excluidas las personas jurídicas, por el carácter de permanencia de la entidad y por el modo arbitrario que pueden tener de extinguirse.

2.º *Que se trate de una persona viva:* La exigencia de que se trate de una persona viva se deduce no sólo del concepto legal de la renta vitalicia contenido en el artículo 1.802 del Código civil, sino también del artículo 1.804, que dice: “Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha”.

3.º *Que la persona cuya vida se contempla como medida de la duración del contrato esté perfectamente identificada.* Este requisito viene impuesto por el carácter esencial de este elemento para la válida constitución de la relación y porque sin dicha identificación (preferentemente por su nombre y apellidos), quedaría indeterminado no sólo el término final de la relación, sino también el derecho del rentista a exigir el pago de cada una de las pensiones.

256

Aparte de los artículos citados 1.802 y 1.804, el requisito de que se trate de una persona viva se complementa en el artículo 1.808 del Código civil, que dispone: “No puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida”.

Las palabras transcritas protegen al deudor de la renta, ya que, como dice GUILARTE ZAPATERO, en vez de imponerle la obligación de pagar las prestaciones periódicas en tanto no acredite que la persona módulo ha desaparecido, pone a cargo del perceptor de la renta la prueba de que aquélla vive en cada vencimiento, de forma que si no logra acreditarlo, aunque la persona designada no haya muerto, no podrá exigir el pago de la correspondiente pensión. No se libera al deudor de pagarla, sino que, simplemente, se le faculta para suspender el cumplimiento hasta que no se le acredite que, efectivamente, vive aquélla.

La norma impone, al acreedor de la renta, o a su representante, justificar en cada vencimiento que la persona designada como módulo de la relación vivía en el momento

de vencer la correspondiente pensión periódica. Circunstancia que determina la legitimidad del crédito y la obligación de satisfacerlo. Conviene aclarar que, aun cuando otra cosa pudiera hacer pensar una interpretación literal del precepto, no es preciso acreditar que la persona de que se trate vive en el momento de la reclamación, sino que vivía cuando debió efectuarse el pago. Tal conclusión es clara: fallecida con posterioridad a dicho momento, el deudor viene obligado a pagar la pensión correspondiente al período, según el criterio que se haya convenido, y por ello aquél no puede ampararse para no satisfacer la deuda en que la persona designada como módulo de la relación no vive en el momento de actualizarse la reclamación. En efecto, dice el artículo 1.806 del Código civil: "La renta correspondiente al año en que muere el que la disfrutaba, se pagará en proporción a los días que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos antipados se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado a correr".

Parece claro que si el que reclama la pensión es a la vez el mismo acreedor de ella y constituyente de la renta vitalicia, esta misma circunstancia implica, obviamente, la justificación y prueba plena de su existencia al vencer los plazos de las pensiones reclamadas y no parece, por tanto, que se deba exigir al acreedor otra prueba distinta, ni amparar la conducta de resistencia al pago del deudor. Si, en distinto sentido, el acreedor no actúa directamente por sí la reclamación, sino que lo hace otra persona en su nombre, ésta deberá acreditar la existencia de aquél. Además de la presencia ante el deudor de la persona de cuya vida se contempla como medida de la duración del contrato, *¿cuál es la forma de acreditar su existencia?* Creemos que a falta de la misma se podrá acudir particularmente para acreditar la existencia de aquélla a la fe de vida o al acta notarial de existencia del artículo 200, párrafo 2.º, del Reglamento Notarial (11).

(11) Según GUILARTE ZAPATERO, si la persona tomada como módulo de la relación de renta vitalicia se encontrara en situación de ausencia legal o fuera declarado

2) Forma del contrato.

En el Derecho español, basado en la libertad de forma, no existe norma específica que imponga al contrato de renta vitalicia una forma especial. Esto es congruente con lo dispuesto en el artículo 1.278 del Código civil, cuando indica que: "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez". Este artículo queda complementado con los artículos 1.279 y 1.280 del Código civil. El primero que dice: "Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez". El segundo (1.280) realiza la enumeración de los negocios que han de constar en documento público.

258

De estas disposiciones se desprende que de acuerdo con las normas de los artículos 1.278 y 1.279 del Código civil las del 1.280 no comportan la exigencia de forma *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem* de suerte que puede pronunciarse la existencia de un contrato sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita.

su fallecimiento, el juego del precepto presente impedirá al acreedor exigir el pago de las pensiones. Ahora bien, los efectos en uno y en otro caso serán distintos. Declarado el fallecimiento, ciertamente el acreedor no podrá acreditar la existencia de aquella, pero, además, tal circunstancia producirá la extinción de la renta vitalicia, por lo que sólo podrán reclamarse las rentas devengadas y vencidas hasta tal declaración. Tratándose de declaración legal de ausencia, no sólo surgen dudas razonables sobre la existencia de la persona, sino que parece, en cualquier caso, que el acreedor no podrá acreditar que vive aquella cuya vida se tomó como módulo de la relación; como tampoco se prueba su muerte, no precede estimar extinguida la renta vitalicia y deberá quedar aplazado o en suspenso el pago de las pensiones que se hayan devengado con posterioridad a la declaración de ausencia y expedida la reclamación de las nacidas con anterioridad a dicho momento. La aparición del ausente, su muerte constatada y probada o su declaración de fallecimiento serán las circunstancias determinantes de la solución definitiva en función de la que, efectivamente, tenga lugar.

El TS en numerosísimas sentencias es claro y firme en este punto de la forma de los contratos aun reconociendo las innegables ventajas de la documentación notarial.

Así, a título de ejemplo, se pueden citar:

—La Sentencia de 30 de mayo de 1890: El otorgamiento de escritura pública no es requisito esencial para la validez del contrato de compraventa, el cual queda perfecto y es obligatorio para los contratantes desde que éstos convienen en la cosa y en el precio, sin que la falta de inscripción en el Registro del título traslativo de dominio altere la naturaleza de dicho contrato, ni produzca otro efecto que el de hacerlo ineficaz en perjuicio de tercero.

—La de 20 de mayo de 1983: lo dispuesto en el artículo 1.280, número 1.º, invocado en este motivo, no obsta a la validez y eficacia del documento privado de 1974, puesto que es muy reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que la falta de escritura pública no obsta a la eficacia del contrato celebrado por documento privado, siempre que reúna los requisitos esenciales para su validez (S 29-4-1960), ni obsta tampoco para pedir el cumplimiento de lo convenido; sin que en modo alguno pueda discutirse la validez del contrato o pedir su nulidad por el defecto de escritura pública.

—STS de 19 de febrero de 1990: si ciertamente los contratos que tengan por objeto de transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles (como es el de compraventa a ellos afectantes), no requieren para su validez el otorgamiento de escritura pública, al regir en nuestro ordenamiento positivo el sistema espiritualista, según tiene declarado esta Sala, entre otras y como más recientes, en SS 3 febrero y 30 mayo 1987 y 3-10-1988, sin embargo, la normativa contenida en el número 1.º del artículo 1.280, en relación con el 1.279 del Código civil, no impide que cualquiera de las partes contratantes, en este caso el demandante comprador, pueda solicitar la elevación del contrato a escritura pública, como reconocen las SS 7-1-1924, 29-12-1926 y 24-12-1929.

— STS de 30 de septiembre de 1993: lo constituido en el artículo 1.280 del repetido Código civil impone la constatación de documento público, entre otros, de los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, como un requisito que, con arreglo a la doctrina reiterada de esta Sala, ha de calificarse como *ad probationem*, y que en modo alguno priva de valor a la eficacia que de los actos llevados a cabo en documento privado, siempre que estuviese reconocido y sea reputado válido por los Tribunales que hayan procedido a su valoración probatoria.

— STS de 9 de diciembre de 1977: es doctrina jurisprudencial, ya de antiguo consagrada: a) que el alcance del artículo 1.280 no modifica el del artículo 1.278, y sólo implica, de conformidad a lo dispuesto en el 1.279, el derecho a las partes, de poder compelerse a llenar esa forma escrita, para ejercitar acción con objeto de obtener la eficacia de la obligación contraída (S 24 de diciembre de 1929); b) que la exigencia de forma escrita, contenida en el artículo 1.280, no tiene alcance de forma solemne que pueda afectar a la eficacia obligatoria del contrato (S 12 de diciembre de 1940); c) que el artículo 1.280 mencionado no ha de contemplarse aisladamente, sino en relación con los 1.254 y 1.255 que dan al mero consentimiento virtualidad creadora del contrato y con el 1.278 y 1.261, que no exigen, sino más bien excluyen todo requisito de forma (S 30 de abril de 1955), y d) que “es totalmente desafortunada la invocación del último párrafo del artículo 1.280 para negar eficacia al contrato por no constar en forma escrita, pues, con tal invocación, se pretende desconocer el principio espiritualista introducido en nuestro sistema jurídico por el Ordenamiento de Alcalá, que consagró el principio de libertad de contratación de conformidad con las tradiciones nacionales y que adopta nuestro Código en los artículos 1.278 y 1.279, que no han sido derogados por el 1.280” (Sentencia 6 de octubre de 1965).

—STS de 27 de enero de 1995: las normas del artículo 1.280 y de los dos que le preceden no comportan exigencias de formalidades *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem*; de suerte que puede pronunciarse la existencia de un contrato sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita (Sentencia 3-2-1987 y otras), ya que en nuestro ordenamiento positivo rige un sistema espiritualista, hasta el extremo de que, salvo excepciones, ninguna forma es exigida para la validez de los contratos (SS 30 de mayo de 1987, 30 de septiembre de 1988 y otras). En parecidos términos las SSTs 12 de marzo de 1994, 24 de noviembre de 1993 y 23 de noviembre de 1989.

—STS de 29 de marzo de 1995: la falta de escritura pública en los contratos en que se exija tal requisito de forma por el artículo 1.280, no les resta eficacia si concurren en su otorgamiento las condiciones esenciales para su validez, pudiendo pronunciarse la existencia de un contrato sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita (Sentencias, entre otras, de 5 de diciembre de 1940, 3 de julio de 1943, 3 de febrero y 30 de mayo de 1987). En parecidos términos, la STS de 25 de julio de 1991.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial transcrita, se puede indicar que fuera de los casos en los que nuestro Código civil exige la forma con el carácter de “forma de ser” o “forma *ad solemnitatem*”, en el sentido que el negocio no existe sin la forma: por ejemplo, donación de bienes inmuebles (art. 633), capitulaciones matrimoniales (1.327), hipoteca (art. 1.875 del Código civil y arts. 145 y 159 de la Ley Hipotecaria), censo enfiteútico (art. 1.628); en los demás casos se exige la forma con el carácter de forma de valer, en el sentido de que el negocio vale cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado, aunque las partes puedan compelerse recíprocamente a rellenarla, siempre que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

7. *Resolubilidad del contrato oneroso de renta vitalicia.*

Es este uno de los puntos más discutidos en relación con la renta vitalicia onerosa, teniendo en cuenta la literalidad del artículo 1.805 del Código civil, que dice: "La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras".

262 Interpretada literalmente esta norma parece que tiene, en principio, como finalidad excluir para la renta vitalicia la aplicación de la doctrina del artículo 1.124, que establece la facultad de resolver las obligaciones bilaterales o recíprocas por incumplimiento de una de las partes, al decir: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria".

A favor de la inaplicabilidad del artículo 1.124, se han aducido, entre otras razones:

1.º La naturaleza esencialmente aleatoria del contrato de renta vitalicia. En efecto, se afirma que desde que la relación aleatoria ha sido constituida, las cosas ya no pueden volver a ser como estaban antes de que el contrato fuera otorgado, pues ambas partes ya han tenido que soportar los efectos del alea. Se ha querido ver en el artículo 1.805 un

medio de protección del alea del contrato de renta vitalicia, pues, si las cosas vuelven a su punto de partida el riesgo desaparece.

2.º La dificultad de hacer que los patrimonios de los contratantes vuelvan a estar en la misma situación que antes de contratar, después de haber soportado los rigores del alea. Se añade que la resolución, aun motivada por el incumplimiento del deudor, supondría un enriquecimiento injusto para el acreedor de las pensiones, pues mientras el deudor tendría que devolver el bien o el capital entregados, el perceptor de la renta podría retener las pensiones satisfechas.

3.º Un pretendido fin alimentario y asistencial justifica la inaplicación del artículo 1.124 del Código civil, porque, se afirma que la recuperación del fondo cedido o del capital entregado en ningún caso podría satisfacer esta finalidad, pues con el objeto de obtener la prestación vitalicia fue constituida la renta.

263

En relación a estos argumentos se podría contestar:

a) En cuanto al primero, se puede indicar que la renta vitalicia tiene naturaleza bilateral y sinalagmática para las partes y de ella resultan obligaciones recíprocas. El planteamiento del argumento parece equivocado, ya que el alea que debe soportar el acreedor de la renta es solamente aquel que depende de la mayor o menor duración de la vida módulo, pero en ningún caso puede hacerse formar parte del riesgo correspondiente al rentista, el posible incumplimiento de su deudor. Es decir, la aleatoriedad afecta más a la extensión, al *quantum* de las obligaciones, que a su ejecución, que es precisamente aquello a lo que afecta la resolución.

b) En cuanto al segundo, se podría contestar siguiendo a BADENAS CARPIO, que ese argumento tampoco está muy claro, pues, como señala la doctrina, la resolución siempre tiene dos efectos: por un lado, la extinción del contrato con la consiguiente desvinculación de las partes de la relación obligatoria y, por el otro, el deber recíproco de las mismas

partes de restitución y de liquidación de sus respectivas prestaciones.

Aunque rescisión y resolución son dos vicisitudes de naturaleza muy diferente que pueden afectar a la eficacia y ejecución contractuales salvo que las partes hayan estipulado otra cosa, nada impide la aplicación del artículo 1.303 del Código civil a los efectos de la resolución por falta de cumplimiento. En este sentido, después de producida la resolución, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato (el capital o bien cedidos y las pensiones satisfechas), con sus frutos e intereses. A esta solución llega nuestro Derecho con respecto a otros supuestos de resolución por incumplimiento relacionados con situaciones contractuales de tracto sucesivo, como la que se origina tras la perfección de la venta a plazos de bienes muebles, en la que el vendedor puede optar por resolver el contrato "si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos" (art. 11, Ley 50/1965, de 17 de julio), cuyos efectos y limitaciones pudieran ser trasladados, en lo posible, a la resolución del contrato de renta vitalicia.

Como dice LACRUZ, producida la resolución, en virtud de ésta debería cada uno de los contratantes deberá restituir al otro cuanto hubiera recibido de él: el deudor, el capital con sus frutos; y el acreedor, las pensiones recibidas con sus intereses. Mas, en opinión de BELTRÁN DE HEREDIA, la intervención del azar limita los efectos de la resolución a lo previsto en los artículos 1.120 y 1.123 del Código civil, de suerte que el deudor habrá de reintegrar la cosa o el capital reteniendo los frutos e intereses, así como, en compensación, el pensionista conservará las prestaciones percibidas: excepcionalmente, no juega aquí la retroactividad al tratarse de contratos de ejecución periódica que determinan el carácter autónomo de las prestaciones singulares. Por mi parte, pienso que el deudor habrá de restituir, no el capital percibido, sino el valor residual de la renta en el momento de

la resolución, pues en este momento matemáticamente, sólo queda esa porción del capital constitutivo de la renta, habiendo pasado el resto, formando parte de las pensiones ya pagadas, al pensionista. En efecto, si devolviera aquél el capital entero, recibiría el pensionista más de lo que le corresponde, pues cada pensión comprende también fracciones del propio capital. Por supuesto, recibirá igualmente el resarcimiento de daños y el abono de intereses que proceda (art. 1.124).

c) En relación al tercero, se puede responder que desde que el deudor deja de satisfacer las pensiones queda frustrada la mencionada finalidad alimentaria o asistencial.

Llegados a este punto creemos que el problema que debemos plantearnos es el del carácter dispositivo o no del artículo 1.805 del Código civil.

A efectos de la ponencia aquí defendida podemos decir que hoy tanto la doctrina española como la jurisprudencia del TS, como las resoluciones de la DGRN se inclinan actualmente por aceptar el carácter dispositivo del artículo 1.805 del Código civil.

En cuanto a la doctrina, se pueden citar como autores que se inclinan por el carácter dispositivo (no imperativo) del artículo 1.805 del Código civil a QUIÑONERO CERVANTES, GUILARTE ZAPATERO, JORDANO BAREA, AZURZA Y OSOZ, GUIMERA, LACRUZ BERDEJO, BADENAS CARPIO, etc.

En general, se admite que *es lícito pactar expresamente la resolución del contrato de renta vitalicia por incumplimiento del pago de la pensión*, convenio que no va contra el orden público o las buenas costumbres, y que no prohíbe el Código civil, habiendo suprimido aquí el legislador la prohibición expresa que constaba en el proyecto isabelino de 1851. Por tanto, no existe inconveniente para que, a pesar de que el artículo 1.805 del Código civil contiene una excepción al principio general de resolubilidad de las obligaciones recíprocas por falta de cumplimiento, los contratantes puedan incluir en su contrato un pacto resolutorio expreso. En defi-

nitiva, creemos, que cuando las partes deciden incluir la cláusula resolutoria expresa en un contrato de renta vitalicia están constituyendo una eficacísima garantía en favor del perceptor de la renta. En relación al *quantum* de las pensiones que podrá retener el acreedor de la renta no es una cuestión que se pueda determinar a priori de una manera dogmática, serán las circunstancias del caso las que establecerán la medida concreta para cada supuesto.

El Tribunal Supremo, aunque en un primer momento parece que se inclinó por la negativa (Sentencia 2 de marzo de 1956), ulteriormente ha rectificado desde la Sentencia de 13 de mayo de 1959, que proclama la validez del pacto resolutorio por aplicación del artículo 1.255 del Código civil. “Lo cierto y positivo es que el pacto resolutorio fue expresamente prohibido en el proyecto de Código civil de 1851 y tal prohibición se suprimió al redactar el Código vigente, y como quiera que en éste impera el principio de autonomía de la voluntad, conforme al precepto general del artículo 1.255, que la convención de referencia no es contraria ni está concretamente prohibida en la Ley, ni es opuesta a la moral ni al orden público, preciso es concluir que... las partes libremente y aumentando o disminuyendo los riesgos del alea, puedan pactar las condiciones y requisitos que estimen convenientes, y entre ellas la facultad resolutoria por impago de las pensiones”.

Esta orientación ha sido claramente confirmada por la Sentencia de 14 de octubre de 1960, cuando, recogiendo en parte la doctrina de la reseñada Sentencia de 13 de mayo de 1959, dice que el contenido del artículo 1.805 del Código civil (en cuya virtud no se autoriza al perceptor de una renta vitalicia a quien se dejen de pagar las pensiones vencidas para exigir el reembolso del capital ni para volver a entrar en la posesión del predio enajenado y sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y al aseguramiento de las futuras) ha motivado una copiosa controversia relativa a si cabe o no el pacto expre-

so en contrario, por entender diversos tratadistas y algunas legislaciones extranjeras que tal pacto sería contrario a la ley, dados los términos de la redacción del precepto, en tanto que otros autores y legislaciones admiten el pacto expreso en contrario como consecuencia del carácter espiritualista de nuestro Código en materia de contratación, concediendo plena autonomía a la voluntad de los contratantes y teniendo en cuenta que, y sin desconocer la solidez de la argumentación de las teorías vertidas en contrario y de la contemplada en determinadas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado dadas en relación a la improcedencia de ciertas constancias de derechos en el Registro de la Propiedad que no constituyen un derecho real inmatriculable, aunque tenga carácter de derecho *in re*, lo cierto y positivo es que el pacto resolutorio fue expresamente prohibido en el Proyecto de Código civil de 1851 y tal prohibición se suprimió al redactar el estatuto vigente y como quiera que en éste impera el principio de autonomía de la voluntad conforme al precepto general del artículo 1.255, que la convención de referencia no es contraria, ni está concretamente prohibida en la Ley, ni es opuesta a la moral ni al orden público, preciso es concluir que cuando las partes nada convienen, no cabe la resolución del contrato de renta vitalicia, dado su carácter de contrato aleatorio y unilateral de la obligación de carga sobre el inmueble que a la pensión concede el artículo 1.802, y que la transmisión del fondo es sólo un trámite constitutivo del contrato; pero ello no impide que *las partes libremente y aumentando o disminuyendo los riesgos del alea puedan pactar las condiciones y requisitos que estimen convenientes y entre ellas la facultad resolutoria por impago de las pensiones*. Esta doctrina se recoge también en la STS de 15 de enero de 1963.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución 26 de abril de 1991, *se inclina claramente por el carácter dispositivo del artículo 1.805 del Código civil*, al decir que dicho artículo no implica una prohibición del pac-

to resolutorio, sino una previsión legal de carácter dispositivo para el caso de silencio contractual al respecto; así resulta del principio general de autonomía privada en conjunción con la supresión en el Código civil vigente de la prohibición expresa que figuraba en el Proyecto Isabelino de 1851 (*vid.* S 14-10-1960), y es compatible con la indudable onerosidad del contrato de renta vitalicia, que no queda menoscabado por el hecho de que la prestación de una de las partes se cumpla simultáneamente a la celebración del negocio (se entienda o no esta circunstancia como requisito de su perfección). El que el contrato no sea puramente oneroso, sino aleatorio y el que las obligaciones no sean de tracto único, sino de tracto sucesivo y que en parte puedan estar cumplidas cuando, habiendo corrido una etapa del tiempo en que juega el “alea” casual, se produzca el incumplimiento, no constituyen características incompatibles con el efecto resolutorio, en particular cuando al amparo del principio de libertad de contratación (*cfr.* arts. 1.255 y 1.152 y ss. del Código civil), las partes, al constituir la pensión, precisan el alcance de las devoluciones en la hipótesis de resolución, sin perjuicio, en su caso, de las facultades moderadoras del juez si el adquirente se opone a la efectividad de la resolución en los términos convenidos. Rechazar la posibilidad de pactar la resolución sólo beneficiaría a una de las partes, justamente a la que infringe, en todo o en parte, sus compromisos, a pesar de que las prestaciones debidas son vitales para la otra parte contratante.

8. *Hipoteca en garantía de las rentas.*

Como dice GUILARTE ZAPATERO, aunque formalmente el artículo 1.805 enuncia dos medidas diferentes: pretensión de cobro de las rentas vencidas y pretensión de aseguramiento de las futuras, la realidad es que sólo esta última representa una facultad propia y específicamente otorgada por el artículo, pues la primera corresponde, en todo caso, y también

en éste, aunque se hubiera silenciado, a todo acreedor de una deuda de cantidad. Es decir, esta facultad de cobro es tan lógica como innecesaria, puesto que cualquier acreedor tiene acción para reclamar su crédito del deudor y, no otra cosa, parece, con esta expresión, estar concediéndoles este artículo 1.805.

La reclamación judicial de las rentas atrasadas no suscita especiales cuestiones en su consideración aislada. Producido el vencimiento del plazo y no satisfecha la pensión correspondiente al mismo, el acreedor está en condiciones de demandar judicialmente su pago, sin necesidad de observar ningún otro requisito previo. Obviamente, como se ha indicado, esta facultad corresponde a todo rentista, independientemente de la naturaleza onerosa o gratuita de la renta, en cuanto a su constitución y de que aquél sea el propio constituyente o un tercero.

Pero, además, el incumplimiento de la prestación periódica, al margen de que la reclamación judicial pretendiendo su pago tenga o no éxito, legítima al acreedor para instar, también judicialmente, a que se condene al deudor a prestar las garantías suficientes para asegurar los plazos futuros. Es decir, el simple incumplimiento parcial funciona como presupuesto o *condicio iuris* de esta pretensión del acreedor.

El artículo 1.805 guarda silencio sobre la forma que deberá adoptar el aseguramiento que, en principio, tendrá que ser una de las que técnicamente se consideran como garantía de la obligación, es decir, una hipoteca, una prenda, una anticresis o una fianza, pero, obviamente, la que mejor se acomodará a la finalidad prevista, dada la índole del crédito a asegurar, será la hipoteca regulada y prevista en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, tal aseguramiento puede lograrse, si ello es posible, a través de la *hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas del artículo 157 de la Ley Hipotecaria*. Pueden pactarse, no obstante, garantías distintas a la hipotecaria (así, STS 13-V-59, 14-X-60, 15-I-63).

Por tanto, una de las figuras que nuestro Derecho ofrece a quien desea asegurarse la percepción de unos ingresos, vitalicios o temporalmente, es la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, de la que exponemos algunas ideas.

En estas hipotecas, el “perceptor” de la renta transfiere al “pagador” la propiedad de determinados bienes, los cuales son hipotecados en garantía del cumplimiento de aquella obligación de pago, sin perjuicio de que pueda también constituirse la hipoteca sobre otros bienes del pagador que, no siendo los mismos bienes cedidos, ocupen su lugar. ROCA SASTRE la define como “hipoteca constituida en garantía de una obligación impersonal, en el sentido, de *ob rem*, de duración temporal o perpetua, consistente en pagar, en plazos periódicos, una determinada renta o pensión o prestación en dinero”.

270

En el Derecho comparado las figuras que más se asemejan a nuestra hipoteca de renta son las denominadas “carta o cédula de renta” (*lettre de rente* o *Gült*) del Derecho suizo y la “deuda de renta” (*rentenschuld*) del Derecho alemán.

La *carta de renta suiza* es una hipoteca que se constituye en garantía del cumplimiento de la obligación de pagar una renta, cuyo deudor es quien en cada momento sea propietario del bien hipotecado, que podrá redimir a su arbitrio su obligación una vez transcurrido cierto plazo (al expirar cada período de seis años, salvo que por convenio se fije un plazo mayor) y sin que el acreedor rentario pueda rescatar su crédito reclamando el capital representativo de la renta, excepto en algunos casos taxativamente establecidos. Al titular del derecho de renta se le facilita un título negociable (nominativo o al portador) que le incorpora, de manera que podrá venderlo y así obtener su importe o capital.

La *deuda de renta del Derecho alemán* es semejante a la carta de renta suiza y, como en ella, el pagador tiene derecho de redención, que no corresponde al titular de la deuda rentaria, la cual también podrá formalizarse en un título o

cédula. Lo específico de la deuda de renta alemana está en que no se configura como una hipoteca sino como una deuda territorial que, en lugar de serlo de capital, lo es de renta.

Nuestra hipoteca de renta o rentaria constituye una figura de hipoteca con acusadas características y un régimen específico que la separa de las hipotecas ordinarias. La hipoteca de renta tiene una configuración propia, distinta de la hipoteca normal, de modo que (ROCA SASTRE) la hipoteca en garantía de una deuda-renta es un tipo diametralmente opuesto a la hipoteca en garantía de una deuda-capital.

La regulación de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas en el Derecho español se encuentra en los artículos 157 de la Ley Hipotecaria y 248 de su Reglamento. En rigor esta regulación deja bastante que desear al no resultar en absoluto exhaustiva.

El artículo 157 de la Ley Hipotecaria dispone que “Po-

271

drá constituirse hipoteca de rentas o prestaciones periódicas. En la inscripción se hará constar el acto o contrato por el que se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo o forma con que deban ser satisfechas.

El acreedor de dichas rentas o prestaciones periódicas podrá ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario establecido en los artículos 129 y siguientes de esta Ley. El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Igua- les efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero, pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los artículos 114 y párrafos primero y segundo del 115 de esta Ley.

Salvo pacto en contrario, transcurridos seis meses desde la fecha en que, a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, el titular del inmueble podrá solicitar la cancelación de la hipoteca, siempre que no conste asiento alguno que indi-

que haberse modificado el contrato o formulando reclamación contra el deudor sobre pago de dichas pensiones o prestaciones”.

Y en artículo 248 del Reglamento Hipotecario señala que “Las hipotecas en garantía de rentas y prestaciones periódicas a que se refiere el artículo 157 de la Ley, podrán constituirse por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, en cuyo caso la aceptación de la persona a cuyo favor se constituya la hipoteca se regulará por lo dispuesto en el artículo 141 de dicha Ley.

Cuando estas hipotecas se constituyeren en actos de última voluntad, será título suficiente para inscribirlas el testamento, acompañado de los certificados de defunción del testador y del Registro General de Actos de Última Voluntad, y la aceptación del pensionista o beneficiario de la prestación podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura.

272

En la inscripción se hará constar necesariamente la fecha en que deba satisfacerse la última pensión o prestación, o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción.

El pacto en contrario que autoriza el último párrafo del artículo 157 de la Ley no podrá excederse, en ningún caso, de cinco años.”

La utilidad de la hipoteca de renta se encuentra en la ausencia de un débito de capital, puesto que aunque en ella pueda existir un valor de rescate o de redención convencionalmente pactado, quien puede exigir tal rescate o redención es el propietario de la finca gravada y nunca el acreedor o titular de la hipoteca. El deudor o pagador, por tanto, puede devolver el capital siempre que quiera, si así se ha previsto, sin que el titular del derecho de hipoteca le pueda compeler a la devolución contra su voluntad.

El rentista o perceptor puede transmitir su derecho a la renta o pensión periódica tanto a título oneroso como a título gratuito y, a nuestro juicio, dentro de la tesis general que venimos manteniendo en este trabajo, nada impide que

al tiempo de constituirse la hipoteca pueda válidamente pactarse que el derecho a percibirla pueda ser ejercitado por la persona a la que el perceptor haya facultado al efecto, incluso para el supuesto de que tal preceptor deviniera incapaz.

Las características básicas que ofrece en nuestro Derecho esta hipoteca son las siguientes:

1.^a El pago de la renta o pensión periódica debe efectuarse por quien en el momento de cada vencimiento sea el propietario de la finca hipotecada. Así, en caso de transmisión de la finca hipotecada, quien originariamente se obligó a satisfacer la renta o prestación periódica (y sus herederos) deja de ser deudor de la obligación, de manera que será el adquirente quien, quiera o no, asume automáticamente tal obligación, quedando liberado el inicial deudor propietario de la finca hipotecada.

Es por ello por lo que, dice CAMY, en ningún caso será admisible la constitución de hipotecas de renta por un tercero como fiador real, pues en estas hipotecas el titular de la finca es el obligado al pago de las pensiones.

2.^a Puede introducirse en ella el pacto de que el propietario de la finca hipotecada (pagador) podrá imponer al titular del derecho de renta o prestación periódica la redención o rescate, en determinado plazo, pagando al perceptor o rentista un determinado capital (habrá de estipularse el importe del capital de redención). Aunque, lógicamente, también podrá pactarse al tiempo de constituirse la hipoteca la imposibilidad de tal redención o rescate.

El capital de redención irá disminuyendo en función del tiempo de existencia que lleve el derecho de renta o prestación periódica, si la renta es temporal o vitalicia, pero no si se perpetúa, en cuyo supuesto, el capital de rescate o redención ha de ser el mismo que quedó fijado al constituirse la renta.

No podrá pactarse un capital de redención que sea tan exagerado que haga imposible o ilusoria de redemibilidad.

Ahora bien, como resulta de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1982 y 24 de diciembre de 1908, la posibilidad de redención o de rescate no es de esencia a la hipoteca rentaria, pues no hay disposición alguna en nuestro Derecho que obligue al que establece una pensión periódica sobre finca de su propiedad a determinar el capital que tal pensión representa, pues basta que fije de un modo preciso la cuantía de la renta, el período en que ha de ser ésta satisfecha y el tiempo que la dicha pensión ha de durar. La fijación del capital carece de interés para el perceptor de la renta, dado que la falta de pago de las pensiones vencidas nunca le autoriza a exigir la entrega de aquél (art. 1.805 del Código civil), de donde se infiere que, en lo que concierne al pensionista, la hipoteca constituida en su garantía sólo le asegura el pago de la renta, y por esta misma razón tampoco importa a tercero la capitalización de la pensión, pues sabe que sólo puede reclamar el pensionista, con su perjuicio, las pensiones vencidas, y aun éstas con la limitación que establecen los artículos 114 y 117 de la Ley Hipotecaria.

3.^a Sólo se garantiza la obligación de pagar periódicamente una renta o pensión en dinero y no la obligación de entregar o devolver un capital. No obstante en esta hipoteca juega la idea de un capital consistente en el valor que haya de atribuirse al derecho de renta en sí.

De las características apuntadas quizá la más importante y especificadora de esta figura se presenta cuando al *transmitirse el bien gravado con la hipoteca de renta*, el débito u obligación de pagar periódicamente la renta o pensión pasa ope legis al adquirente del bien hipotecado, quien asume *de iure* tal débito o responsabilidad, y se subroga por ministerio de la ley en el débito o responsabilidad, de manera que, en lo sucesivo, el adquirente de la finca hipotecada siempre asume la obligación de satisfacer la renta o pensión periódica, en todo cambio de dueño de la finca hipotecada, ya se trate de una transmisión voluntaria o forzosa.

Aun siendo esto así en el sentir de la mayoría de la doctrina, lo cierto es que no todos los autores mantienen esta tesis, pues la imprecisión de los términos del artículo 157 de la Ley Hipotecaria en este punto ha originado una interesante discusión doctrinal (“el que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto de las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los artículos 114 y párrafos primero y segundo del 115 de esta Ley”). Las principales posiciones mantenidas en la doctrina son las siguientes:

1.^a Tesis *absolutamente negativa*, sostenida por RUIZ ARTACHO, quien destaca que quien adquiere los bienes gravados con esta hipoteca, ya adquiera judicial o convencionalmente, no asume la obligación de pagar la renta o pensión periódica.

2.^a Tesis *parcialmente negativa*, mantenida por SANZ FERNÁNDEZ, para quien si la transmisión del bien hipotecado es judicial, el adquirente adquiere subrogándose por ministerio de la ley en la obligación de pagar las rentas o pensiones periódicas, subrogación que no tiene lugar en el supuesto de transmisión convencional.

3.^a Tesis *individualizadora*, defendida por GOMÁ SALCEDO, quien sostiene que no puede llegarse a una solución de alcance general, sino que las circunstancias específicas de cada caso concreto permitirán concluir si el adquirente de la finca hipotecada la adquiere con subsistencia o no de la obligación de pagar la renta o prestación periódica.

4.^a Tesis *absolutamente positiva*, que es la mantenida hoy por la generalidad de la doctrina, sustentadora del efecto asuntivo por el adquirente de la obligación de pagar la renta, tanto si adquiere el bien hipotecado judicialmente como si lo hace de manera convencional. Estos autores, no obstante, no dejan de reconocer las dificultades que se encuen-

autoprotección, ya que mediante este negocio una persona puede subvenir a la satisfacción de sus necesidades vitales, tanto para cuando esté en plena lucidez física y mental como cuando se encuentre en situación de incapacidad.

1. *Concepto.*

Para poder llegar a ofrecer un concepto del vitalicio es necesario tener en cuenta, que es un negocio autónomo, innominado y atípico, aleatorio, consensual, bilateral y oneroso.

Enumerados estos caracteres previos, podemos plantearnos su concepto no sin antes advertir que al no ser un contrato típico admite multitud de variantes. Entre los múltiples intentos definitorios parecen los más completos y descriptivos los siguientes:

278

a) Según BADENAS CARPIO, es “un negocio jurídico bilateral, por el cual una persona denominada constituyente se obliga a transmitir el dominio de un bien mueble o inmueble o un capital a cambio de que otro sujeto, llamado deudor, se comprometa a alimentar, cuidar, albergar en su casa, y procurar todo tipo de asistencia médica y farmacéutica a la persona o personas designadas en el contrato durante el resto de su vida, sujeto o sujetos, estos últimos, que frecuentemente suelen coincidir con la persona o personas del constituyente”.

b) Según REBOLLEDO VARELA, es “un contrato autónomo, innominado y atípico en el régimen del Código civil, distinto de la donación y también de la renta vitalicia aunque por su índole aleatoria presente ciertas semejanzas con el mismo, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público y cuya causa es, para una de las partes, la transmisión que la otra hace de un capital o de unos bienes, y para ésta, el alojamiento, manutención y toda clase de asistencia y cuidados

durante su vida que aquélla se obliga a prestarle, o la satisfacción de una pensión de alimentos”.

c) Según RODRÍGUEZ LÓPEZ, es “el contrato por el que una persona (cedente) transmite el dominio, otro derecho real o la facultad del simple goce y disfrute sobre determinados bienes, a otra (alimentante), a cambio de la obligación que ésta contrae, para con aquél o para con un tercero (alimentista), de prestarle de por vida, o por el tiempo que se fije, alimentos y asistencia en la extensión convenida, manteniéndolo en régimen de convivencia si así se hubiese pactado”.

Nuestro Tribunal Supremo y Audiencias así como la DGRN se han ocupado del contrato de vitalicio, con cierta periodicidad y entre ellas he escogido las siguientes Sentencias y Resoluciones:

—La STS de 1 de julio de 1982, dice que aunque el término “vitalicio” no figura literalmente en el contrato (también es sabido que los contratos son lo que son y no lo que digan los contratantes), consta que una de las partes transmite en propiedad a la otra dos bienes inmuebles por una cantidad insignificante (24.000 ptas., frente al valor según peritación que también consta en autos de 2.457.125 ptas.), con obligación del adquirente de prestar asistencia, cuidados y servicios de por vida a los cedentes; forma de contrato innominado, comprendido dentro del llamado “contrato vitalicio a título oneroso” en sentido genérico, que incluye distintas formas concretas, según los diversos tipos de prestación, que unas veces consiste en cantidades de dinero, como ocurre en la renta vitalicia, mientras que en otras lo es la satisfacción de una pensión de alimentos bien en sentido estricto (“in natura”) o bien en sentido amplio (asistencia, cuidados, servicios, etc., además de la alimentación propiamente dicha); forma, la segunda, en sus dos variantes, de la que se ven muestras en Derecho francés (“bail à nourriture”), suizo (“entretien viager” recogido en el Código de las obligaciones, en sus arts. 521 y ss.), alemán (especial-

mente el llamado “Altenteil”), italiano (“vitalizio alimentare”) y sobre todo, por lo que aquí interesa, en el Derecho consuetudinario español donde se encuentra la figura análoga de la llamada “dación personal” del Alto Aragón, con la importante especialidad de Galicia, denominada precisamente vitalicio o contrato vitalicio, subsistente en la actualidad, en cuanto que no fue derogado expresamente, cuya validez se basa en la autonomía privada del artículo 1.255 del Código civil, siempre que no se vulnere el triple límite que, en el mismo, se contiene; con la importante particularidad de que, justo porque es un contrato innominado (el término, como se dijo, es genérico), sin tipificación específica, habrá de regirse por los pactos, cláusulas y condiciones que las partes establezcan con la cobertura legal, común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código regula, es decir, la renta vitalicia, cuyas normas, establecidas en los artículos 1.802 a 1.808, ambos inclusive, habrán de ser aplicables, analógicamente, atemperadas a las especialidades de cada supuesto como acertadamente hizo la sentencia recurrida.

— La STS de 30 de noviembre de 1987, habla de la existencia de una figura negocial, que, si bien caracterizada por la parquedad con que la doctrina civilista la trata, no es desconocida por la jurisprudencia de esta Sala, que ya ha tenido ocasión de admitirla, argumentalmente en SS 14-11-1908 y 16-12-1930 y de modo directo en las de 28-5-1965 y 6-5-1980; se trata del llamado “contrato vitalicio” o de “pensión alimenticia”, o, también, de “alimentos vitalicios”, negocio independiente del de “renta vitalicia” y caracterizado, como muy bien indica la citada S. 28-5-1965 por ser un “contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moralidad o al orden público”.

— La STS de 3 de noviembre de 1988, en su Tercer Fundamento de Derecho nos indica que un contrato: “... por el

que una de las partes recibe de la otra un capital o unos bienes determinados, a cambio de lo cual se obliga a darle alojamiento, manutención y toda clase de asistencia y cuidados durante toda su vida, no es la de donación o de contrato de renta vitalicia, sino la de un contrato autónomo, innominado y atípico, al que se viene conociendo como “contrato vitalicio” o de “pensión alimenticia” o, también, de “alimentos vitalicios”, de acuerdo con constante y uniforme jurisprudencia de esta Sala (S de 28 de mayo de 1965, 12 de noviembre de 1973, 6 de mayo de 1980, 13 de julio de 1985, 30 de noviembre de 1987)...”.

— La resolución de la DGRN de 16 de octubre de 1989, indica que como ha declarado el Tribunal Supremo (SS 28-5-1965, 6-5-1980, 1-7-1982, 18-4-1984, 13-7-85, 30-11-1987 y 3-11-88), el contrato por el que las partes, al amparo del principio de libertad de estipulación, pactan que una de ellas se obligue respecto de la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, no es una modalidad de la renta vitalicia, sino un contrato autónomo innominado y atípico, con sus variedades propias según los fines perseguidos, y regido por los pactos, cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo dentro de los límites fijados por el artículo 1.255 y, subsidiariamente, por las normas generales de las obligaciones.

— La STS de 8 de mayo de 1992, dice que: “... la pensión vitalicia cuestionada, pertenece, como ha reconocido esta Sala en casos análogos (sentencias de 28 de mayo de 1965 y 1 de julio de 1982, entre otras), a una categoría de contratos autónomos, a los que no son aplicables las reglas de la renta vitalicia, pues bajo la denominación de “contrato vitalicio” a título oneroso se incluyen distintas formas concretas, según los diversos tipos de prestación, que en este caso consistió en cantidades de dinero y asistencia, cuidados, servicios, etc...”.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de abril de 1997, en el Segundo Fundamento de Derecho, nos dice que: “La jurisprudencia del Tribunal supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de este tipo de contrato dada la profusión de los mismos y así en sentencia como 3 noviembre de 1988 que se remite a su vez a las de 28-5-1965, 12-11-1973, 6-5-1980, 13-7-1985 y 30-11-1987 dice que en aquellos negocios por los que una de las partes recibe de los otros su capital o sus bienes determinados, a cambio de lo cual se obliga a darle alojamiento, manutención y toda clase de asistencia y cuidados durante toda su vida, es un contrato autónomo innominado, atípico, al que se viene conociendo como “contrato vitalicio”, de “pensión alimenticia”, o de “alimentos vitalicios” y la causa es, para una de las partes, la transmisión que la otra le hace de su capital o de sus bienes, y para ésta el alojamiento, manutención y toda clase de asistencia durante toda su vida que aquélla se obliga a prestarle”.

2. Caracteres.

De lo que hasta aquí se ha expuesto sobre este negocio se deduce que el mismo tiene los siguientes caracteres:

1.º *Innominado*, pues no está regulado en el Código civil, y se admite al amparo del principio de libertad de pactos. Según la STS de 28 de mayo de 1985, al amparo del principio de libertad contractual las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado “vitalicio” que no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1.802 al 1.808 del C.c., sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se

incorporen al mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1.255 del C.c.), y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones.

2.º *Autónomo de la renta vitalicia.*

Hoy pueden considerarse ya superadas las dudas sobre la autonomía de este contrato con respecto al de renta vitalicia.

La generalidad de la doctrina patria (con contadas excepciones como la de QUIÑONERO) y nuestra jurisprudencia (con escasas y señaladas desviaciones: SS 1-7-1982 y 13-7-1985), se consagran esta autonomía, siguiendo los pasos de los derechos francés (“bail a nourriture”: arrendamiento de manutención), suizo (“contrat d’entretien viager”), alemán (“alten-
teil”) e italiano (“vitalizio alimentare”).

Esa predicada autonomía, unida a la ausencia de norma legal alguna específicamente dictada en orden a su regulación, permiten afirmar que nos encontramos ante un contrato atípico.

283

3.º *Aleatorio.*

Residiendo la aleatoriedad, en la incertidumbre sobre la duración de la vida del alimentista, cuya extinción determinará la de la obligación de pago de la prestación de alimentos, eso significa que dependen del azar tanto el tiempo de su eficacia como el número de rentas a pagar o la extensión y cuantía de las prestaciones, que dependerán de las cambiantes necesidades del cedente.

Según BADENAS CARPIO, aunque se diga que el contrato de vitalicio es más aleatorio que el de renta vitalicia porque la cuantía efectiva de la prestación debida por el deudor en el primero no está determinada a diferencia de lo que sucede en el segundo, lo cierto es que ambos son dos contratos esencialmente aleatorios, en cuanto que al menos la prestación debida por uno de los contratantes *se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto como la duración de la vida humana*. No obstante, aun reconociendo que lo primero

pueda ser cierto (que el vitalicio sea más aleatorio incluso que la renta vitalicia al estar sujeta la prestación alimentaria a las vicisitudes por las que pueda atravesar la salud del beneficiario de dicha prestación) esta circunstancia no tiene la menor trascendencia en cuanto a la eficacia y al régimen jurídico aplicable al contrato, pues éste deberá ser cumplido de conformidad con lo estipulado por las mismas partes, y en su defecto por lo previsto en el artículo 142 del Código civil.

Para reducir, o al menos limitar la aleatoriedad del vitalicio, la doctrina admite la posibilidad de que las partes estipulen un tope o un máximo al valor de la prestación a que se encuentra obligado el deudor, de manera inversa, aunque simétrica, a lo que sucede en la renta vitalicia cuando las partes pactan una cláusula de estabilización.

4.º *Consensual.*

284 Como dice RODRÍGUEZ LÓPEZ, las interminables cuestiones que a propósito de la renta vitalicia se plantearon sobre su carácter real, desenvueltas en una orientación clásica defensora del tal carácter (CASTÁN, VALVERDE, DE BUEN, PUIG PEÑA, ESPÍN, etc.), y otra que sostiene su naturaleza consensual (BELTRÁN DE HEREDIA, ALBALADEJO, A. DEL MORAL, PUIG BRUTAU, JORDANO, etc.), no tienen en el contrato de vitalicio el vigor que alcanzan en aquélla, por la esencial razón de que, preceptos tan discutibles y motivadores de tesis encontradas como el artículo 1.802, no son de alegar en un contrato atípico regido por otras reglas.

Sin ese obstáculo se impone, en consecuencia, el carácter consensual del contrato de vitalicio, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.254 y 1.258 del C.c., que, como normas generales de las obligaciones y contratos, son de aplicación al mismo (S 28-5-1965).

5.º *Bilateral.*

Perfeccionado el contrato, surgen obligaciones para ambas partes. En el cedente la de entregar el dominio, el derecho

real limitativo, o el uso de la cosa; y, en el cesionario, la de satisfacer la prestación alimenticia en toda su extensión, con aplicación, en su caso, de las consecuencias previstas por el artículo 1.124 del Código civil. En igual orientación se manifiesta la ya citada y reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de abril de 1997, al indicar que: "... es, para una de las partes, la transmisión que la otra le hace de su capital o de sus bienes, y para ésta el alojamiento, manutención y toda clase de asistencia durante toda su vida que aquélla se obliga a prestarle...".

6.º *Oneroso.*

Este contrato tiene un marcado carácter oneroso pues impone, como esencia del mismo, las recíprocas prestaciones y compromisos económicos afectantes al patrimonio de ambas partes.

285

3. *Régimen jurídico.*

Como ya se ha aludido, el contrato de vitalicio es un contrato atípico en el *Derecho común* (Código civil), ya que no existen normas que lo regulen específicamente.

En el ámbito del *Derecho foral*, es donde aparecen figuras similares al vitalicio, como por ejemplo en el de Cataluña y Galicia.

a) *Cataluña*: La regulación que aparece en su Compilación, en relación al violario está más cerca de la renta vitalicia que del contrato vitalicio, pues de él nace una obligación periódica consistente en pagar una cantidad de dinero y no una obligación que comprenda el alojamiento, mantenimiento y alimentación del acreedor, que es lo que resulta del vitalicio.

En efecto, en concreto en relación con el violario (figura muy parecida a la renta vitalicia del Código civil) nos dice el artículo 334 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, Texto Refundido de 19 de julio de 1984 que: "La

constitución del derecho a percibir periódicamente una pensión en dinero durante la vida de una o dos personas que a la sazón existan, a cambio de la percepción de un capital o precio, se llama violario y podrá constituirse a favor de cualquier persona o personas, aunque no sean las que entreguen dicho capital o precio. De no pactarse otra cosa, las pensiones se pagarán por plazos anticipados”.

Según el artículo 335 del mismo cuerpo legal: “El pagador de la pensión podrá redimir en cualquier tiempo la obligación contraída mediante la restitución íntegra del capital. Los violarios se regirán por las normas de los censales con excepción del pacto de mejora”. La *remisión* que hace este artículo a la norma de los “censales”, nos lleva a recoger de esa regulación lo siguiente: 1.º Que los violarios deben de constar en *escritura pública*; y 2.º Que de conformidad con el artículo 332 de la Compilación: “Hipotecada una finca en garantía de un censal, *será de aplicación* lo dispuesto en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 157 de la Ley Hipotecaria”. Este artículo 157 de la LH ha sido estudiado y expuesto al hablar de la renta vitalicia.

b) *Galicia*: En esta Comunidad Autónoma el vitalicio propiamente dicho está hoy regulado en el artículo 95 de su Derecho civil especial en la Ley de 24 de mayo de 1995.

Según su artículo 95 “1. Por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan, respecto a otra u otras, a prestar alimentos en extensión, amplitud y términos que conengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista. 2. En todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes”.

La regulación contenida (REBOLLEDO VARELA) en los artículos 95 a 99 de la Ley gallega 4/1995, aunque comprende los aspectos esenciales del contrato y le hace perder su nota de atipicidad propia del régimen del Código civil convirtién-

dolo en un contrato típico, no es todo lo completa que hubiese sido de desear, quedando fuera de la regulación expresa aspectos y problemas importantes de los que presenta esta institución.

c) En cuanto a los contratos vitalicios en el ámbito del Derecho común (o sea, ámbito del *Código civil*) se puede indicar que los mismos se regirán:

1.º Por las normas imperativas contenidas en el Código civil.

2.º Por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1.255 del Código civil). Es decir, se regirán por lo lícitamente convenido por las partes, sin otro límite genérico que el contenido en el reseñado artículo 1.255.

3.º Por las normas de Derecho supletorio, de general aplicación a todos los contratos, o sea, por las normas generales de las obligaciones.

4.º Por los preceptos del Código civil relativos a los alimentos (arts. 142 y ss.) y al contrato de renta vitalicia (arts. 1.802 y ss.) siempre que sean compatibles con la propia esencia de este contrato, por las estipulaciones de las partes contratantes, y por las normas generales de las obligaciones. Entre las normas del contrato de renta vitalicia que se podrían aplicar están (RODRÍGUEZ LÓPEZ) los artículos 1.803, 1.804, primera parte (muerte) y 1.808. Por el contrario, habrían de estimarse inaplicables los artículos 1.804 en su segunda parte (pues en el vitalicio no es esencial el equilibrio de las prestaciones), 1.805 y 1.806 (basados en el elemental carácter pecuniario de las pensiones, lo que no es tal cuando del vitalicio se trata), y 1.807 (cuyo presupuesto arranca de una constitución a título gratuito, que en modo alguno cuadra al vitalicio). Todo ello, naturalmente, siempre que las lícitas convenciones entre las partes no hubiesen previsto otro régimen singular excluyente de aquellas normas.

XII. La renta vitalicia, el vitalicio y las legítimas en el Código civil español

Estas dos figuras de la renta vitalicia y el vitalicio, pueden plantear y de hecho plantean en la práctica problemas o colisión con la institución de la legítima en el Código civil, en aquellos supuestos en los que se simule un negocio a título oneroso y se disimule una donación. Es necesario indicar con carácter previo, que las normas de autoprotección no pueden perjudicar las legítimas de los herederos forzosos.

288

Como ya hemos indicado anteriormente al hablar de la cuantía de la renta y el problema de la donación encubierta, uno de los puntos más cruciales tanto del contrato de renta vitalicia como del vitalicio, desde un punto de vista práctico y que debe quedar determinado con la máxima nitidez, es el de la cuantía y certeza de la pensión que debe recibir el beneficiario. Nuestro Código civil nada establece en este punto, por lo que en principio las partes pueden fijar libremente la renta en los términos y en la cuantía que tengan por conveniente, en base al principio de la autonomía de la voluntad. Ahora bien, creemos que el que el Código no contenga disposiciones relativas a la fijación de la renta no puede ser una razón que justifique una absoluta libertad en este punto; y ello es así ya que el supuesto que estamos estudiando de autoprotección nos lleva a pensar y a afirmar que la cuantía de la renta o pensión ha de ser suficiente y ha de ser bastante para cubrir las necesidades presentes, y sobre todo las futuras que estarán o podrán estar precisamente ubicadas temporalmente en un momento en el que la previsible incapacitación haga indispensable la misma en cuantía suficiente, para cubrir todas las necesidades del constituyente de la renta hasta su fallecimiento.

El que estemos ante un verdadero negocio de renta vitalicia, conmutativo y oneroso y no ante uno que con tal apariencia externa se mostrase en la vida jurídica, *pero que en*

realidad disimulara una auténtica donación, tiene una enorme trascendencia, pues de ser verdaderamente un negocio gratuito se podría aplicar toda la normativa de *carácter imperativo* que en el Derecho español protege la intangibilidad de la legítima.

Por ello, si el contrato de renta vitalicia o el vitalicio son efectivamente negocios onerosos, fallecido que sea el rentista, en ese mismo momento o en el indicado en el artículo 1.806, se extinguirá el contrato, sin que los herederos forzosos o legitimarios puedan reclamar nada, pues el pagador puntual de la renta habrá adquirido el inmueble o inmuebles transmitidos de forma irrevocable.

Pero si el negocio establecido disimulara una donación podrían ejercitarse las acciones de reducción o de nulidad que la ley otorga al legitimario.

Aunque referido sólo al vitalicio, pero aplicables *mutatis mutandi* a la renta vitalicia, recogemos, por su claridad, las palabras escritas por REBOLLEDO VARELA, cuando dice que no es infrecuente en la práctica la impugnación judicial por los herederos forzosos del contrato de vitalicio realizado por el causante (entre otras muchas, STS de 30 de noviembre de 1987). Es claro que a través de este contrato pueden llegar a vulnerarse con mucha facilidad cuantitativamente las legítimas, desde el momento en que se produce una transmisión patrimonial en favor de terceros no legitimarios o en beneficio de uno de ellos en cuota superior a lo que el causante podría disponer por legítima estricta, mejora y tercio de libre disposición, por lo que no hay que olvidar las normas generales sobre fraude, especialmente cuando habiéndose convenido una entrega actual no se produce entrega posesoria ni transmisión del dominio, continuando el cedente actuando como titular dominical en el disfrute de los bienes frente a terceros (STS 19 de enero de 1957), o cuando no se paga la pensión de alimentos estipulada o no se realizan los cuidados no por mero incumplimiento sino por simulación deliberadamente convenida por ambas partes, o se

conviene al término evidente de la vida del alimentista por inexistencia de la aleatoriedad, etc., atendiendo especialmente a los contratos de vitalicio celebrados con dolo por parte del cesionario en los términos contemplados en el artículo 1.269 Código civil y captación de voluntad en circunstancias de enfermedad del cedente, debilidad en las facultades mentales, falta de necesidad económica y afectiva para realizar la cesión, etc. (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1989).

290

Ahora bien, sin perjuicio de los problemas de fraude, ante la existencia de una simulación o un contrato de vitalicio realizado con intención de perjudicar los derechos de los legitimarios, tal y como declaró la S 24 de mayo de 1995, eso lleva consigo la declaración de nulidad con la devolución mutua de los bienes y el importe de los alimentos percibidos. No hay que olvidar que el contrato de vitalicio es un contrato oneroso, por lo que la existencia de legítimas no tendrá en principio relevancia alguna y, en consecuencia, la disposición patrimonial que a través de él se realiza en favor del cesionario no puede estimarse con una vulneración de las legítimas no inoficiosa que deba ser objeto de reducción, doctrina ya sostenida por las SS 30 de noviembre de 1987 y 31 de julio de 1991 ante un pacto de cesión de bienes a cambio de alimentos, y mucho menos los legitimarios pueden efectuar reclamación alguna cuando la celebración del contrato de vitalicio se ha producido por un estado de necesidad no tanto económica sino de atenciones y de cuidados no proporcionados por aquéllos, como declara expresamente la S 6 de mayo de 1980, en que el causante hubo de otorgar el contrato para obtener un domicilio y atenciones necesarios para los últimos años de su vida, lo que no pudo obtener de los legitimarios en cierto sentido esencia también del contrato de vitalicio.

Es de resaltar que la práctica demuestra cómo son los herederos forzosos los que habiendo provocado con su actitud de abandono la formalización del contrato de vitalicio,

siempre alegan posteriormente simulación e intención de perjudicar sus derechos sucesorios, siendo rechazadas sus pretensiones de manera bastante contundente. Así la mencionada Sentencia de 6 de mayo de 1980, pudiéndose ver, además, otro ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 13 de junio de 1995, en que solicitada la nulidad del contrato por fraude “se hace necesario discernir los elementos objetivos de tal contrato para de ellos deducir si su aserto teleológico es el fraude a un heredero o la de redimir una situación difícil derivada del desamparo, soledad y falta de cuidado en que tal otorgante se encontraba cuando suscribió con sus hermanos el referido vitalicio”, y ante la evidencia de que su hija no le prestaba atención ni cuidado alguno, a quien ni siquiera visitaba se estima que “la simulación denunciada no es real ni tampoco el ánimo de perjudicar a su descendiente sino un remedio doloroso a una situación de necesidad real, objetiva y probada que no pudo encontrar en la demandante”.

291

La falta de vulneración de las legítimas se produce, en principio, cualquiera que sea la cuantía de los bienes cedidos por el alimentista, siempre que exista una proporcionalidad mínima con los alimentos o cuidados a prestar en atención a las perspectivas de vida del alimentista, que es lo que constituye el carácter aleatorio de este contrato y lo diferencia de otros (*vid.* STS 7 de abril de 1961) pues, como dice la ya citada S 10 de abril de 1956, con referencia a la renta vitalicia, la pensión ha de venir calculada mediante la división del valor de los bienes cedidos en cuotas anuales en función de la vida probable del dueño del bien cedido, que es lo que constituye el áleas de este tipo de contrato, y aunque por las propias características del contrato de vitalicio y la dificultad de cuantificación económica, de las ayudas y cuidados efectivamente prestados por su carácter personalísimo, no sea exigible una perfecta proporcionalidad y cálculo por las perspectivas de vida del alimentista, dependiendo en gran medida de criterios puramente subjetivos de

la valoración que le dan los propios afectados, siempre debe existir una correspondencia económica, pues aunque como dice acertadamente la SAP Granada, Sección 3.º de 16 de noviembre de 1992, el contrato de vitalicio no impide que las condiciones de adquisición de los bienes por el cesionario pueden ser ciertamente favorables y ello porque en este tipo de contratos no resulte fácil alcanzar *ab initio*, un equilibrio ajustado entre las prestaciones de las partes, al quedar confiado precisamente dicho extremo a los avatares del álea, el eventual beneficio obtenido debe ser consecuencia de los avatares en el desarrollo del contrato y en su resultado final, no en la desproporción inicial que excluiría, también *ab initio* toda idea de aleatoriedad en la equivalencia de las prestaciones y, como dice GOMÁ SALCEDO, difícilmente podrá seguir siendo calificado de oneroso un contrato en el que la desproporción de las contraprestaciones es manifiesta.

292 En otro caso, y admitiendo que las partes son enteramente libres para establecer la cuantía y la proporcionalidad de sus prestaciones económicas, que el contrato resultante es lo que es y no como lo hayan designado las partes, a lo sumo, nos encontraremos simplemente ante una donación modal u onerosa, o incluso remuneratoria colacionable entre herederos forzosos como mínimo para el cálculo del caudal del causante (art. 818) o reducibles (art. 654) cuando es con un tercero.

Encontrándonos ante la hipótesis del posible perjuicio de las legítimas entrarán en juego las normas de protección de ellas, que tienen un marcado carácter imperativo, como son las de reducción de disposiciones inoficiosas o las de poder obtener la declaración judicial de nulidad del propio negocio realizado, por haberse efectuado en fraude de los derechos de los legitimarios.

Vamos a exponer a continuación, a solicitud de los coordinadores internacionales, esta problemática en el Derecho español y para ello queremos partir de los diferentes modos de deferirse la sucesión.

El artículo 658 del Código civil, en sus párrafos 1.º y 2.º, dice: “La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima”.

Esta norma distingue dos modos de deferirse la sucesión, “Por la voluntad del hombre manifestada en testamento” (llamada sucesión testamentaria), y a falta de testamento “por disposición de la Ley” (llamada sucesión legítima).

En el párrafo 3.º, recoge el artículo 658 la que podríamos llamar sucesión mixta, al decir: “Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley”. Estas palabras vienen a ser corroboradas por el artículo 912 del Código civil cuando en su apartado 2.º nos dice que: “la sucesión legítima (intestada) tiene lugar cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto”.

Se podrá hablar también de otro modo de deferirse la sucesión, que es la denominada sucesión contractual, de mayor arraigo en los territorios forales que en el Derecho común.

La sucesión testamentaria a su vez se subdivide en libre y limitada, según que existan o no herederos forzosos. Así se desprende del artículo 763 del Código civil cuando dice que: “El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos. El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo”.

Aunque este artículo pudiera parecer superfluo e innecesario por las reglas contenidas en los artículos 806 y siguientes del Código civil, tiene, no obstante, la virtud de

dar unas normas claras y precisas sobre el problema de la libertad de testar.

Bástenos indicar aquí, como se deduce de la literalidad transcrita del precepto, lo siguiente:

a) Nuestro Derecho Común *deja libertad absoluta al testador* para poder nombrar como heredero a la persona o personas que tenga por conveniente, sin más limitación, en cuanto a la cuantía de la disposición patrimonial, que el respeto a la legítima.

b) La voluntad del testador (derecho voluntario) debe ceder ante las normas que regulan las legítimas, ya que éstas son *normas de carácter imperativo o necesario* que el causante no puede alterar. La protección a los legitimarios es el límite que el derecho pone al contenido patrimonial de la institución de heredero.

294 La Ley deja hacer y disponer al causante (VALLET) en cuanto éste cumpla voluntariamente el deber que le impone y no se salga de los límites que le señala para disponer con uno u otro destino, y sólo confiere al legitimario, en forma subsidiaria, derecho de impugnación, o bien el complemento, cuando en perjuicio suyo el testador o donante se hubiese excedido de las limitaciones señaladas en la Ley.

Es, pues, el sistema legitimario español un sistema de reglamentación negativa o de freno a la voluntad del testador.

La legítima en Derecho español (salvo en Navarra, donde existe absoluta libertad de testar, y en Cataluña, donde es simplemente una cuarta parte del valor de la herencia, como mero derecho de crédito), es intangible, por ello las disposiciones legales relativas a la legítima son un ejemplo característico de las normas de derecho imperativo o necesario. Son *ius cogens* y la voluntad contraria del causante no puede prevalecer.

Es clásico en la doctrina española distribuir de manera sistemática las normas relativas a la intangibilidad de la legítima en tres grupos:

Primer Grupo, donde quedan englobados los actos radicalmente prohibidos, como son los de renuncia anticipada y gravamen de la legítima.

Segundo Grupo, donde se estudian las reglas que permiten impugnar actos inoficiosos o simulados realizados por el causante en perjuicio de la legítima.

Tercer Grupo, donde se contemplan las disposiciones que autorizan la rectificación de las disposiciones por causa de muerte que directamente traten de dejar sin efecto o perjudicar los derechos de los legitimarios (acción de suplemento de legítima, supuestos de preterición y supuestos de desheredación injusta).

Por razones de título de la ponencia vamos a estudiar exclusivamente el reseñado “Segundo Grupo”, es decir, las reglas que permiten impugnar actos inoficiosos o simulados realizados por el causante en perjuicio de la legítima.

295

XIII. Reducción de disposiciones inoficiosas

El calificativo de “inoficioso” significa disposición contraria al *officium* o al deber de la persona hacia sus parientes. Esta inoficiosidad sólo se exteriorizará una vez que el disponente haya fallecido.

Nuestro Código civil se refiere a ellas en el artículo 636 (en relación a las donaciones) y en el artículo 817 (en relación a las disposiciones testamentarias).

— Artículo 636: “No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa, en todo lo que exceda de esta medida”.

— Artículo 817: “Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”.

A) Personas legitimadas activamente para ejercitar la acción fundada en inoficiosidad.

Solamente están legitimados activamente los legitimarios y sus herederos. No obstante, hay que llamar la atención que el artículo 655 del Código civil viene a conceder también esta acción al legatario de parte alícuota. No nos vamos a plantear aquí el problema del legatario de parte alícuota, sino sólo exponer el criterio que prevalece de manera casi unánime en nuestra doctrina y es el que la acción de reducción de donaciones corresponde *sólo a los legitimarios, y a sus herederos* y no a los legatarios aunque éstos sean de parte alícuota. (El TS en S de 12 de octubre de 1943 indicó que está legitimado activamente el heredero voluntario del legitimario para ejercitar, con interés jurídico y económico, la acción de impugnación de actos simulados otorgados por el causante en perjuicio de las legítimas, pues el heredero voluntario adquiere el derecho que su causante, el legitimario, podía ejercitar).

296

ROCA SASTRE considera que además de los anteriores podrán ejercitar la acción de reducción, por vía de subrogación, los acreedores hereditarios cuando el legitimario resulte ser heredero sin haber aceptado la herencia a beneficio de inventario.

B) Carga de la prueba de la inoficiosidad.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de febrero de 1951 sentó la doctrina siguiente: la inoficiosidad de la donación o el legado debe ser probada por quien la alega pretendiendo reducirlos o eliminarlos, no siendo admisible privar al legatario de la liberalidad a él asignada sin una demostración cumplida, con su intervención, de la insuficiencia de los restantes bienes para satisfacer las legítimas.

C) Orden a seguir en la reducción.

Las reglas del Código civil pueden resumirse de la siguiente forma: se reducirán primero los legados, después las donaciones “inter vivos”. Los legados se reducen a prorrata; las donaciones se empezarán por las de fecha más reciente.

1. *Reducción de legados.*

a) Doctrina del número 2.º del artículo 820 del Código civil.

De lo dispuesto en el número 2 del artículo 820 del Código civil se deduce que los legados se reducen a prorrata excepto cuando el testador ha dado carácter preferente a alguno, en cuyo caso éste sólo sufrirá reducción si la legítima tampoco queda a salvo después de haberse aplicado los demás a su pago. Esta regla del número 2.º del artículo 820 concuerda perfectamente con la norma del artículo 891 del Código civil que dice: “Si toda la herencia se distribuye en legados se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa”.

b) Concordancia entre el número 2 del artículo 820 y el artículo 887.

En cambio, necesita ser concordado este número 2.º del artículo 820 con las reglas consignadas en el artículo 887 del Código civil, al decir éste: “Si los bienes de la herencia no alcanzasen para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente. 1.º Los legados remuneratorios. 2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forma parte del caudal hereditario. 3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes. 4.º Los de alimentos. 5.º Los de educación. 6.º Los demás a prorrata”.

Llama la atención el que el artículo 820 prescinde de la preferencia del artículo 887. Especialmente choca que el artículo 820 número 2.º, exceptúa de su criterio igualatorio sólo

aquellos legados respecto de los cuales así lo hubiere declarado el testador, mientras el artículo 887 coloca éstos en tercer lugar. Con relación al artículo 820, la voluntad del testador es la primera ley en la materia; conforme al artículo 887, la voluntad del testador es la ley en tercer grado.

Como explicación a esta aparente contradicción se puede citar la postura de aquéllos que consideran que los artículos 820, número 2 y 887 se refieren a *supuestos distintos* y que por esto se rigen por reglas diferentes. Esta opinión se encuentra expuesta en bastantes autores de la siguiente forma:

— En principio parece mucho más razonable el sistema el artículo 887 de previa clasificación de los legados teniendo en cuenta el objeto del mismo, que el sistema del artículo 820 de reducción a rajatabla y sin contemplaciones.

— Esta aparente falta de unión entre ambos artículos quizá tenga su razón de ser en que, en realidad, se están refiriendo a supuestos distintos: el artículo 887 al conflicto entre legatarios; el artículo 820 al conflicto entre legatarios y herederos forzosos.

— Estamos, por tanto, ante una diferente causa de reducción. En el artículo 820 la reducción se impone para dejar a salvo las legítimas por lo que parece lógico que se prescinda para la reducción de toda consideración basada en el objeto o finalidad del legado. Mientras que en el caso del artículo 887 al no existir esta colisión con las legítimas, se establece un orden de preferencia atendiendo al objeto legado y fundado en la interpretación que hace el Código civil de la intención del causante y el interés de los legatarios.

c) Supuesto especial de los artículos 821 y 822 del Código civil.

Si el legado consiste en un inmueble que no admita cómoda división, nuestro Código civil dicta normas especiales en los artículos 821 y 822, que dicen:

— Artículo 821: “Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la

mitad de su valor, y en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.”

— Artículo 822: “Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.

2. Reducción de donaciones.

El artículo 819 en su último párrafo nos dice que en cuanto las donaciones fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes. El artículo 820 nos indica que fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si fuere necesario, las mandas hechas en testamento. Estas normas hay que relacionarlas con lo dispuesto en los artículos 654, 655 y 1.044 del Código civil. El análisis de estos preceptos permite formular, como síntesis, respecto al orden de reducción, las reglas siguientes:

a) Se reducen en primer término los legados, como se ha dicho.

b) Reducidos los legados, si no quedaren cubiertas todas las legítimas, se reducirán las donaciones, excepto “los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos” en cuanto éstos no excedan de un décimo de la cantidad disponible por testamento.

c) La reducción de las donaciones se efectuará por orden inverso a su fecha, es decir, comenzando por las más recientes.

d) Las donaciones que sean de igual fecha, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 820, número 2.º, deben reducirse a prorrata, a menos que el donante al otorgarlas hubiese determinado un orden de preferencia entre ellas. (LACRUZ precisa que la posibilidad de que el donante imponga la prioridad de la reducción *in eventum* de cualquier donación se circunscribe al mismo acto de la donación, dada la regla de la irrevocabilidad de las donaciones *inter vivos*).

El problema de la fijación de fecha en las donaciones de inmuebles otorgadas por actos *inter vivos* se verá facilitado, pues al tener que otorgarse en escritura pública (art. 633 Código civil) la fecha de éstas será siempre auténtica por aplicación del artículo 1.218 del Código civil.

Un problema especial es el supuesto de *insolvencia del donatario*.

300

ROCA SASTRE considera que es de equidad prescindir de momento del importe de la donación inoficiosa al calcular la legítima, reputando como no hecha tal donación, pero dejando viva la acción de abono del referido valor contra el donatario, por si pasase a mejor fortuna, atribuyendo esta acción a los legitimarios o al donatario anterior que pueda entonces resultar alcanzado de inoficiosidad. (Por tanto, el efecto de la insolvencia de alguno de los donatarios repercute en los demás).

VALLET, y siguiéndole LACRUZ, dice que el riesgo de la insolvencia del donatario sólo corresponde a los legitimarios. No olvidemos que la acción de reducción es una acción rescisoria de la que es titular el legitimario, dirigida a reclamar lo donado en exceso, o subsidiariamente su importe. Como acreedor —de cosa o de valor, según los casos— debe corresponderle al legitimario el riesgo de insolvencia del donatario. Ni el artículo 636 ni el 654 dan base para repercutir, directa ni indirectamente, en todo ni en parte, a los donatarios anteriores el riesgo de la insolvencia de otro donatario posterior, tanto más cuanto que sigue viva la acción del

legitimario contra el donatario ulterior, que podría llegar a poder hacerse efectiva si éste mejorase de fortuna.

D) Efectos del ejercicio de la acción fundada en inoficiosidad de la donación.

1. *Efectos respecto del donatario.*

Los legitimarios disponen de una *acción rescisoria*, por tanto, de carácter personal, dirigida a dejar sin efecto una transmisión patrimonial ya consumada.

Por ello, la reducción o revocación de estas donaciones no alcanza a los objetos que el donatario haya enajenado normalmente, pero sí alcanzará al valor del bien, o sea, el donatario queda obligado a pagar en dinero a la masa común el importe de la enajenación.

VALLET, en esta línea, indica que el carácter rescisorio, tradicionalmente atribuido a las querellas de inoficiosidad, parece confirmado por los artículos 645, 649 y 650 del Código civil. De ello, sin necesidad de recurrir a racionamientos conceptuales, podemos deducir las siguientes consecuencias:

a) Quedarán subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de reducción en el Registro de la Propiedad. Las enajenaciones posteriores quedarán sujetas a reducción. Lo que significa que, a estos solos efectos, se considera que continúan siendo del donatario.

b) Los legitimarios tendrán derecho a exigir del donatario, hasta el montante de la reducción debida, el valor de los bienes enajenados que no puedan reclamar de los terceros, o la cantidad en que hubiesen sido hipotecados.

c) El artículo 654, en el inciso final del párrafo primero, indica que la reducción no obstará para que el donatario haga suyos los frutos, regla que contempla el 651, párrafo 1º, al indicar que cuando se redujere la donación por inoficiosidad, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.

2. *Efectos respecto de terceros (adquirentes del donatario).*

La reducción por inoficiosidad no alcanza a terceros adquirentes. La acción de reducción es, como se ha dicho, una *acción rescisoria*, es decir, de carácter personal. *No tiene eficacia respecto de terceros de buena fe*, aunque no estén protegidos por la Ley Hipotecaria; ulteriormente, la acción de reducción puede alcanzar eficacia contra terceros sólo mediante la anotación preventiva de su demanda.

Hay que aclarar que, en ese caso, la buena fe, por referirse a un derecho personal, como es el derivado de una acción de rescisión, no falta por el hecho de que el adquirente conozca su posible existencia. La adquisición de la cosa donada, por lo menos en vida del donante, no puede significar lesión de un derecho que sólo nacerá, si se da su supuesto, cuando fallezca aquél. La mala fe (como ocurre con la acción pauliana o con la derivada del art. 1.124 del Código civil) requiere que el adquirente sepa que la enajenación se efectúa para defraudar a los legitimarios, burlando su posible acción para reclamar la reducción de una anterior donación de la cosa enajenada.

3. *Efectos en general.*

Los bienes o valores que reingresen en la masa partible por reducción de donaciones inoficiosas sólo vuelven a formar parte de la herencia en interés de los legitimarios.

E) Extinción de la acción de reducción por inoficiosidad.

La acción de reducción por inoficiosidad se extingue:

1.º Por *renuncia expresa o tácita de todos los legitimarios afectados*, efectuada después del fallecimiento del donante, no así la efectuada antes, que conforme al párrafo 2º del artículo 655 sería ineficaz. No puede presumirse la renuncia por haber aceptado la herencia el legitimario a quien

corresponda ejercitarla, ni por el cumplimiento de lo dispuesto en el testamento.

2.º Por *prescripción*. En cuanto al plazo de prescripción no existe unanimidad entre la doctrina.

Parte de la doctrina ha propuesto la aplicación del plazo de las acciones personales, expresado en el artículo 1.964, o sea, quince años, contados a partir de la apertura de la sucesión.

PUIG BRUTAU y CASTÁN se han inclinado por el plazo de prescripción de cuatro años, que para las acciones rescisorias señala el artículo 1.299 del Código civil.

LACRUZ indica que ante la falta de plazo prescriptivo expreso resulta más lógico aplicar por analogía, bien el artículo 1.299 del Código civil (art. 37 de la Ley Hipotecaria), bien mejor aún el 646 del Código civil; preceptos que regulan conflictos de intereses muy parecidos. El plazo del artículo 1.964 es una regla genérica, sin consideración de los caracteres individuales de cada supuesto, y que sólo debe aplicarse en último extremo.

303

XIV. Impugnación de actos simulados o fraudulentos realizados por el causante en perjuicio de la legítima

Los legitimarios han de disponer de *medios más enérgicos* que la acción personal de rescisión cuando el causante ha realizado actos en fraude de sus derechos, y ello porque el heredero forzoso, amparado en el derecho que la ley le reconoce de que su legítima sea inviolable puede ejercitar la correspondiente acción dirigida a impugnar los actos de su causante que éste hubiera realizado en perjuicio de su derecho.

Así el Tribunal Supremo en Sentencias de 12 de abril de 1944, 12 de abril de 1946, 24 de marzo de 1950 y 28 de febrero de 1953, ha sentado la doctrina que en las *donaciones disimuladas con intención de defraudar a los legitimarios* no se rige por el artículo 654 del Código civil, que sólo

ordena la reducción en la medida que sean inoficiosas, sino por el artículo 1.275 que determina la *total nulidad* del negocio por ilicitud de la causa.

De conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1986 y según constante jurisprudencia, el heredero forzoso está legitimado para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante. Por ello, el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no pueden impedir a un heredero forzoso impugnar tales actos cuando por tal simulación pueden resultar afectados sus derechos legitimarios, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga, sin posibilidad de desconocerlos, ni siquiera de disminuirlos. Añade esta Sentencia que el derecho del heredero forzoso de impugnar los actos de simulación absoluta o relativa de su causante, le es concedido por la norma legal, por lo que en este supuesto su condición jurídica no es la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, y, por tanto, en este sentido actúa con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión.

XV. La sociedad unipersonal

La regulación de la figura de la sociedad unipersonal es la culminación legislativa de una sentida necesidad previa en la vida mercantil.

El tratamiento de las situaciones de unipersonalidad en nuestro Derecho de Sociedades antes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, fue obra de nuestra jurisprudencia ante la ausencia, casi total, de regulación positiva, y evolucionó desde la negación inicial hasta un amplio reconocimiento.

A) Primera etapa: rechazo de la sociedad unipersonal.

En el régimen del Código civil y del Código de comercio la “sociedad de un solo socio” no tiene encaje.

1.º No tiene encaje la “unipersonalidad originaria” porque la sociedad nace de un contrato y todo contrato requiere, como elemento esencial, una pluralidad de parte.

2.º Tampoco tiene encaje la “unipersonalidad sobrevenida” porque la existencia de una pluralidad organizada de personas es el fundamento de la atribución a una entidad de personalidad jurídica propia e independiente de la de cada uno de los “asociados” (art. 35 C.c.), debiendo entenderse que la sociedad deja de existir cuando no hay, al menos, dos socios.

En esta línea, la Sentencia del TS de 13 de junio de 1981, incidentalmente y ante un caso de sociedad colectiva, afirma que no puede existir ninguna sociedad compuesta de un solo individuo.

305

B) Segunda etapa: reconocimiento matizado.

La resolución de la DGRN de 11 de abril de 1945 marcó un cambio de orientación al distinguir entre:

a) “Unipersonalidad originaria”: No se admite pues en el momento constitutivo de la compañía se requiere una pluralidad de personas.

b) “Unipersonalidad sobrevenida”: Cuando una sociedad deviene unipersonal al concentrarse todas las acciones en una sola persona (caso no difícil en sociedades de tipo familiar, por sucesión *mortis causa*) la sociedad no queda disuelta (no se recoge como motivo de disolución en el artículo 221 del Código de Comercio) sino que subsiste mientras exista la posibilidad de reestablecer el equilibrio social transitoria o excepcionalmente alterado, y sin que el Código establezca un plazo para la vuelta a la pluralidad de socios.

La doctrina de esta resolución influyó sin duda en los redactores de la LSA de 1951, cuyo texto articulado no aborda la cuestión que, sin embargo, sí es tratada en su Exposición de Motivos en la que se dice que “no se considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano, por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca restableciéndose la pluralidad de socios...”

Esta ausencia de regulación se repite en la LSRL de 1953.

C) Tercera etapa.

La reforma del Derecho de Sociedades de 1989 no abordó la regulación de la sociedad unipersonal, quizá porque los trabajos legislativos coincidieron con la elaboración de la 12.^a Directiva del Consejo de Europa.

El artículo 2.1 de la 12.^a Directiva del Consejo de 21-12-89, referente a las sociedades de responsabilidad limitada, dice que “la sociedad podrá constar de un único socio en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular”.

Siguiendo la línea de la Directiva, la resolución de la DGRN de 21 de junio de 1990, ante un supuesto de modificación de Estatutos de una sociedad anónima devenida unipersonal, revoca la nota denegatoria del Registrador y ordena la práctica de la inscripción.

Esta resolución fue el punto de inflexión en el reconocimiento de la unipersonalidad como fenómeno conceptualmente diferente al contrato de sociedad, que permite asumir una pluripersonalidad sobrevenida al momento de la constitución y viceversa, sin merma de la existencia de auténticas relaciones sociales.

En uno de sus Fundamentos de Derecho dice, entre otras cosas: “La primera consideración que debe hacerse conduce a desvirtuar el argumento que afirma la incompatibilidad

entre el concepto de sociedad y la situación de unipersonalidad, el argumento, en apariencia tan poderoso, se funda en una generalidad injustificada. Bajo el concepto de sociedad se albergan realidades normativas muy distintas. El hecho de que algunas de ellas no puedan subsistir en situaciones de unipersonalidad no significa que las demás deban comportarse del mismo modo. El argumento no puede extenderse a las sociedades de capital. En éstas el contrato, que incluso puede faltar y sustituirse por un acto unilateral de una persona pública (arg. ex. art. 10, II LSA) tiene un carácter netamente organizativo. El contrato, en efecto, no tiene por qué producir relaciones directas entre los socios, sino que por el contrario, se halla dirigido a constituir una organización objetiva y establecer sus reglas de funcionamiento. Las relaciones no se establecen entre los socios sino entre el socio y la sociedad. Se explica que así la personalidad jurídica de la sociedad (plena y completa) aparezca independizada de sus miembros y se asiente sobre el principio de unidad. El ente creado se separa de quienes le crearon y permanece inmune a sus vicisitudes”.

307

En la misma dirección, el artículo 129 del Anteproyecto de LSRL disponía que “Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada:

1.º La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica;

2.º La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad del único socio.”

Parece oportuno recordar (IGLESIAS PRADA) en relación con esta figura, que a la hora de identificar las funciones propias de la norma jurídica, no es infrecuente incluir en ellas aquélla que consiste en legitimar legislativamente fenómenos o conductas que previamente han alcanzado legitimación en el conjunto de valores del sistema social. Y parece oportuno recordarlo, porque entre los múltiples ejemplos contemporáneos que en nuestro ordenamiento expresan esa función en la génesis de las normas jurídicas probablemente no sea

improcedente reseñar el que nos proporciona el reciente reconocimiento legislativo de la unipersonalidad societaria.

Es bien sabido, en efecto, que mientras doctrina y jurisprudencia han venido manteniendo hasta épocas recientes una actitud de reserva (no exenta de alguna discrepancia) frente a la admisión de la sociedad de un solo socio, y el ordenamiento mostraba mediante la ambigüedad y el silencio (sólo rotos por una excepción de conveniencia para el sector público) cierta complicidad con aquella actitud, la realidad económico-social venía manifestando una notoria receptividad frente al fenómeno de la unipersonalidad en el ámbito de las sociedades de capital. Un fenómeno que, si se prescinde de algunas otras motivaciones bastardas, traía su causa originaria de la razonable aspiración de limitación de la responsabilidad en el campo de la empresa individual y había recibido en época más reciente el impulso, entre otros, de la evolución y desarrollo de los grupos de sociedades.

308

No es propósito, sin embargo, profundizar aquí y ahora en la detección y análisis de esa causalidad originaria o sucesiva. Porque, sean cuales sean sus orígenes o las razones de su implantación efectiva, es lo cierto que la unipersonalidad societaria ha constituido uno de los más expresivos exponentes de la pasividad legislativa ante la impronta creadora del tráfico. Cualquier persona mínimamente atenta a la realidad ha podido observar, en efecto, cómo hace ya bastante tiempo que, en medio del silencio de los textos positivos, la existencia (y, podría decirse también, la abundancia) de las sociedades unipersonales era un dato evidente, contrastado incluso en la jurisprudencia y en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y en este sentido, es innegable la función legitimadora del supuesto de hecho que ha venido a cumplir la disciplina introducida en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995.

La Comunidad Europea reguló incidentalmente la unipersonalidad de las sociedades en el artículo 11.f) de la Primera

Directiva del Consejo de 9 de marzo de 1968, en el artículo 5.1 de la Segunda Directiva del Consejo de 13 de diciembre de 1976 sobre sociedades y en el artículo 20 de la Sexta Directiva. También se menciona en el Proyecto de Reglamento de Estatuto de Sociedad Europea de 25 de agosto de 1989 (arts. 3.3 y 31.2).

El 18 de mayo de 1988, la Comisión de la Comunidad Europea presentó al Consejo la “Propuesta de Duodécima Directiva en materia de sociedades relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único”. El 28 de septiembre de ese mismo año el Comité Económico y Social emitió dictamen favorable sobre dicha propuesta. El 6 de abril de 1989 la Comisión presentó al Consejo una “Propuesta modificada de la Duodécima Directiva en materia de sociedades relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único” teniendo presente el dictamen del Parlamento Europeo emitido el 15 de marzo de 1989. El 21 de junio de 1989 el Consejo adopta una posición común y el 11 de octubre de 1989, el Parlamento Europeo procedió a la segunda lectura del texto votando a favor de la introducción de tres enmiendas. Y por fin el 21 de diciembre de 1989 el Consejo de la Comunidad Europea aprobó la Duodécima Directiva en materia de sociedades relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (89/667/Comunidad Económica Europea).

España, acatando las directrices de la indicada Duodécima Directiva ha recogido en nuestro ordenamiento esta figura.

En efecto, el 21 de diciembre de 1993 el Ministerio de Justicia publicó el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Su Capítulo XI (arts. 126 a 131) reguló las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada.

El 23 de marzo de 1995 se aprobó la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada y en su Capítulo XI, formado por los artículos 125 a 129, regula la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada. La Disposición Transi-

toria Segunda de la Ley, sobre Modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, modifica de ésta sus artículos 14 y 34,1,d) e introduce un nuevo capítulo bajo el título “De la sociedad anónima unipersonal” con un único artículo, el 311. La disposición adicional quinta regula la sociedad unipersonal pública. La Disposición Transitoria Octava establece el régimen de las sociedades unipersonales preexistentes.

310 La Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada justifica su cambio de criterio con respecto a los antecedentes y su actual elección con los siguientes argumentos: “De entre estas dos concepciones, la Ley se orienta decididamente por la segunda, admitiendo la unipersonalidad originaria o sobrevenida tanto respecto a las sociedades de responsabilidad limitada como para las sociedades anónimas. Aunque el impulso que generó la Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre, trata de satisfacer exigencias de las pequeñas y medianas empresas (como reconoce el Preámbulo), el texto de la misma, que por la presente Ley se incorpora al Derecho interno, no impide que se alberguen bajo las exigencias de cualquier clase de empresas. En consonancia con este planteamiento se admite expresamente que la sociedad unipersonal puede ser constituida por otra sociedad (incluso aunque la fundadora sea, a su vez, unipersonal), a la vez que se amplía el concepto de unipersonalidad a los casos en los que la titularidad de todas las acciones o participaciones sociales correspondan al socio y a la propia sociedad.

No obstante lo anterior, ha parecido oportuno aclarar el régimen jurídico contenido en la Directiva, a la vez de introducir algunas normas con la finalidad fundamental de ampliar la protección de los terceros.

Por razones de mera oportunidad, no procede la aplicación de algunas de estas normas a las sociedades públicas unipersonales.”

Además, califica la Exposición de Motivos de la Ley de 1995 a la sociedad unipersonal como “uno de los aspectos más delicados de la reforma”, e indudablemente ha sido presentada y celebrada como una de las grandes novedades de la presente reforma legislativa. Y no es para menos. La discusión acerca de la sociedad unipersonal en nuestro Derecho es cuestión ya añeja, pero nunca acababa de cristalizar en una admisión plena y decidida de la figura.

La primera (aunque no la única) finalidad de la sociedad unipersonal, como dice con acierto y rigor GARCÍA COLLANTES, ha sido siempre la de conseguir, a través de ella, la responsabilidad limitada del empresario individual. Dos consideraciones se oponían a ello. Una de orden técnico: El artículo 1.911 del Código civil (“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”); otra de orden mas práctico: el temor a que la existencia de varias masas patrimoniales bajo la titularidad y el poder de una sola persona, pero cada una de ellas afecta a diferentes responsabilidades, pudiera provocar fácilmente confusiones entre los bienes integrantes de una y otra con el consiguiente perjuicio para los acreedores de los diversos patrimonios. Ello explica que incluso en épocas bien recientes, junto a opiniones doctrinales claramente favorables, existieran pronunciamientos jurisprudenciales que cerraban el paso a la unipersonalidad societaria (ejemplos de esta última corriente son las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 y 14 de noviembre de 1985 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1985).

Sin embargo, estas posiciones contrarias no podían ya sostenerse. Tras no pocas vacilaciones, las legislaciones europeas habían ya iniciado en la década de los ochenta un imparable proceso de reconocimiento de la figura, admitiendo como normal lo que hasta entonces había sido una “contradicción en los términos” (sociedad y socio único). Así Dinamarca, Alemania, Francia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo

recogieron la figura en sus respectivas legislaciones. Pero el espaldarazo definitivo vino otorgado, como ya se ha indicado reiteradamente, por la 12.^a Directiva Comunitaria de 21 de diciembre de 1989 (Directiva 89/667) que obligaba al resto de los países comunitarios, y en concreto a España, a incorporar la sociedad unipersonal al Derecho interno.

En cualquier caso, los recelos que la sociedad unipersonal ha provocado siempre, debido fundamentalmente a la dificultad que entraña una correcta separación de patrimonios entre el socio y la sociedad, como antes fue aludido, ha originado que todas las legislaciones que hasta ahora han admitido la figura hayan considerado conveniente el establecimiento de un cuerpo de normas aplicables exclusivamente a las sociedades unipersonales y que constituyen su peculiar régimen jurídico. El denominador común de todas ellas, su obsesión, es el de lograr a través de un severo régimen de publicidad, la máxima transparencia para la situación de unipersonalidad social. Este peculiar régimen es el que aparece regulado en los artículos 125 a 129, ambos inclusive, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995.

Básicamente, la tipificación de la sociedad unipersonal como técnica organizativa, supone, como recuerda el Centro Directivo en la citada resolución de 1990, desmentir tres axiomas propios del Derecho clásico de sociedades: la incompatibilidad entre el contrato de sociedad y la situación de unipersonalidad, la eliminación del ropaje de la personalidad jurídica en los supuestos de sociedad unipersonal, al menos en la lectura que hacen las teorías fictionistas e instrumentalistas, así como la ruptura del dogma de responsabilidad patrimonial universal que pudiera entenderse ligado a una estructura corporativista.

Ninguno de estos inconvenientes dogmáticos excluyen la regulación de la sociedad unipersonal que responde no sólo a necesidades empresariales sino también organizativas.

Atentamente observado, que la unipersonalidad tome carta de naturaleza no deja de ser una opción de política legislativa.

Junto a la cobertura organizativa de la sociedad de socio único, conceptualmente era posible regular la empresa individual (12), si bien pronto se abandonó esta posibilidad por la mayor garantía publicitaria que supone el ropaje societario y su encaje con el Derecho societario comunitario (13). A la misma conclusión se llega, además, analizando los supuestos a los que es aplicable la normativa de la sociedad unipersonal, pues constituye una forma neutra válida para el pequeño empresario o para la gran empresa (14).

La sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada son los únicos tipos sociales que admiten la unipersonalidad, ya sea originaria o sobrevenida. No así la sociedad comanditaria por acciones ni las personalistas, que no encuentran la necesaria apoyatura legal (15).

D) Estatuto básico del funcionamiento de la sociedad unipersonal.

313

La regulación que ofrecen los artículos 125 a 129 de la Ley 2/95, sede normativa de la unipersonalidad, es parca.

La simplicidad de su regulación, que ha tenido tempranas

(12) Esa fórmula es la admitida en el Derecho portugués (Decreto-Ley de 25 de agosto de 1986). En el Derecho europeo es una polémica abandonada (*cfr.*, como punto de referencia, el clásico trabajo de SCHILLING "Die Einmannengesellschaft und das Einzel-unternehmen mbH", en *Juristen Zeitung*, 1953).

(13) En los años cuarenta, la empresa individual gozó de predicamento en España. *Vid.* TRÍAS DE BES "La limitación de responsabilidad aplicada a las empresas individuales", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. IV, 1948, pp. 364 y ss.

(14) El artículo 125 de la Ley 2/1995 entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada: a) la constituida por un solo socio, sea persona física o jurídica, b) la constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a propiedad de un único socio. Se entenderá propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal.

(15) Se excluye la unipersonalidad en las comanditarias por acciones, cuyo campo de aplicación se limita básicamente a los grupos societarios (para un estudio, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "La sociedad comanditaria por acciones", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIII, pp. 20 y ss.).

críticas (16), recalca la pertenencia de la sociedad unipersonal a su tipo organizativo: sociedad de capital anónima o limitada.

El legislador incide en un solo tema: la necesaria transparencia y publicidad de la sociedad unipersonal.

A este tema dedica el artículo 126, en relación con la Disposición Adicional de la Ley, relativa a las sociedades unipersonales preexistentes a la Ley de 1995, aunque es un principio que influye en la restante normativa (17).

No se altera la distribución de competencias entre la junta general, cuyas decisiones asume el socio único, y el órgano de administración, pero formalmente se establece la especificación de sus acuerdos sociales (18).

La transparencia que se impone en el funcionamiento de la sociedad unipersonal, se extiende a las relaciones del socio único con la sociedad unipersonal, encontrando regulación específica los contratos, de cualquier clase, entre ambos

(16) Analizando el Proyecto de ley, MARTÍN ROMERO "La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada", en *Revista General del Derecho*, número 596, mayo 1994, pp. 5564 y ss., destaca este autor la aplicación de las restantes normas propias de los tipos sociales, con las necesarias adaptaciones.

(17) Establece el artículo 126: 1. La constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales, la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único.

2. En tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria.

La regulación publicitaria de la sociedad unipersonal se completa con los artículos 174 y 203 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

(18) En el artículo 127, a cuyo tenor: en la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada el socio único ejercerá las competencias de la Junta general, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

sujetos de derecho, sancionándose el incumplimiento de los requisitos formales exigidos (19).

La correlación publicidad-unipersonalidad se pone de manifiesto en el artículo 129, que establece una sanción material al incumplidor ligada a un determinado cómputo temporal (20) (seis meses).

E) Aplicación específica de la sociedad unipersonal a las técnicas de autoprotección.

a) *Sociedad unipersonal y patología negocial.*

La sociedad unipersonal, como ente totalmente autónomo, se independiza de su socio constituyente (como persona jurídica que es) una vez nacida su personalidad como anónima o limitada (21).

Nace al tráfico, en consecuencia, como persona jurídica perfecta, distinta del socio único y absolutamente capaz y es

315

(19) La contratación del socio único con la sociedad unipersonal es regulada en el artículo 128 de la ley. Dice este precepto lo siguiente: 1. Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad deberán constar por escrito o en la forma documental que exija la ley de acuerdo con su naturaleza, y se transcribirán a un libro-registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones. 2. En caso de insolvencia provisional o definitiva del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley.

(20) Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.

(21) Artículos 7 LSA; 11 LSL; 116 C.Co.; 1.280 C.c. En la normativa especial se exige para el nacimiento del tipo social escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. Se regula en nuestro ordenamiento la sociedad en formación e irregular. Estas, si bien tienen personalidad jurídica ex artículo 1.669/2 a contrario del Código civil, carecen de representación orgánica, remitiéndose a los artículos 392 y ss. del Código civil en lo que hace a su estatuto patrimonial.

inmune a las vicisitudes personales de su fundador, entre las que se encuentra su eventual incapacidad.

Partiendo de esta base, es posible que un sujeto aporte a una sociedad unipersonal su patrimonio inmobiliario, empresarial, cualitativamente simple o complejo, recibiendo a cambio la totalidad de las participaciones sociales o acciones de dicho ente. La sociedad nacerá a la vida jurídica con un objeto social además de su fin o causa determinada (22).

Entre las posibles actividades económicas que puede desarrollar la sociedad limitada o anónima, aun la unipersonal, se encuentra la gestión dinámica de un patrimonio, con el ánimo de obtener ganancia (23).

316 Puede pensarse que la utilización de una sociedad unipersonal constituye una técnica instrumental, de carácter patológico, en cuanto que podría constituir un negocio fraudulento, pero esa posibilidad debe ser, en rectitud de intención, rechazada. Aquí no se vulnera ninguna norma sino que, en perfecto estado de capacidad, el socio altera la composición de su patrimonio sustituyendo determinados bienes por participaciones sociales de un ente perfecto y distinto (24).

Tampoco debe entenderse constitutivo de un supuesto de negocio simulado. Esta figura supone crear una apariencia de un negocio, el simulado, cuando realmente se constituye otro, el disimulado, al que debe referirse la eficacia del

(22) Para una distinción entre ambos conceptos, vid. PAZ-ARES, Comentario del artículo 1.665 del Código civil en AAVV, *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, 1991. Id. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, *Introducción y teoría del contrato*, 4.^a ed., pp. 240 y ss.

(23) *Vid.*, acerca del concepto de ganancia y de comunicación y sobre la idea del objeto social como fin-medio, SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, 1990, pp. 27 y ss.

(24) Sería fraudulenta la utilización de una norma con el fin de eludir la obligada utilización de otra de carácter imperativo, artículo 6 C.c. "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir". *Vid.* en correcto comentario, GULLÓN BALLESTEROS en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, pp. 36 y ss.

constituido. En la constitución de la sociedad unipersonal (dejando al margen la inexistencia de un auténtico negocio jurídico, que requeriría un concurso de voluntades, por definición) existe una auténtica voluntad del socio constituyente de crear un ente distinto dotado de personalidad, sin que se dé la duplicidad de efectos propia de la simulación (25).

En algún supuesto, sin embargo, podría entenderse que la sociedad unipersonal constituye un negocio indirecto en cuanto es posible que el socio, previendo su futura incapacidad, utilice un medio lícito y regulado en el ordenamiento con finalidad diversa sin vulneración de norma imperativa: la previsión de una gestión y administración profesional sobre bienes o empresas concretas (26).

Esta finalidad indirecta existe en todos los casos de creación de sociedades en previsión del propio fallecimiento, supuesto este último constitutivo de auténtico término incierto, lo que no necesariamente ocurre en la incapacidad que se prevé.

317

b) *Funcionamiento de los órganos sociales durante la incapacidad del socio único.*

La aportación de bienes a la sociedad unipersonal implica una alteración cualitativa, se cambian bienes por participaciones sociales (27). Éstas, una vez incapacitado judicialmente

(25) Se entiende esta duplicidad en un sentido amplio, no en el estricto de la teoría del doble efecto, hoy mayoritariamente rechazada (*Vid.* arts. 628, 755 y 1.459 C.c., y Ley 21 del Derecho Civil Navarro, Id. STS de 23 de septiembre de 1994).

(26) Se prescinde de un estudio sobre el levantamiento del velo societario, por cierto, generosamente administrado por nuestros tribunales en sede laboral o tributaria (*Cfr.* STS de 28 de mayo de 1984). Para un estudio sistemático, *Vid.* BOLDO RODA, *El levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, Aranzadi, 1996.

Cabría aludir a la nulidad de la sociedad unipersonal. Entre las causas tasadas y previstas en los artículos 34 LSA y 16 LSL se incluye la incapacidad del socio fundador -todos, rectius el único.

(27) Para un estudio GARRIDO DE PALMA, "Régimen de las aportaciones sociales", en AAVV, *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, pp. 363 y ss.

el socio único, quedarían sujetas al régimen ordinario de tutela: organismo tutelar con intervención judicial, en los supuestos requeridos. Se trata, pues, de distinguir las esferas gestoras de la sociedad y las decisiones del socio único sujetas al control tutelar.

1. Esfera gestora de la sociedad.

La gestión y representación de la sociedad corresponde al órgano de administración. Ha sido destacado en la doctrina la utilidad de la sociedad unipersonal como instrumento de canalización de patrimonios familiares que precisan de gestión profesionalizada (28).

318

Es en este aspecto donde aparece más claramente la utilidad de la sociedad unipersonal en materia de autoprotección. Piénsese en una sociedad de responsabilidad limitada donde el nombramiento, por ejemplo, del administrador único (que en el mundo de la autoprotección será una persona de la total confianza del socio único) se haga por tiempo indefinido (o por el número de años que el socio único determine en decisión libremente por él adoptada, dentro del máximo establecido en los estatutos sociales). (En las sociedades anónimas el plazo máximo de duración del cargo de administrador, de conformidad con lo establecido en el art. 126 de la Ley, es de cinco años, aunque reelegibles, sin limitación de veces, por plazos de igual duración máxima). En estas hipótesis, aunque el socio único sea declarado judicialmente incapaz, el nombrado administrador único, podrá, en la esfera gestora, continuar actuando y administrando la sociedad hasta que sea relevado de su cargo.

(28) IGLESIAS PRADA, en AAVV, *La sociedad unipersonal y el proyecto de sociedad de responsabilidad limitada*, Dykinson, 1994, p. 925. Destaca este autor, que cabe utilizar, con mayor utilidad que el artículo 1.056 Código civil, la transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales de la sociedad unipersonal, si el sucesor decide continuar la empresa familiar, máxime si existe organicismo de terceros.

En principio, en los países europeos de corte latino, las facultades representativas (por ende, en la esfera interna, las de gestión) se refieren a las actividades comprendidas en el objeto social, con la excepción establecida en los artículos 129 LSA y 63 LSL (29).

Se encuentran incluidos en este ámbito gestor, también, toda decisión sobre el patrimonio social que no constituya una auténtica modificación estructural (30).

Además de este supuesto las decisiones corporativas corresponden al socio único. Es de hacer notar la imposibilidad de aplicación de los artículos 108 LSA y 49 LSL, relativos a la representación voluntaria del socio único. Dada la imposibilidad de otorgar poderes por el incapacitado, su representación necesariamente lo será a través de su tutor (31).

2. Decisiones del socio único sujetas al control tutelar.

Cuestión distinta será la toma de decisiones individuales al margen del propio derecho de voto aunque éstas se efectúen en el mismo transcurso de la junta. Es el caso de

319

(29) En cumplimiento de la 1.^a Directiva CEE, la sociedad queda obligada frente a terceros que hayan actuado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está incluido en el objeto social.

(30) La Resolución de mayo de 1997 reconoce parcialmente la doctrina de la modificación estructural, con base en causa de disolución por imposibilidad de cumplimiento del objeto social, en un supuesto de venta del principal activo social. Se requeriría en este caso acuerdo de Junta General –o decisión del socio único.

(31) ¿Quid si el socio único, casado en gananciales, no está tutelado por su cónyuge? No estaremos aquí en un supuesto de condominio, pero sí de representación múltiple, artículos 1.275, 1.277; y ex 1.289 Código civil.

Especial interés presenta la incidencia que para el patrimonio conyugal pueda tener la decisión del representante de uno solo de los esposos –aquí tutor–, único que ostenta la condición de accionista. En tales casos, será el representado a quien corresponde responder frente a su cónyuge de la actuación del apoderado en los términos de los artículos 1.383, 1.352 y 1.385 del Código civil, como no podría ser menos al estar incluso legitimado el consorte accionista para su enajenación (1.384 Código civil).

Recordemos que nuestro Derecho regula la unipersonal formal (un socio) y no la material (derechos limitados sobre participaciones sociales o acciones del socio único).

aportaciones en aumento de capital mediante nuevos desembolsos (arts. 154 y 155 LSA), ejercicio del derecho de separación (art. 149 LSA), en caso de pluralidad sobrevenida, aumento por compensación de créditos del representado frente a la sociedad (art. 156 LSA). *¿Requiere en estos casos autorización judicial el tutor, en cuanto hace tránsito a un acto dispositivo?*

Ha de estarse a una interpretación finalista del artículo 271 Código civil, que limita la actuación judicial en el ámbito social. La misma apreciación merece la disposición del derecho de suscripción o asignación gratuita (art. 158/3 TRLSA). Si se considera ejercicio ordinario del valor ha de incluirse en la tradicional regulación del derecho de preferencia, incluido en los actos de administración.

320

A pesar de su transcendencia, bastará la actuación del tutor en la reducción con amortización (art. 163) e incluso, si deviniere pluripersonal, para el emitido en junta separada por exigirse en la adopción de acuerdos que perjudiquen a clases especiales de acciones (art. 148), pues se mantiene el principio mayoritario. Más dudoso es el excepcional supuesto del artículo 152/2 Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en el cual se exige unanimidad (“consentimiento de todos los accionistas”) para el aumento de capital por elevación del nominal de las acciones sin cargo a reservas o beneficios, aunque debe ser suficiente la actuación del tutor, en cuanto es decisión corporativa típica.

Finalmente, en el supuesto del artículo 128 Ley de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (contratación del socio único con la sociedad) se estará a la naturaleza del acto o contrato celebrado y a su carácter meramente administrativo, como será lo habitual, o dispositivo, sometiéndose en cada caso a sus particulares reglas.

c) *Transmisión de participaciones sociales.*

El estatuto de transmisión de participaciones sociales y su concreto régimen, es diverso según las características de cada participación (32).

Parece lógico considerar que la enajenación de la totalidad de las participaciones sociales o de un paquete mayoritario de las mismas en cuanto suponen la cesión del poder de disposición sobre el patrimonio del incapacitado, requiera autorización judicial.

Por último, si el socio único, en previsión de su futura incapacidad, ha tenido la precaución de otorgar testamento en el que queden establecidas las principales vicisitudes de su sociedad, tendrán una gran utilidad las cláusulas reguladoras de la transmisión *mortis causa* de las participaciones (33).

321

XVI. Soluciones de autoprotección por vía sucesoria

A) Introducción.

El diagnóstico de una enfermedad grave será motivo para testar. En esta situación vamos a estudiar aquellas disposiciones del testador realizadas en atención a futuras necesidades de autoprotección, a través de las posibilidades que nos brinda la institución de heredero y entre ellas queremos exponer en este ámbito, además, la delegación de la facultad de mejorar y la designación de heredero en favor de la

(32) Así, si está sujeta a prestaciones accesorias, cargas, limitaciones, derechos especiales, ventajas de fundador, en el caso acciones, dividendos pasivos, excediendo de este trabajo el examen de su peculiar régimen, lo mismo cabe indicar en relación a los actos objetivamente sujetos al régimen de transmisión. Nos remitimos al espléndido trabajo de Antonio PERDICES, en *Tratando de la sociedad limitada*, AAVV, Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 426 y ss.

(33) Por ejemplo, regulación de usufructos sobre las participaciones, cláusulas de predetracción, pago en metálico de legítimas, con aplicación en este caso de la regla especial del artículo 32 LSRL, nombrar albacea al propio administrador, etc.

persona que preste al testador enfermo los cuidados que precise hasta el día de su fallecimiento.

El Derecho civil español es continuador, en términos generales, de la tradición romana que *no impone en cada caso la liquidación del patrimonio del causante*, sino que, en la medida de lo posible, procura que todas sus relaciones jurídicas transmisibles sean continuadas por otro sujeto de derecho que se coloca en su lugar, como es el heredero. El Derecho español de tradición romanista, pretende que la posición del causante se mantenga en lo posible inalterable a base de ocupar su lugar el heredero.

Encuentra su origen ya en el Derecho romano clásico a partir de las XII Tablas y procura la transmisión por igual del activo y del pasivo del causante al heredero.

322

La muerte del causante es un hecho que *no afecta a la relación entre crédito y deuda*, de manera que ésta subsiste como era antes, pero subentrando el heredero en la misma posición jurídica que tenía en ella el causante. Por lo tanto, si era acreedor, seguirá el heredero siendo acreedor; si era deudor, continuará él mismo siendo deudor. En este último caso la relación crédito-deuda subsiste con un nuevo deudor, el heredero, colocado en el mismo lugar que el anterior deudor (el causante). El heredero responde porque es deudor al haber asumido la posición jurídica del causante, y responde, por tanto, lo mismo que aquél.

En la sucesión *mortis causa* puede operarse a título universal o singular, originando estas formas de llamamiento las figuras del heredero y legatario. Prescindiendo de las dificultades que se presentan al deslindar ambas figuras, vamos a estudiar el aspecto del llamamiento a título universal, como es el que se refiere en su relación con el acto testamentario.

B) Institución de heredero.

En una acepción amplia, la institución de heredero puede ser definida como: “la designación, libre y voluntaria, que hace el testador en su testamento de la persona o personas que han de sucederle a título universal en sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles”. Estas ideas palpitan en los artículos 659, 660 y 661 del Código civil.

Para poder comprender el juego que puede dar en materia de autoprotección la institución de heredero es conveniente exponer, brevemente, su evolución histórica.

1. *Derecho Romano.*

La institución de heredero procede del Derecho Romano. En el Derecho Romano antiguo la institución era la cabeza y el fundamento de todo testamento (*caput et fundamentum totius testamenti*). Estaba sometida a un rígido formalismo, en el que podríamos destacar las siguientes particularidades:

a) Era la cabeza del testamento. La institución de heredero debía constituir, necesariamente, el encabezamiento del mismo, antes que los legados y demás disposiciones.

b) Debía estar redactado en latín.

c) Requería unas formas preceptivas (términos directos, solemnes e imperativos) que eran sustancialmente. 1) *Ticius heres esto* (Ticio sé heredero). 2) *Ticius heredem esse iubeo* (mando que Ticio sea heredero). Las demás expresiones se desechaban, aunque tuviesen el mismo sentido y la misma claridad.

Fue la institución de heredero un requisito esencial para la validez y existencia de un testamento. Un testamento podía contener solamente la institución de heredero o herederos, pero no solamente legados u otras disposiciones a título singular.

Este rigorismo y carácter esencial de la institución de heredero subsistió durante toda la evolución del Derecho Romano, sin embargo, fueron desapareciendo a partir de la épo-

ca imperial casi todos los requisitos formularios que para la validez de dicha institución había exigido el Derecho clásico. En este sentido se puede citar cómo a partir del siglo iv hay libertad de forma y se declaran válidos los testamentos cualesquiera que fueran los términos de la redacción de sus cláusulas, siempre que aparezcan o resulte clara la voluntad del testador. En tiempo de Teodosio II se suprime el requisito de que la institución fuera redactada en latín. Y en el Derecho justineano se suprime el requisito de que fuese cabeza del testamento, suavizada ya en el Derecho Romano clásico al permitir que precediese a la institución de heredero el nombramiento de tutor.

No obstante lo que acabamos de decir lo cierto es que la institución de heredero siguió siendo en todas las etapas del Derecho Romano el fundamento del testamento, de tal manera que si no había *heredis institutio*, no había tampoco testamento y éste se consideraba nulo, y no producía ningún efecto, aunque contuviera otras disposiciones dignas de sobrevivir (p. ej. un legado). Y esto era así porque la institución de heredero producía dos consecuencias:

1) Fuerza expansiva: el heredero tiene un título que por el mero hecho de serlo le atribuye la potestad de recoger todo el “as” hereditario.

2) Como corolario de lo anterior existe el principio según el cual *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

2. Evolución en España.

En España, como dice CASTÁN, la legislación de *Partidas* reprodujo la teoría romana de la institución de heredero, estableciendo la necesidad de ésta para la validez del testamento (Proemio del Título III de la Partida 6.^a), aunque prescindiendo (de conformidad con el criterio suavizado del Derecho justineano) de que figurase o no al comienzo de la disposición testamentaria.

Este sistema, que era contrario al espíritu de nuestro Derecho nacional, fue derogado por el *Ordenamiento de Alcalá de 1348*, el cual, instaurando (en su Ley única del Título XIX) un régimen de testamentifacción enteramente liberal y espiritualista, quitó a la institución de heredero el carácter de solemnidad interna y condición esencial de validez del testamento e hizo valer dicha institución aunque no comprendiera todos los bienes de la herencia y hubiera de aplicarse el resto de que no dispuso el testador a la sucesión intestada.

Esta doctrina pasó a la *Nueva y Novísima Recopilación* y en esta última, en el Título XVIII de su Libro X, se dispone: "...y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entonces herede aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento y cúmplase el testamento...".

325

Estas orientaciones han sido recogidas por nuestro *Código civil*, en el artículo 764 cuando dice: "El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos".

De las palabras de esta norma se deduce:

1.º Que el testamento es *válido y eficaz aunque no contenga la institución de heredero* y aun conteniéndola, aunque el instituido no llegue a heredar por cualquier causa. Como dice VALLET, del principio castellano de innecesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, se ha pasado en el Código civil al principio de la innecesidad de existencia de heredero en la sucesión. La sucesión puede, por consiguiente, deferirse distribuyendo la herencia en lega-

dos. El artículo 891 permite al testador disponer de todos sus bienes en la forma de legados.

2.º La *innecesidad*, para la validez del testamento, de que la institución que se haga en él comprenda la totalidad de los bienes del causante. Ello es lógico, ya que si no es necesaria la institución de heredero es obvio que a un instituido no es preciso que su institución comprenda la totalidad de los bienes del testador.

3.º Que cumplido lo establecido en el testamento los *bienes no dispuestos o no heredados* por el instituido, van a la *sucesión intestada*.

La solución que nos ofrece el artículo 764 en su párrafo 2.º, es que, siendo tanto válido el testamento sin institución de heredero como compatibles la sucesión testada y la intestada (lo que proclama el párrafo 3.º del art. 658 del C.c.) aquélla se regule por lo que el testamento establece, y el resto de los bienes no dispuestos, e incluso los dispuestos que por no querer o no poder no herede el instituido, pasen a la sucesión intestada.

326

C) Requisitos de la institución de heredero.

La institución de heredero exige para su validez y efectividad una serie de requisitos, tanto en el instituyente como en el instituido.

1. *En el instituyente.*

a) Aptitud o capacidad para instituir heredero.

Creemos que no hay en este punto especialidad alguna. Es suficiente con que el instituyente tenga capacidad para otorgar testamento (arts. 662 y ss. del Código civil). En cuanto al testamento ológrafo, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 688, que exige la mayoría de edad (18 años cumplidos).

b) Que cumpla el testador con las limitaciones impuestas por el sistema de legítimas.

Según el ya citado artículo 763 del Código civil: “El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos. El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo”.

Aunque este artículo pudiera parecer superfluo e innecesario por las reglas contenidas en los artículos 806 y siguientes del Código civil tiene, no obstante, la virtud de dar unas normas claras y precisas sobre el problema de la libertad de testar, en el sentido que el que tiene herederos forzosos la tiene limitada por el sistema de las legítimas que, como hemos indicado, es *ius cogens* o derecho imperativo. El sistema legitimario español es un sistema de reglamentación negativa o de freno a la voluntad del testador.

327

c) Que la institución se haga personalmente por el testador.

El nombramiento de heredero es un acto personalísimo que debe realizar el testador sin intervención de comisario o mandatario, y sin dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de los herederos ni la designación de las porciones, cuando sean varios los llamados a suceder (art. 670). Por excepción, puede el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse (art. 671). Hoy habrá que tener además en cuenta lo que dispone el artículo 831 del Código civil, que veremos más adelante.

d) Que la voluntad del testador esté exenta de vicios, tales como violencia, dolo o fraude (art. 673).

2. *En el instituido.*

Como requisitos en el instituido se citan fundamentalmente los siguientes:

1.º Que la institución se haga a favor de persona que tenga capacidad para recibir por testamento (arts. 744 y ss.).

2.º Que se haga a favor de persona cierta o susceptible de determinación. Este problema lo pasamos a exponer a continuación.

D) Formas de designación.

En este apartado hay que partir de que el Código civil exige para reconocer la cualidad de heredero o legatario la certeza de la disposición, ya que según el artículo 750 “Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta”.

328

La certeza de que la designación, o el que, como dice al artículo 772 “no pueda dudarse de quién sea el instituido”., consiste en que o resulte determinado ya, o determinable en el futuro, por datos que el testador exprese, y que, dándose actualmente o concurriendo después, individualicen en particular a quien se instituye.

El Código facilita la designación de heredero (y por analogía del legatario) autorizando las siguientes formas:

1. *Designación nominal.*

Según el inciso 1.º del artículo 772 del Código civil: “El testador designará al heredero por su nombre y apellidos...”.

El empleo del nombre y apellidos es la forma más recomendable, y acaso frecuente, de designación del heredero en cuanto que es la que con mayor seguridad podrá individualizar al llamado.

2. *Designación por las circunstancias.*

La prevé el párrafo 2.º del artículo 772. “Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución”.

Como dice CASTÁN en armonía con la doctrina sentada en esta norma, ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la DGRN, ser válida la institución de una persona designándola por el apodo con que el testador la convoca (Sentencia de 7 de diciembre de 1899) así como la hecha a favor de los hijos “que Dios fuere servido darnos” (resolución de 11 de mayo de 1900), o a favor de los hijos de determinados hermanos sin expresar el nombre de aquéllos (resolución de 26 de junio de 1901). Según la Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1950: la declaración judicial de herederos en los casos de sucesión intestada es improcedente cuando exista una institución hereditaria de todo el caudal relicto hecha en testamento a favor de un pariente del causante que, aunque se desconozca al tiempo de otorgarlo, pueda en el momento oportuno ser determinado de modo indudable.

Es interesante además la doctrina de la S del TS de 2 de julio de 1977, cuando dice que: “Aunque es necesario que la persona del heredero resulte designada de modo indudable por el testador, la institución ha perdido su carácter sacramental, interesando solamente al Código civil que por la designación se venga en conocimiento del heredero”. En el caso resuelto en esta Sentencia “al manifestar el testador su voluntad de que dejaba todo su capital a su hijo, refiriéndose al que los testigos a los que se dirigía tenían como tal, unido a que, en general, todos los que guardaban relación de parentesco y amistad sólo conocían esta posibilidad de filiación al demandado, supone una designación de éste como heredero por sus circunstancias, pues se excluye toda incertidumbre respecto al mismo y de la mente del

testador, aunque no hubiera sido reconocido expresamente como tal hijo ni constase inscrito en el Registro civil en tal calidad”.

Según la STS de 30 de abril de 1981: la palabra “hijos” empleada en disposiciones de última voluntad, comprende a todos los descendientes, según se comprueba en tres fragmentos del Digesto, los 84, 201 y 220 del Título XVI “*De verborum significatione*”, del Libro L: “Con la palabra hijos entendemos todos los descendientes” (Paulo 84): “Según la interpretación justa, hemos respondido muchas veces que así como la palabra hijos comprende a la hija de familia, así también parece abarcar al nieto, y la palabra padre también se refiere al abuelo” (Juliano 201); “Los padres comprenden en la palabra hijos a todos los que de ellos descienden” (Calistrato, 220); regla repetidamente sancionada, con matizaciones y excepciones, por la jurisprudencia de esta Sala, según Sentencias, entre otras, de 4-4-1866, 22-4-1867, 28-9-1867, 14-10-1867, 28-2-1870, 3-3-1873, 2-7-1873, 5-6-1874, 15-1-1878, 23-12-1885, 31-12-1895, 27-1-1899, 19-10-1899, 19-12-1899, 3-10-1903 y 3-11-1903 (particularmente expresiva) la ya citada de 14-2-1914 y la de 1-5-1941, en recurso procedente de Cataluña, la cual, después de citar los textos del Digesto antes transcritos, recuerda, que, conforme a ellos “al interpretar el significado del vocablo hijo, establecen que bajo esta denominación se halla comprendido también el nieto, regla admitida por esta Sala, con relación a los actos de última voluntad, en reiterada jurisprudencia que sólo exceptúa el caso en que los nietos aparezcan excluidos de manera expresa” máxime si, como aquí, concurre “además la circunstancia de que la designación de estos hijos llamados a la sucesión no se hace por sus nombres ni por ninguna cualidad que los singularice o individualice” concluyendo que entonces “es clara la necesidad de extender el llamamiento a los nietos”.

Contiene, además, el Código (art. 772, párrafo 1.º, inciso 2.º) una disposición especial para el supuesto de que hubiere dos herederos que tuvieran igual nombre y apellidos exi-

giéndose en este caso que el testador señale “alguna circunstancia por la que se conozca al instituido”.

3. *Formas excepcionales.*

Podemos considerar como tales (CASTÁN) las instituciones hechas a favor de personas o clases determinadas genéricamente a las cuales se refieren algunos artículos, como el 671 (que autoriza al testador para encomendar a un tercero la distribución de las cantidades, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse), el 749 (que determina los efectos de las disposiciones hechas a favor de los pobres en general) y el 751 (que declara cómo han de entenderse las hechas genéricamente en favor de los parientes del testador).

4. *Error en la institución.*

331

El párrafo 1.º del artículo 773 se ocupa de este problema al disponer: “El error en el nombre, apellido o cualidades de heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada”.

El criterio que mantiene el Código en este punto es congruente con el expuesto anteriormente. Aunque se yerre en la designación, si puede saberse a quién quiso designarse, valdrá la institución. En el sistema espiritualista de nuestro derecho sucesorio es evidente que lo que interesa es la certeza de la *voluntas testantis*, que, salvado el requisito de su reflejo testamentario, incluso la exactitud de la expresión le queda subordinada. Interesa más la certeza que la exactitud.

El citado párrafo encaja perfectamente en la sistemática de la regulación del testamento. La posibilidad de superar el error en el nombre o en la designación del llamado, cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada, es perfectamente coherente con el man-

dato legal de atender más a la voluntad del testador que a las palabras empleadas, cuando claramente aparece que aquélla no se corresponde con éstas (art. 675) (34).

E) Supuestos a estudiar en la vía sucesoria en materia de autoprotección.

Como se ha indicado al inicio de exponer la autoprotección y el Derecho sucesorio, vamos a estudiar dos posibilidades que nos brinda la sucesión testamentaria en relación a esta problemática, como es la delegación de la facultad de mejorar y la designación de heredero a favor de la persona que preste al testador enfermo los cuidados que precise hasta el día de su fallecimiento.

(34) Si el requisito necesario en esta materia de institución de heredero (GORDILLO CAÑAS) es el de la certeza (claridad y determinación) de la voluntad testamentaria, se entiende perfectamente el realismo espiritualista del criterio legal, más atento al resultado que a los medios empleados en la declaración de voluntad: si no es posible, la duda sobre quién sea el instituido, vale la institución (art. 772. II). La indicación, pues, de cualquier circunstancia o medio identificador es suficiente forma de designación: lo fue ya incluso en el Derecho Romano (omitido el nombre, la designación *indudabile signo.... quod paene nihil a nomine distat*, permitía la validez de la institución: D. 28, 5, 9) y lo sigue siendo en el C.c. Tan sólo un límite había en el Derecho histórico, del cual ha prescindido el Código: la designación infamante o injuriosa. En la legislación moderna (dice SCAEVOLA) cualquiera que sea el modo de designar al heredero (con alabanzas o censuras) la voluntad del testador no se considera modificada con ello, y la disposición subsiste enteramente.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de aplicar el amplio criterio de la ley, contra interesadas pretensiones de un mayor rigorismo designativo y formal: cualquier dato identificador basta para la validez y eficacia de la voluntad testamentaria, desde el empleo del *apodo* (STS 17-12-1899), tan identificador desde su arraigo de hecho como, desde su oficialidad, el nombre y los apellidos, hasta el diminutivo familiar y afectivo (STS 8-VI-18, el inevitable "Pacicos de mi vida") pasando por la indicación de circunstancias de parentesco y personales (STS 31-1-1899 y 15-11-07) del cargo que se ocupa o desempeña (STS 21-1-1895) o de hechos o conducta a realizar o realizada, en tanto que dicha realización puede servir por igual a la formación o determinación de la voluntad del testador, y a la identificación y certeza de la persona favorecida (STS 21-12-20). El criterio es siempre el mismo: la omisión del nombre no importa, si la identificación del llamado no deja lugar a dudas.

Delegación de la facultad de mejorar.

El artículo 831 del Código civil, en su actual redacción, después de la reforma de 13 de mayo de 1981, dice. “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes”.

El precepto proviene del proyecto de 1851, en el que se introdujo como una concesión a los territorios forales. GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 663 del proyecto de 1851 (antecedente del art. 831) esperaba que se generalizaran los loables efectos que costumbres análogas lograban en las legislaciones forales, tales como mantener el respeto y dependencia de los hijos hacia la madre viuda y conservar la disciplina doméstica, evitando los desastrosos juicios de testamentaría.

No obstante esa opinión optimista, en los territorios de “Derecho común” hasta la reforma, entre otros, del artículo 1.315, las posibilidades de aplicación eran más teóricas que reales, por lo que el artículo 831 llegó a ser letra muerta y prácticamente desconocido en la realidad de los despachos notariales, apuntándose como razón primordial de su falta de uso el que la delegación sólo pudiese hacerse en capitulaciones, y éstas, hasta la reforma del año 1975, debían otorgarse necesariamente antes de la celebración del matrimonio, momento quizá poco oportuno para tomar una decisión de este tipo.

Con la reforma del Código civil del año 1975 (en la que se permitió el otorgamiento de las capitulaciones antes o

después de celebrado el matrimonio) tampoco cambió el panorama, pues aunque daba unas posibilidades de efectividad que hasta entonces no había tenido el artículo 831, y le acercaba al testamento por comisario del Derecho histórico castellano y al de los territorios forales, no tuvo aplicación práctica alguna.

En la actualidad, con la posibilidad de conceder la delegación tanto en capítulos como en testamento, se abre un horizonte esperanzador para el juego de la fiducia y para su posible aplicación. Pero quizá, como dice DÍEZ GÓMEZ, aunque no queden hoy obstáculos técnicos jurídicos para su aplicación, queda en su contra el que la institución no es conocida por el público y además porque como toda institución nueva (y el actual art. 831 lo es, no sólo por las modificaciones introducidas, sino por la falta de su uso anterior) carece de jurisprudencia clarificadora, lo que lleva consigo dudas sobre sus exactos límites y efectos. El tiempo y la aplicación en los despachos notariales dirá su última palabra sobre la viabilidad de esta norma.

Esbozada esta breve introducción, pasamos a exponer el artículo 831 del Código civil que, para una mejor comprensión, vamos a estudiarlo siguiendo su tenor literal.

A. “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...”

Vienen estas palabras a indicarnos claramente que el artículo 831 es una excepción al principio general de que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro.

B. “... podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales...”

Nos indica el artículo que el vehículo formal para la concesión de la fiducia será el testamento o los capítulos. Estas palabras plantean los siguientes problemas:

1. Cuando la delegación se hace en testamento, aquélla es esencialmente revocable de forma unilateral por el concedente, pero nos preguntamos, ¿cuándo la delegación se hace en capitulaciones matrimoniales implica un pacto sucesorio irrevocable?

DÍEZ GÓMEZ considera que cuando la delegación se hace en capitulaciones matrimoniales parece que estamos ante un pacto sucesorio; hay una disposición *mortis causa* en capitulaciones matrimoniales. Lo característico del pacto sucesorio es su bilateralidad o plurilateralidad, de donde se deriva su irrevocabilidad por decisión unilateral del disponente. ¿Se dan estos caracteres en la delegación del artículo 831? Este autor pone en duda incluso la bilateralidad del acto constitutivo, pues aunque ciertamente intervienen ambos cónyuges o futuros cónyuges, lo hacen en una posición tan distinta que difícilmente puede hablarse de acto bilateral: uno de ellos delega y el otro (independientemente de que por su parte delegue o no) se limita a estar presente, o todo lo más a quedar enterado; no acepta porque la delegación no precisa aceptación, se usará o no, como el poder, pero se usa porque existe desde antes. La naturaleza de la delegación hecha en capitulaciones es idéntica a la hecha en testamento, acto jurídico *mortis causa* unilateral. Sólo hay entre ellas una diferencia instrumental, meramente formal. Las supuestas capitulaciones no vendrían a ser más que una forma especialísima de testamento (algo parecido a las donaciones *mortis causa*) y que *lege ferenda* sería preferible suprimir dejando como único vehículo para la delegación el testamento.

VALLET DE GOYTISOLO opina que, antes de la reforma de 1975, el pacto era irrevocable. Con la reforma de 1975, al posibilitar la modificación de las capitulaciones después de contraído el matrimonio, actuando los cónyuges de común acuerdo, resultaba indudable la posibilidad de revocar o modificar esa delegación, pero sin que cupiera en modo alguno la revocación unilateral de la delegación.

Hoy, después de la reforma de 1981, cree que sin duda es revocable la delegación conferida en testamento y también lo es la pactada en capitulaciones matrimoniales si es revocada de común acuerdo, no así unilateralmente. Aunque cualquiera de los cónyuges, de hecho, puede dejarlo sin efectividad mediante disposiciones por las que directamente mejore o distribuya sus bienes.

LACRUZ mantiene que aunque la concesión de la fiducia se haya realizado en capítulos, no es contractual en su sentido más estricto, esto es, no supone una transmisión vinculante de la facultad de distribuir y mejorar, por cuanto el delegante sigue pudiendo disponer a su arbitrio. La reforma de 1981, al permitir la concesión en acto *mortis causa*, confirma la unilateralidad del acto de otorgamiento de estas facultades, que, por tanto, podrá retirar el cónyuge concedente en cualquier momento, por ejemplo, mediante un testamento derogatorio de esta parte de los capítulos.

2. Otro problema es el de si ¿es posible que se conceda a uno solo de los cónyuges la delegación?

VALLET se inclina por la afirmativa en base a que al poderse ordenar en testamento, ha desaparecido todo resquicio del fundamento de la pretendida exigencia de la reciprocidad.

C. "... que muriendo el cónyuge otorgante..."

Nos adentramos en estas palabras en los problemas que pueden derivarse entre fiducia y matrimonio. Para su más clara exposición podemos ver los diferentes supuestos que la realidad matrimonial nos puede presentar.

1. Situación normal del matrimonio al fallecimiento del cónyuge concedente de la fiducia.

En esta situación parece claro que el cónyuge sobreviviente podrá ejercitar la facultad concedida. Ello se desprende de las propias palabras citadas (“muriendo el cónyuge otorgante”). Parece que el Código está pensando que para su ejercicio el sobreviviente ha de conservar su condición de esposo.

2. *Situaciones anormales del matrimonio. ¿Que ocurrirá en los supuestos de divorcio, nulidad del matrimonio o separación de los cónyuges?*

—Para MANRESA, en caso de nulidad, el cónyuge de mala fe, y en supuestos de separación el cónyuge declarado culpable, pierden la facultad concedida. Por el contrario, la mantendrá en esos casos el cónyuge de buena fe y el declarado inocente.

—DÍEZ GÓMEZ, considera que debe de admitirse la subsistencia de la facultad no sólo a favor del cónyuge de buena fe, sino la hecha por el cónyuge de buena fe o inocente, preguntándose ¿por qué castigar con la ineficacia de una disposición que ha hecho y que cree, pues no la revoca, que es favorable a sus hijos?

—LACRUZ considera que, en los supuestos de *anulación* o *divorcio*, no cabría el ejercicio de la facultad ni siquiera por el cónyuge de buena fe. Los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio excluyen la posibilidad de su posterior ejercicio. VALLET opina que en caso de divorcio, puesto que los cónyuges dejan de serlo, la facultad caducará. Más discutible es si ¿podría ejercitar dicha facultad el esposo que no ha dado causa a la *separación*, o pendiente el proceso? Por la afirmativa cabría alegar el silencio del artículo 831, e incluso de los artículos 83 y 90 a 95, o el principio que se deduce de la conservación de la legítima viudal por el cónyuge no culpable (art. 834); pero ya a primera vista parece mucho más coherente con un instituto fundado en la confianza mutua entender que la separación extingue la fiducia; en esta línea, el artículo 102 del Código civil ordena que,

por el mero hecho de admitirse la demanda de nulidad, separación o divorcio, “queden revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro” y además, según el artículo 106, acabado de cualquier modo el procedimiento, “la revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva”; lo primero es de aplicar el supuesto de morir el cónyuge fiduciante cuando el proceso se halla meramente incoado, y lo segundo podría serlo, acaso, al supuesto de reconciliación de los cónyuges separados legalmente. La *separación de hecho*, en cambio, no parece tener relevancia a estos efectos.

3. *¿Será posible que un testador delegue en favor de su ex-cónyuge o de su cónyuge separado, la facultad del artículo 831?*

338

LACRUZ considera muy discutible que separados legalmente los cónyuges o incluso divorciados, o anulado su matrimonio, puedan concederse de nuevo la fiducia, pues ésta constituye una excepción a la regla general del Código civil de personalidad e indelegabilidad de las disposiciones *mortis causa*; y ello porque en defecto de norma expresa en contrario, sólo puede concederse a unos cónyuges cuyo matrimonio no se halle oficialmente en crisis.

DÍEZ GÓMEZ, por el contrario, cree que podría defenderse la validez de la delegación realizada a favor del ex cónyuge o del cónyuge separado, puesto que el fundamento de la institución puede pensarse que es, más que la *afectio maritalis*, la confianza que se deriva de que el comisario sea padre o madre de los llamados a heredar.

D. “... pueda el viudo o la viuda que no haya contraído nuevas nupcias...”

Estas palabras pueden plantear diversos problemas, según que la delegación se haya o no ejercitado por el cónyuge sobreviviente al contraer nuevo matrimonio.

1. Delegación ejercitada por el sobreviviente antes de contraer nuevas nupcias.

En este caso, si el supérstite hubiese ejercitado esa facultad en estado de viudez, no se invalidará ese ejercicio por sus ulteriores nupcias, ya que se trata de un hecho posterior que no puede producir retroactivamente efectos invalidatorios.

2. Delegación no ejercitada por el cónyuge sobreviviente antes de contraer nuevas nupcias.

El artículo 831 mantiene, en su redacción actual, a las segundas nupcias como causa de extinción de la facultad concedida por el cónyuge premuerto.

Como fundamento de ello se ha dicho que ha venido a recoger, o bien la repulsa general a las segundas nupcias, o bien el temor a que el bínubo pueda perder con el nuevo matrimonio el cariño hacia los hijos del matrimonio anterior y ello le pueda influir en la justicia de la distribución.

DÍEZ GÓMEZ, por el contrario, opina que no existe, a su juicio, justificación alguna para que la facultad concedida se extinga por las ulteriores nupcias de su titular y ello en base a la inexistencia de peligro alguno, pues el bínubo sólo puede distribuir la herencia del cónyuge premuerto y exclusivamente entre los hijos que lo sean de éste. Ahora bien, tal y como está redactado el artículo 831, las nuevas nupcias del viudo son causa de extinción de la facultad concedida por el premuerto, ya que en este punto el artículo 831 parece imperativo. Quizá desde un punto de vista de derecho constituyente fuera conveniente pensar en suprimir esta causa de extinción.

Un problema especial que puede plantearse es el de: si el segundo matrimonio no es válido ¿puede el sobreviviente ejercitar la facultad concedida? VALLET, siguiendo postura distinta a la de DÍEZ GÓMEZ, se inclina por la negativa considerando que no se trata de una mera cuestión formal, sino

de la existencia de circunstancias nuevas que implican la pérdida de la confianza requerida para el ejercicio de tan delicada función familiar.

E. "... distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos..."

1.º *Distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto.*

Debe entenderse la expresión "*prudente arbitrio*", no en el sentido de distribución igualitaria, sino en el de que mientras no se perjudique la legítima estricta y se respeten los actos realizados por el causante, no es posible anular ni rescindir los actos del cónyuge sobreviviente bajo pretexto de que no obró con prudencia, pues el viudo fiduciario es su propio juez y su prudencia no es punto discutible.

340

Este criterio es seguido por ALPAÑES, que considera aplicable al viudo comisionado las normas privilegiadas de la partición hecha por el mismo causante que enuncia el artículo 1.075 del Código civil.

2.º *Mejorar en los bienes del difunto.*

Creemos que el artículo 831 es uno de los que emplea el verbo "mejorar" en sentido amplio, abarcando tanto el tercio destinado a mejora como el de libre disposición, o sea, la facultad del viudo puede extenderse a toda la herencia excepto a la legítima estricta. La facultad de mejorar indudablemente incluye la de efectuar con cargo a esos dos tercios toda clase de mejoras, sean de cuota, con o sin asignación de bienes concretos, o bien de cosa determinada, con o sin asignación de cuota.

3.º *Consecuencias.*

Sentadas estas bases, y considerando que el artículo 831 puede recoger con ámbito limitado un verdadero poder tes-

tatorio, resultará que el cónyuge sobreviviente tendrá las mismas facultades que el premuerto sin más límites que el respeto a las disposiciones del causante y a la legítima estricta.

Así, si el premuerto no le ha impuesto especiales limitaciones, el sobreviviente tendrá las mismas facultades que aquél, ocupando su lugar respecto de los tercios de mejora y libre disposición. Ello es así porque el texto del precepto permite al sobreviviente distribuir los bienes del difunto (todos ellos) con la única limitación de evitar el perjuicio de las legítimas. Por tanto parece, como ya hemos dicho, que el 831 utiliza la palabra “mejora” en sentido amplio, comprendiendo tanto el tercio de mejora como el de libre disposición.

Continuando con esta línea argumental se deduce lo siguiente: al tener el sobreviviente las mismas facultades que el fallecido, resulta que el viudo se equipara al premuerto y, por tanto, es más que un contador-partidor. En su consecuencia, no le será aplicable, según VALLET, la limitación de la facultad particional, circunscrita en el 1.507 a la simple facultad de hacer la partición y que requiere la sumisión a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062.

Por tanto, el viudo, en la hipótesis del artículo 831 del Código civil:

—No sólo no se halla sometido a estas limitaciones, sino que incluso puede usar de la facultad establecida en el artículo 1.056, párrafo 2.º.

—En el caso de llevar a efecto la partición, ésta no será rescindible por causa de lesión en la cuarta parte prevista en el artículo 1.074, sino únicamente por las contempladas en el artículo 1.075 con la sola diferencia de estar sometida a la voluntad del causante, que en el caso de incumplirse, encajaría perfectamente en la segunda causa, prevista en el mismo artículo 1.075, “de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador”.

—Y, por último, tampoco se halla sujeto a los requisitos formales del párrafo 3.º del artículo 1.057.

F. "... a los hijos comunes..."

Habla el artículo de hijos comunes. Es ésta una expresión que admite una doble interpretación; o literal (admitiendo como únicos posibles destinatarios de esa mejora a los hijos comunes) o amplia (incluyendo, además, a los descendientes comunes de ulterior grado).

La doctrina se encuentra dividida, por ejemplo:

— LACRUZ, siguiendo la postura literalista, opina que sólo puede mejorarse a los legitimarios de primer grado; no parece, dice, que quepa mejorar a los nietos cuando no sean legitimarios de primer grado. Podría encontrarse base para esta interpretación en que el artículo 831 faculta exclusivamente para mejorar a "hijos comunes", en contraste con la referencia a "hijos o descendientes" contenida en los artículos 823, 824, 825, 828 y 833 del Código civil.

342

— VALLET, por el contrario, y esta postura nos parece la más acertada, considera que, aunque vivan todos los hijos, deben incluirse también como posibles beneficios de la mejora dispuesta por el viudo comisionado, a lo nietos y demás descendientes comunes de ulterior grado, siempre y cuando no resulte otra cosa del pacto establecido en capitulaciones matrimoniales o de las disposiciones testamentarias. Aduce a favor de este criterio las siguientes razones:

1. La general inclusión en materia sucesoria de los descendientes de ulterior grado en la palabra "hijos".
2. Por ser éste el criterio general en las regiones forales, de las cuales fue tomado el artículo 831.
3. Porque este artículo no ha pensado en alterar los principios relativos a las personas que pueden ser mejoradas, resultando manifiesta la intención del legislador de que el cónyuge que sobreviva sustituya al premuerto en todo en su facultad de mejorar.

G. "... sin perjuicio de las legítimas..."

Parece redundante que el artículo 831 exprese la limitación de respetar las legítimas; pero puede deberse, como dice ALPAÑES, al deseo del legislador de dejar bien patente la diferencia entre este precepto ínsito en nuestro Código civil, y el foral de donde trae causa, en el cual las legítimas tienen entidad mucho menor no sólo en orden a su cuantía, sino en relación a su forma de pago. (Al emitir este autor esta opinión no estaban vigentes los nuevos arts. 841 y siguientes del Código civil).

H. "... y de las mejoras y demás disposiciones testamentarias..."

Según VALLET, después de la reforma de 1981, queda claro que cualquier disposición del causante entre vivos o por causa de muerte sea dispositiva a título de herencia, legado, fideicomiso, mejora, sustitución fideicomisaria o atributiva o valorativa limita las facultades del supérstite. También es claro que las facultades del supérstite tienen los límites que tenía el premuerto dimanantes de pactos sucesorios (art. 1.331), de promesas de mejorar o de no mejorar (art. 826) y del carácter no colacionable establecido en las donaciones *inter vivos*.

343

I. Plazo para su ejercicio.

En relación a este punto, dice el último párrafo del artículo 831: "Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes."

Viene por tanto esta norma a aceptar en primer lugar el plazo señalado por el causante, permitiéndole que fije el que estime más adecuado sin ponerle limitación alguna. A falta

de dicho plazo es cuando se establece el de “un año contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes”.

LACRUZ interpreta este párrafo de la siguiente forma:

1. Que el cónyuge fiduciante haya señalado plazo.

La Ley no limita las facultades de aquél en este ámbito, de modo que el plazo puede ser largo o corto, a su voluntad. Podrá, por consiguiente, facultar al fiduciario para hacer la distribución en su testamento, acaso conjuntamente de sus propios bienes y los del fiduciante. En tal caso, la elección hecha en testamento para que surta sus efectos al fallecimiento del cónyuge comisario, debe considerarse revocable.

344

2. El plazo señalado subsidiariamente por la ley es distinto según haya hijos menores comunes o no.

a) Para el caso de haber hijos menores comunes, la ley parte de la idea, muy justa, de que el fiduciario, con arreglo a la presumible intención del fiduciante, no debe ser obligado a elegir mientras las circunstancias objetivas no le permitan ponderar las cualidades, aptitudes y necesidades de los hijos, de donde el plazo habrá de prolongarse hasta llegar a la emancipación el último de ellos.

b) No habiendo hijos menores no emancipados, el plazo es el mismo del albaceazgo, pero comenzando a contar desde la apertura de la sucesión, lo cual, cuando el cónyuge tarde en enterarse de su nombramiento, es manifiestamente insuficiente. En particular, si se promueve litigio sobre el último testamento, y una vez anulado éste entra en vigor el que nombra fiduciario al cónyuge, acaso la delación efectiva del cargo sea posterior al momento del vencimiento del término.

J. Situación de la herencia en el período de pendencia de la comisión.

Como dice LACRUZ, desde que se abre la sucesión del fiduciante hasta que el comisario designa los sucesores (aunque se limite a señalar las cuotas) se produce una especial situación de yacencia hereditaria que alcanza, en cierto modo, a los llamamientos. Se sabe quiénes van a ser los sucesores, pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán.

En esta situación especial de yacencia se plantean problemas en cuanto a la administración y disposición de los bienes del caudal.

1. *Administración.*

Parece claro el punto de partida; la administración corresponde a los herederos. Pero, ¿de qué manera administran?, ¿cómo se formarán las mayorías?

—Para SECO CARO, es evidente que la gestión del caudal corresponde a los coherederos, pero al no conocerse las cuotas no será posible formar la mayoría y habrán de, o bien actuar por unanimidad, o bien acudir en súplica al juez conforme al párrafo 3.º del artículo 398 del Código civil para que nombre un administrador.

—LACRUZ considera que en tanto no se verifique la elección, la gestión del caudal relicto se realizará por los herederos presuntos. A falta de otro indicio, acaso la mayoría precisa para administrar habría de formarse teniendo en cuenta la participación abintestato de cada heredero.

2. *Disposición de bienes.*

La solución dependerá de la postura, estricta o amplia, que se haya adoptado en cuanto a que personas o grupo de personas pueden ser mejoradas por el viudo-fiduciario.

a) Aquellos que consideran que sólo pueden ser mejorados los “hijos comunes”, creen que la disposición de los bienes de la herencia antes de la distribución corresponde al grupo formado por los hijos comunes todos conjuntamente. El adquirente de los bienes no puede ser afectado para nada por la distribución que haga el viudo, ya que todos los posibles beneficiarios han comparecido en la disposición. Sí, en cambio, deberán tomarse las precauciones necesarias para garantizar la subsistencia del precio o contraprestación sobre el cual, por subrogación real, se condensan los derechos existentes sobre el bien enajenado, pues en otro caso podría ser burlado el mejorado.

b) Aquellos que creen que pueden ser mejorados por el viudo, además de los hijos comunes, los descendientes de ulterior grado, mantienen que para que sea válida la transmisión de bienes del caudal, es necesario, además del consentimiento de los hijos comunes, que concurra el viudo y apruebe la enajenación.

c) Indicado lo anterior, nos planteamos el probable de si *¿puede el viudo en algún caso, por sí solo, disponer de los bienes relictos?*

— GARRIDO DE PALMA considera que lógicamente al cónyuge fiduciario deben concedérsele facultades dispositivas sobre los bienes de la herencia siempre que la enajenación tenga causa de necesidad (pérdida del bien, evidente deterioro), de utilidad clara (inversión en otros bienes más productivos) o satisfacer cargas de la herencia o necesidades de los hijos, que los capítulos deben prever atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

— VALLET cree que, salvo, tal vez, cuando las enajenaciones encajan dentro de las facultades distributivas del cónyuge supérstite (para pagar deudas de la herencia, compensar diferencias, satisfacer mejoras en dinero), dichas facultades dispositivas entran más en el ámbito del derecho constituyente que en el constituido, si no han sido expresamente previstas.

XVII. Designación de heredero a favor de la persona que preste al testador enfermo los cuidados y alimentos que precise hasta el día de su fallecimiento

Esta hipótesis tiene cierto entronque con la renta vitalicia y el contrato de vitalicio, pero con la profunda diferencia de que en éstos la eficacia transmisiva de los bienes y los efectos se producen *inter vivos*, estando perfectamente delimitada la persona del adquirente, mientras que en la institución de heredero de este tenor, sólo se producirán al fallecimiento del testador.

En estas disposiciones testamentarias podemos distinguir cuatro posibilidades distintas a las que se refiere ROMERO CANDAU:

1.º Que el heredero no esté determinado nominativamente en el momento de hacer la institución de heredero, por ejemplo, cuando estemos en presencia de una cláusula testamentaria del siguiente o parecido tenor: "Instituyo heredero a la persona que me preste los cuidados y alimentos hasta el día de mi fallecimiento". En esta hipótesis es en el momento del óbito cuando se deberá determinar quién fue la persona concreta que le cuidó hasta ese último momento.

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de examinar una cláusula testamentaria de este tenor en la que, tras ponderar que la observación de esa conducta por el instituido era causa de la disposición misma a su favor, consideraba que no era sino una forma de designar al heredero, válida al abrigo de los amplios términos del artículo 772.1 del Código civil.

2.º Que se designe al heredero de forma expresa y nominativa, siempre que cuide del testador hasta el momento del fallecimiento.

En este supuesto está designado el heredero nominativamente y deberá acreditarse el haberse cumplido la condición o la causa del llamamiento testamentario.

3.º Que la obligación de cuidar al testador se configure como un modo.

En este caso habrá que estar a lo ordenado por el testador para el supuesto, en su caso, de incumplimiento.

4.º Que los cuidados que deben prestarse al testador se configuren como causa de la disposición, de tal forma que de la disposición resulte que el testador no la habría hecho de no haberlo cuidado, su incumplimiento hará ineficaz la disposición por aplicación del artículo 767 del Código civil.

La determinación del cumplimiento de tales hechos podrá realizarse por acta de notoriedad, por determinación del albacea suficientemente facultado para ello o por decisión judicial.

De estas tres posibilidades de acreditar el cumplimiento de tales hechos, vamos a estudiar la determinación por *albacea*, ya que es un cargo que depende de forma primordial de la voluntad del concedente que puede crearlo como institución, en los casos en los que el testador quiera que sea él el que aprecie quién es la persona que le prestó en vida los cuidados y alimentos precisos hasta su muerte.

348

XVIII. La figura del albacea y la autoprotección

La palabra castellana “albacea” procede de la palabra árabe *al baci*, que significa *ejecutor*.

Nuestro Código civil no define (ni debía, ni tenía por qué hacerlo) lo que es el albacea. No obstante ello, no cabe duda que se puede decir que albacea es la persona que el causante nombra para dar cumplimiento o ejecución a su última voluntad. El albacea no es otra cosa que un ejecutor de la última voluntad del causante y esta idea viene recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1985, cuando considera a los albaceas como ejecutores de la voluntad del testador expresada en su testamento.

Esa misión de ejecución que se encarga al albacea es una misión de confianza que el causante tiene en el nombrado. Ahora bien, el entregar esa confianza y las facultades necesarias para la ejecución de su última voluntad a una persona (albacea) supone restarlas a los herederos. Como dice BINDER, “la institución del ejecutor testamentario afecta a la situación jurídica del heredero, en cuanto que mediante ella se le arrebatan a éste y se transmiten a un tercero importantes funciones relacionadas íntimamente con dicha situación, de modo que tal institución puede ser configurada como una tajante limitación de la situación normal del heredero”. En efecto, correspondiendo, en principio, al heredero, como ocupante de la posición jurídica del causante, dar cumplimiento a lo por éste establecido, si se crea un cargo, el de albacea, al que se encomienda la función de llevar a cabo tal cumplimiento, es obvio que las facultades que al mismo se entreguen, se restan de las de los herederos.

349

Según ALBALADEJO, para ver clara esta merma de facultades que el albaceazgo supone para el heredero, ni siquiera habría que haber hecho razonamiento ninguno, sino simplemente leer los artículos 241, 3.º, de la Compilación catalana (hoy párrafo 2.º del art. 321 del Código de Sucesiones de Cataluña de 1990), y el artículo 911 del Código civil, y advertir cómo a falta de albaceas corresponde a los herederos la ejecución del testamento; si se nombra a aquéllos, se priva a éstos de las facultades ejecutivas que se hubieran atribuido a los albaceas.

En cuanto a los sistemas de constitución de esta figura, se puede indicar, en una visión apretada, que se observa que son dos, fundamentalmente, las formas de concebir el albaceazgo: el sistema anglosajón y el sistema latino.

a) *Sistema anglosajón*: el albaceazgo es una institución capital de las sucesiones, al no admitirse que, en general, el heredero liquide la herencia y encomendarse esta misión a un “ejecutor o administrador” nombrado por el testador o,

en su defecto, por la justicia. Esta característica fundamental se deriva de ser el sistema anglosajón un sistema de liquidación.

En efecto, el pago de las deudas del causante es una operación fundamental y previa a la adquisición del activo resultante por parte de los favorecidos por la transmisión lucrativa.

Se considera que el fallecimiento del causante señala el momento oportuno para satisfacer sus deudas y, en general, para extinguir el pasivo de su patrimonio a base de su activo. Los herederos aparecen así como meros destinatarios del remanente o saldo líquido que pueda quedar después de la liquidación de la herencia realizada por el “ejecutor o administrador”.

350 b) *Sistema latino*: el albaceazgo es una institución secundaria y esencialmente subordinada a la voluntad del causante.

Nuestro Código civil no refunde en los albaceas todas las facultades de los ejecutores de herencia, sino que admite durante este período la coexistencia de tres cargos diferentes: los albaceas, los administradores y los contadores-partidores. Aunque en la práctica nada impide que el testador reúna las facultades de todos ellos en una sola persona, apareciendo los denominados albaceas-contadores-partidores.

El albaceazgo en el Derecho español se caracteriza por las siguientes notas.

A) Es un cargo normalmente testamentario.

Lo usual es que el albacea sea nombrado en testamento (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1983), como así se deduce del artículo 892 del Código civil, al decir que: “El testador podrá nombrar uno o más albaceas”. No obstante puede hablarse también, como veremos, de albaceas legítimos y dativos.

B) Es un cargo voluntario en la aceptación, obligatorio en el desempeño.

— *Voluntario en la aceptación.* Según el artículo 898: “El albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquél en que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador”.

— *Obligatorio en el desempeño.* Como indica el artículo 899, “El albacea que acepta este cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo, pero lo podrá renunciar alegando causa justa, al prudente arbitrio del Juez”.

— Hay que hacer la *salvedad* de que el principio de voluntariedad en la aceptación puede verse disminuido por consecuencia de lo dispuesto en el artículo 900: “Al albacea que no acepte el cargo... perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima”.

351

C) Es un cargo temporal.

El que el cargo sea temporal es lógico y normal, porque su función concluye con la ejecución de la voluntad testamentaria. Entendiéndolo así el Código fija el plazo de un año, en defecto de plazo testamentario (artículos 904 a 906).

D) Es un cargo naturalmente gratuito.

Según el artículo 908: “El albaceazgo es cargo *gratuito*. Podrá, sin embargo, el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos. Si el testador lega o señala conjuntamente a los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá a los que lo desempeñen”.

E) Naturalmente personalísimo.

Es un cargo personalísimo por estar fundado en la *confianza* que la persona del albacea inspira al testador. Es atribuido *intuitu personae*. Como dice LACRUZ, con intención de subrayar esto en contraposición al mandato en el que el mandatario puede nombrar sustituto salvo prohibición del mandante (art. 1.721), dispone el artículo 909 del Código civil que el albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador. Según PUIG BRUTAU, el carácter personalísimo del albaceazgo significa que no es transmisible a los herederos y que, por tanto, como declaró la Sentencia de 27 de marzo de 1896, los herederos del testador no pueden reclamar de los del albacea el pago de un legado, una vez liquidados y adjudicados los bienes y no constando que el legado obre en poder del albacea ni de sus herederos.

352

F) Facultades del albacea a los efectos que aquí nos interesa de autoprotección. Se citan las facultades que consideramos más interesantes en relación al título de la ponencia.

Las facultades de los albaceas eran poco claras en nuestro Derecho histórico. GARCÍA GOYENA decía, antes de la publicación del Código civil, que nadie era capaz de ofrecer una respuesta clara y precisa en este punto. Publicado el Código, la solución dada a este problema no fue muy aclaratoria.

Ha tenido que ser el profundo estudio de la doctrina el que ha puesto un relativo orden en esta materia. Así:

a) En relación a las facultades del *albacea particular*, aparecen las siguientes posibilidades:

— Supuestos en que el testador se limite simplemente a nombrarle sin señalarse facultad alguna. En este caso el Código le atribuye las “facultades legales” de los artículos 902 y 903 del Código civil.

—Supuesto en que el testador, además de nombrarle, le asignó y marcó unas atribuciones concretas y determinadas, como adecuadas para un encargo o misión específica, en cuyo caso tendrá sólo las atribuidas.

—Supuesto en que el testador le ha otorgado una o varias facultades concretas y pueda deducirse de la propia atribución y de lo limitado de las facultades adjudicadas que lo que se desea realmente no es otorgar esas solas, sino agregarlas a las “legales”, en cuyo caso le corresponderán las atribuidas más las de los artículos 902 y 903.

b) En cuanto a las facultades del *albacea universal*, nuestro Código civil guarda silencio. Aunque se puede indicar que es aquel que recibe el encargo de ejecutar totalmente la última voluntad del testador, por ello le deberán corresponder todas y cada una de las facultades necesarias para cumplimentar esa voluntad, dejando consumada la sucesión. Por tanto, el albacea universal está investido de cuantas facultades requiera la total confianza del testador, tanto en orden a la ejecución del testamento en sentido estricto como a la administración del caudal relicto y representación de la herencia, para que arrancando desde la apertura de la sucesión pueda cumplir su voluntad hasta dejar consumada aquélla totalmente. Así, le compete apoderarse de la herencia, administrarla y gestionar lo relativo a ella, liquidarla, verificando el pago de deudas, cargas y legados, dividirla y entregar a cada heredero la parte que le corresponda, así como defender mientras dure la ejecución, el testamento y los bienes hereditarios, e igualmente enajenar bienes. Además, le corresponderá, en ejecución de las normas de autoprotección dictadas por el causante en su testamento, apreciar el cumplimiento de condiciones, apreciar y determinar quién es la persona que ha prestado al testador los cuidados necesarios hasta el momento del fallecimiento, etc. El albacea universal engloba, por otra parte, entre sus funciones (salvo que le haya sido suprimida, por encomendársela a otro) la de hacer la

cuenta y partición de los bienes dado que, en principio, su misión es la de dejar ultimada por completo la sucesión.

Sentadas estas bases, vamos a referirnos, como habíamos advertido, sólo a determinadas facultades, y entre otras, a efectos de la ponencia, citamos las siguientes:

1. *Facultad de interpretación.*

Estando encargado el albacea de ejecutar el testamento y de velar por él, es evidente que está facultado naturalmente, por el propio modo de ser de las cosas, para interpretar aquél sin necesidad de que el testador le conceda una especial facultad de interpretación. Estamos ante lo que ALBALADEJO llama facultades secundarias o instrumentales, es decir, aquellas que son necesarias para el ejercicio de la misión impuesta por la ley de ejecutar la última voluntad del causante, o bien indispensables o derivadas naturalmente de las otorgadas por el testador.

Aunque por lo dicho se justifica que la facultad de interpretación corresponde normalmente a los albaceas, es lo cierto que frecuentemente el testador se la concede de forma específica. En cualquiera de estos casos pueden plantearse los siguientes problemas:

a) Valor de la interpretación dada por el albacea al testamento.

La interpretación del albacea crea, en principio, un estado de derecho que debe ser mantenido mientras no prospere la acción judicial de impugnación. La impugnación sólo se estimará demostrando que la interpretación ha infringido la ley o la voluntad del testador, por lo que mientras no se pruebe prevalecerá la interpretación dada por el albacea a las cláusulas testamentarias.

Sentada esta premisa, sin embargo, podemos afirmar que la interpretación del albacea que infringiera la ley o la vo-

luntad del testador, podrá intentarse su impugnación lo mismo sea errónea, pero hecha de buena fe, como si es dolosa, o sea, discrepante conscientemente de lo que se pensó como querido, porque lo que importa es su inexactitud, no el ánimo con el que al albacea lo hizo. Aunque tal ánimo puede tener consecuencias de otro orden (por ejemplo, para la remoción o responsabilidad de aquél).

b) ¿Puede el testador imponer de forma irrecurrible a todos los interesados en la herencia la interpretación del albacea?

Para ROCA SASTRE no es lícito que el testador imponga sin más la no impugnabilidad judicial de la decisión interpretativa de los albaceas. El alcance de las funciones de los albaceas no puede ser mayor que las de un órgano de jurisdicción voluntaria y sus decisiones no pueden equivaler a sentencias firmes en juicio contradictorio, por lo que quedarán supeditados, en todo caso, a lo que en definitiva resuelvan los Tribunales.

ALBALADEJO, en la misma línea, indica que la interpretación del albacea, aunque el testador haya establecido que se acate inapelablemente, es impugnable incluso por los herederos voluntarios, ya que no se trata de que contra lo dispuesto por el causante sólo puedan alzarse los legitimarios, sino de que los puramente herederos voluntarios puedan alzarse contra la interpretación del albacea que burle la ley o lo establecido por el causante.

2. Facultad para apreciar el cumplimiento de condiciones.

Es ésta una facultad que sin necesidad de otorgamiento expreso corresponde al albacea por el solo hecho de que le compete dar cumplimiento a la voluntad del testador; por tanto, puede el albacea aplicar la exclusión querida por el testador y apreciar por sí el cumplimiento o no de la condición.

Así lo aceptó el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de diciembre de 1906, en un caso en el que los albaceas excluyeron de la herencia a uno de los instituidos por estimar que no se había cumplido la condición impuesta por el testador de seguir conviviendo con el causante hasta su muerte.

Es precisamente en este punto y en el siguiente donde se aprecia con mayor nitidez la conveniencia del nombramiento en testamento de un albacea para que éste pueda apreciar y pueda determinar heredero a la persona que haya prestado efectivamente al testador enfermo, los cuidados y alimentos necesarios y precisos hasta el día de su fallecimiento.

3. *Facultad de apreciar la mayor proximidad de parentesco.*

356

Este supuesto está íntimamente entroncado con el anterior y se refiere al caso de cuando el testador estableció disposiciones a favor de los más próximos parientes de ciertas ramas. Es lícito que el testador disponga que sus albaceas aprecien, por las pruebas aportadas entre ellos, quiénes son los más cercanos parientes de esas ramas y correspondan a ellos los derechos que el testamento otorgue a éstos. Tal facultad no va contra lo dispuesto en el artículo 670 del Código civil, pues no se sustituye la voluntad del testador por la de los albaceas, sino que se cumple.

4. *Obligación de desempeñar el cargo.*

Sobre los albaceas, como correlativo lógico a las facultades que se le conceden por la ley o por el testador, pesan una serie de obligaciones que han de cumplir para llevar a buen fin y ejecutar el encargo del causante. Entre éstas podemos citar, la de desempeñar el cargo.

El albacea debe, en general, cumplir y ejecutar fiel y diligentemente su cometido con arreglo a las instrucciones del testador y las prevenciones legales.

Conforme al artículo 899 el albacea que acepta este cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo. En el desempeño ha de ajustarse a los preceptos que regulan su misión y a las instrucciones del testamento; a falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia, ello por aplicación analógica del número 2 del artículo 1.719 del Código civil, relativo al mandato.

XIX. Eutanasia

Quiero estudiar como último punto de la ponencia otro aspecto íntimamente unido a las disposiciones de autoprotección, como es la eutanasia.

La palabra española “eutanasia” proviene del griego “eu” = bien, dulce y “tanatos” = muerte; por lo que en principio equivale a buena muerte, o muerte dulce o tranquila. El Diccionario de la Lengua española (edición vigésimo primera, año 1992), contempla la palabra en dos acepciones: primera, en medicina, como “muerte sin sufrimiento físico”; segundo, como “acortamiento voluntario de la vida de quien sufre una enfermedad incurable, para poner fin a sus sufrimientos”.

357

Por eutanasia, en términos genéricos, debe entenderse aquel comportamiento que, de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves sufrimientos y le afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación, o no aplazamiento de la muerte del afectado.

Estas ideas nos hacen ver que la eutanasia está situada en el tránsito de la vida a la muerte, recogiendo en su manto el momento trascendental de la existencia humana. La eutanasia está siempre unida a la muerte de una persona que sufre (pero que aún está viva), y a la que le funcionan todavía algunas de sus constantes vitales.

Como dicen MARTÍN GÓMEZ y ALONSO TEJUCA, la vida, el derecho a la existencia y presencia en el mundo, es indudablemente el primero de los derechos fundamentales, el sustrato o punto de partida para el disfrute de las libertades añadidas o conquistadas por la civilización, y que hoy en día tienen cobijo y reconocimiento en las constituciones y convenios internacionales. Cualquier ataque, cuestión o adjetivación que se plantee en relación a este derecho originario y primigenio adquiere una especial y explicada repercusión en el campo de lo moral, de lo sociológico, de lo médico y de lo jurídico. Junto a estas palabras o ideas, que consideramos fundamentales, está también el derecho inalienable del ser humano “a morir con dignidad”.

En España, como en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, el debate social sobre la eutanasia se encuentra en estos momentos en pleno apogeo, habiendo adquirido una difusión y una presencia en los medios de comunicación difícilmente imaginable hace tan sólo un par de décadas. Es cierto que, al menos desde comienzos del presente siglo, este debate ha estado de una u otra forma presente en los foros académicos y científicos, pero nunca había suscitado el interés público de una forma tan generalizada. No obstante, el nivel de este debate social que en España generó la problemática de la eutanasia, no se compaginaba con el nivel de respuesta que la Ley había ofrecido al mismo, hasta la reforma del Código Penal de 1995.

Al ser la medicina capaz de prolongar la vida a través de métodos artificiales durante períodos de tiempo considerables, sitúa al médico y, por qué no, al paciente y a su familia, ante el dilema de si se debe o no realizar siempre todo lo posible, desde la perspectiva de la técnica médica, para la prolongación de la vida. El desarrollo, incluso, de la medicina intensiva, obliga, eventualmente, al médico a tener que hacer una selección entre los pacientes a salvar cuando el número de aparatos de reanimación o de órganos para trasplante es limitado.

En este contexto aparece como inevitable la reflexión acerca de si se debe o no iniciar o interrumpir un tratamiento médico que sólo va a lograr prolongar los dolores y padecimientos del paciente (eutanasia pasiva), o si se deben aplicar cuidados paliativos del dolor que pueden provocar un adelantamiento del momento de la muerte (eutanasia indirecta); o, incluso, yendo más lejos, si se debe, bajo determinadas circunstancias, permitir morir a quien no desea continuar con una existencia en la que se sufre irreversiblemente una terrible pérdida de la calidad de vida (eutanasia activa). De esta manera, además, toda la problemática de la eutanasia se conecta inmediatamente con la cuestión del reconocimiento de la disponibilidad de la propia vida y del reconocimiento de la capacidad del individuo para valorar y decidir el grado de dignidad con el que desea vivir su propia vida o, incluso, su propia muerte.

Para comprender el problema es necesario partir de una idea previa, la eutanasia es la privación de la vida de forma indolora y con la intención de evitar el padecimiento insufrible que aqueja a aquél al que se aplica. A esta idea ha de añadirse lo siguiente: en principio el deber de respetar la vida, y no meramente la obligación de curar, prohíben la eutanasia o muerte provocada del enfermo para abreviar sus padecimientos. Sin embargo, se considera lícita la supresión de medios extraordinarios de mantenimiento del paciente moribundo en situación irreversible, o la administración de fármacos para aliviar el dolor que presenten como efecto secundario, no buscado, un acortamiento de la vida. Pero la cuestión puede verse matizada cuando el paciente rechaza ser sometido a tratamiento en una situación de extrema gravedad. La razón de este matiz viene dada por el especial significado que tienen los “tratamientos masivos (el bombardeo o encarnizamiento terapéutico), cuyo objeto es retardar o prolongar la muerte”.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado del derecho a la vida en diversas ocasiones (sentencias 120 y 137/90). La

Sala Segunda del Tribunal Supremo, al tratar de un tema de huelga de hambre de internos en una prisión en sentencia de 1990, siguiendo la sentencia del T. Constitucional 137/90 recoge lo que sigue: “El derecho a la vida tiene, pues, (se razona en ambas sentencias) un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación de *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho”.

De lo expuesto podemos diseñar una especie de clasificación de la eutanasia ya aludida anteriormente, de la siguiente forma:

A) Eutanasia genuina.

Es la que tiene como finalidad, como se deduce de su propia etimología, ayudar a bien morir, paliando los dolores del enfermo, sin acortar la vida, que se extingue por el transcurso natural de la enfermedad. No produce aceleración del curso irreversible hacia la muerte.

Es por tanto una ayuda “en el” morir y no para morir. Son razones humanitarias y deontológicas las que la avalan y justifican. En estas hipótesis estaremos cuando se den “situaciones extremas de vida, gravemente dañada por la enfermedad, en que se administran al paciente sustancias o se

le aplican técnicas médicas o psicológicas tendentes a paliar la presencia de dolores o de angustia en el mismo y sin que ello suponga anticipación alguna de la extinción vital del mismo”.

Un comportamiento, una acción en tal sentido no sólo es comprensible, sino plausible y, en última instancia, exigible dentro de la *lex artis médica* y puede considerarse como una verdadera obra de caridad en relación al enfermo.

B) Eutanasia pasiva u ortotanasia.

Esta clase de eutanasia se concreta en la omisión del empleo, en el supuesto de una enfermedad de pronóstico infausto, de un tratamiento artificial, extraordinario y no curativo. Lo contrario nos llevaría al llamado “encarnizamiento terapéutico” y significaría la prolongación artificial del devenir humano a través de técnicas médicas dirigidas sólo al sostenimiento de la vida, pero no a su curación. Por ello este tipo de eutanasia tiene como finalidad la supresión de procedimientos técnico-médicos tendentes a prolongar artificialmente la vida de una persona que padece una enfermedad incurable y se encuentra en fase terminal o vegetativa.

En relación a esta clase de eutanasia conviene significar que la Congregación para la Doctrina de la Fe, de la Iglesia Católica Romana, en su Declaración sobre la Eutanasia, emitida en Roma el 5 de mayo de 1980, con la aprobación del Pontífice Juan Pablo II, entre otros, señaló: “Ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares”.

El documento vaticano significa un claro sí a lo que se califica también como ortotanasia y que clásicamente ha sido llamada eutanasia pasiva: “Es también lícito interrumpir la

aplicación de tales medios (desproporcionados), cuando los resultados defraudan las esperanzas puestas en ellos”.

En un paso posterior más cercano a la muerte médica que el supuesto anterior, se podría decir que cuando las esperanzas de supervivencia son nulas, y los signos de muerte están presentes y sólo se mantienen artificialmente las funciones, creemos que sería contrario a los más elementales criterios jurídicos prolongar esta situación. Más aún, si la muerte se determina por el electroencefalograma plano, conforme al artículo 5-1 de la Ley 30/79 de transplantes de órganos, y esa es la situación del paciente, podríamos decir que la actuación que sobre él se realizara suspendiendo cualquier tratamiento sería atípica penalmente, por cuanto no hay sujeto pasivo ya que no lo es el que legalmente está muerto. La prolongación meramente artificial de la vida en esas condiciones puede constituir incluso un atentado a la dignidad humana, hablándose entonces de lo que ya hemos denominado “encarnizamiento médico”.

362

C) Eutanasia indirecta o lenitiva.

Es aquella actividad que se dirige a paliar, mediante la aplicación de los medicamentos adecuados, los dolores causados por una enfermedad con el efecto secundario de acortar la vida de una persona, con su consentimiento y en el supuesto de una enfermedad de pronóstico infausto, irreversible y doloroso. Es por tanto la administración de sustancias calmantes o lenitivas a una persona que se encuentre en una situación de muerte próxima o anticipada, patológica o traumática e inevitable concomitante con el padecimiento de sufrimientos físicos insoportables. Según MARTÍN GÓMEZ y ALONSO TEJUCA, la eutanasia indirecta es la consistente en la administración de medicamentos o la aplicación de técnicas a una persona que padece una enfermedad incurable y soporta una situación insufrible y dolorosa, con el fin primordial de mitigar sus padecimientos y aunque ello entrañe,

como efecto secundario e ineludible, un acortamiento de su vida o aceleración de su muerte.

D) Eutanasia activa.

Es la ejecución directa de la muerte de una persona, a petición de ésta, cuando ella misma no puede, materialmente hablando, causársela por hallarse en un estado de postración o de inmovilidad absoluta. Consiste, según el párrafo 4.º del artículo 143 del Código Penal español de 1995, en ayudar a morir a personas que así lo desean, como consecuencia de una enfermedad grave incurable o que le produzca graves padecimientos permanentes difíciles de soportar.

Es revelador, entre otros casos, el de Ramón Sampedro Caneán, un coruñés del municipio de Porto de Son, que lleva más de treinta años de su vida inmóvil en una cama, con el cuerpo paralizado por una tetraplejia y en plenas facultades mentales. Este ser humano era un joven pescador de Galicia que fue a bañarse con sus amigos un día de 1968. Se tiró de cabeza desde un acantilado sumergiéndose en aguas poco profundas y golpeándose con una roca. Le sacaron del mar inconsciente. Se despertó, si bien desde entonces ha estado paralizado desde el cuello. Todavía está atado a su cama dependiendo de sus parientes cercanos que le dan de comer y le prestan los cuidados necesarios. Pasar 30 años en esta situación da tiempo a reflexionar sobre el propio destino, y el Sr. Sampedro ha llegado a la siguiente conclusión: no le merece la pena vivir y quiere poner fin a su vida.

El indicado Sr. Sampedro Caneán solicitó al juez que autorizase a su médico a suministrarle los medicamentos necesarios para evitar el dolor y la angustia “y poder así, llegado el caso, morir dignamente”. El Juzgado falló en contra.

Se puede citar en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 19 de noviembre de 1996,

que declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda sobre petición de autorización de tratamiento médico que le produzca la muerte. La Audiencia fundamenta su fallo en la inadmisión de la posibilidad de que el artículo 15 de la Constitución Española garantice el derecho a la propia muerte. El Sr. Sampedro ha fallecido el 12 de enero de 1998, habiéndose detectado en su organismo gran cantidad de cianuro. Parece que estemos ante un supuesto de eutanasia activa tipificada, como se ha indicado, como delito en el artículo 143, n.º 4 del Código Penal español, aunque con la rebaja de la pena reseñada.

De las cuatro clases de eutanasia enumeradas, es en las tres primeras (genuina, pasiva e indirecta), donde aparece claramente la idea de que el respeto a la dignidad humana es un derecho a la vida y a la muerte misma (un derecho fundamental del ser humano es el de morir en paz y con dignidad). Este respeto a la dignidad de la persona se tiene que manifestar no sólo en cómo se vive, sino también en cómo se muere, en la manera y forma de morir, en la muerte que uno elige en definitiva.

Este respeto a la dignidad de la persona es lo que debe imponer, por razones éticas y morales, la limitación de los deberes de tratamiento médico: en el sentido de que, siendo la finalidad primordial del tratamiento el aspirar a la curación del enfermo doliente, si esto ya no es posible, la aplicación de técnicas de mero mantenimiento podría llevar consigo graves padecimientos añadidos al enfermo, en cuyo caso sería insostenible el que se persistiera en la aplicación de tales técnicas. De ahí la inadmisibilidad, como principio inspirador o de actuación, del mantenimiento y la prolongación a ultranza de la vida de una persona. En este sentido cabe citar la Recomendación 779 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 29 de enero de 1976, la cual expone que la prolongación de la vida no es el "objetivo exclusivo" de la práctica médica. Por ello se debe ga-

rantizar que la vida y la muerte sean lo más humanas posible, es decir, que su desarrollo se realice con el máximo respeto a la dignidad y protección de los derechos fundamentales que son dables a las personas. Lo digno es lo intrínsecamente humano.

XX. Eutanasia y el Código Penal español

La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 significó, en la doctrina penal patria, un cambio de orientación en el tratamiento del problema penal de la eutanasia. A partir de entonces, una buena parte de los trabajos que, directa o indirectamente, abordaron esta cuestión fueron relegando los viejos planteamientos pietistas y de la culpabilidad atenuada en función del móvil, vinculando el problema de la punición o impunidad de la eutanasia, bien a la resolución previa del problema de la disponibilidad de la propia vida y su configuración y límites a la luz de los preceptos constitucionales, bien a la propia configuración que el derecho a la vida, unido a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, tiene en nuestro texto constitucional.

En el tema relativo a si cada persona puede disponer de su propia vida, entran en juego diversos preceptos de la Constitución Española, tales como el artículo 10, párrafo 1, artículo 15 y artículo 16.

—Dispone el artículo 10.1 que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

—Dispone el artículo 15 que: “Todos tienen derecho a la vida, a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte”.

– Dispone el artículo 16:

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitaciones en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”

Además, la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, recoge en su artículo 10: “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana...; 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: ...b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas... 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6, debiendo para ello solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente.”

Con estos antecedentes, en los últimos años vieron la luz en España (DEL ROSAL BLASCO) dos proyectos de reforma de la legislación penal, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 y el de 1994 que, por primera vez en la historia legislativa de nuestro país, ensayaron una nueva forma de regulación de las conductas de participación en el suicidio y, lo que es más importante, introdujeron la regulación de algunos supuestos de muerte eutanásica.

En efecto, por lo que se refiere a los actos de participación en el suicidio, tanto el Proyecto de 1992 (que deca-

yó por la convocatoria de Elecciones Generales en junio de 1993) como el de 1994, a diferencia del texto anterior, excluyen de forma expresa la punición de los supuestos de mera complicidad, o complicidad no necesaria, en un suicidio ajeno, castigando, eso sí, la inducción (art. 149.1) y la cooperación necesaria (art. 149.2). Por otra parte, los redactores de los proyectos fueron conscientes del menor reproche que ha de merecer quien coopera en actos de participación o de auxilio ejecutivo en un suicidio ajeno que quien lo hace en un homicidio no consentido, porque la penalidad abstracta de aquellos actos se rebajó respecto de la prevista para el homicidio.

El nuevo Código Penal español aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, regula tímidamente la eutanasia en el artículo 143, párrafo 4.º, ubicado en el Libro II (Delitos y sus penas) y dentro de este Libro, en el Título Primero, bajo la rúbrica “Del homicidio y sus formas”.

367

El citado párrafo 4.º del artículo 143 recoge de forma sustancialmente idéntica lo dispuesto para la eutanasia, bajo la misma numeración en el Proyecto del Código Penal de 1944 al decir: “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

De estas palabras se desprenden *prima facie* dos consideraciones previas:

1.ª Las formas que sin duda aparecen expresamente incluidas dentro del tipo legal del delito contemplado, son todas las de eutanasia activa.

2.ª Los supuestos que hemos denominado de “eutanasia genuina”, “eutanasia pasiva u ortotanasia” y “eutanasia indirecta o lenitiva”, quedan excluidos de posible castigo, ya

que su conducta no está penalmente tipificada (es atípica), lo que nos conduce a considerarlas impunes y ello porque al exigir el párrafo 4.^a del artículo 143, actos de cooperación necesarios y directos, deja al margen de la tipicidad a los tres supuestos que acabamos de señalar.

Indicadas estas dos consideraciones previas vamos a estudiar la literalidad de la norma transcrita, teniendo en cuenta, como se ha indicado, que *se refiere sólo a la eutanasia activa, que es la tipificada como delito*.

a) *“El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro...”*

368

Con estas palabras se concreta que las conductas que abarca o comprende la disposición son los comportamientos activos, o sea, la realización de actos sin los cuales no se hubiera producido la muerte, equivale a ejecutar los hechos, es decir, sólo serán penalmente relevantes los comportamientos de cooperación necesaria y cooperación ejecutiva que se encaminen activa y directamente a producir la muerte de otro. La previsión legal impide las formas omisivas, por lo que no cabe la comisión por omisión.

b) *“Por la petición expresa, seria e inequívoca de éste...”*

En una situación tan íntimamente personal y humana como es la propia vida y el momento de la propia muerte digna, el Código Penal exige para aplicar la penalidad atenuada, la prestación del consentimiento de la víctima. Es necesario contar con un consentimiento efectivo del afectado, sin que quepa ningún tipo de presunción. La voluntad del enfermo debe ser el presupuesto indispensable en estas situaciones.

El Código Penal exige que haya:

— *Petición*: que es concepto equiparable al de solicitud y que implica trasladar la iniciativa al directamente afectado,

no bastando con el mero consentimiento a una propuesta ajena.

Debe considerarse de un modo que elimine cualquier tipo de duda razonable sobre su carácter definitivo.

— *Expresa*: excluye la petición tácita, debiendo ser verbal o escrita.

— *Seria*: supone que ha de estar exenta de todo tipo de duda. Debe estar formulada de un modo que elimine cualquier tipo de duda razonable sobre su carácter definitivo y que además tenga muestras de firmeza y madurez.

— *Inequívoca*: equivale a que sea clara en cuanto que el sujeto está perfectamente informado. La expresión legal parece aludir (DÍEZ RIPOLLÉS) a que se plantee por una persona cuya decisión de morir se asienta sobre bases fácticas reales y no ficticias, en cuanto que está debidamente informada sobre su situación clínica, en todos sus extremos de diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre el medio radical a través del cual se va superar.

369

Nada dice el Código Penal sobre la capacidad de la víctima, pero por paralelismo con los requisitos que se establecen para las lesiones consentidas en los artículos 155 y 156, ha de entenderse que la víctima ha de reunir las condiciones de capacidad precisas para prestar un consentimiento válido.

c) *“En el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”*.

El supuesto de hecho del artículo 143.4, describe una situación sanitaria que presupone, además de la presencia de una enfermedad, que ésta o bien le conduzca necesariamente a la muerte, o bien, aun sin conducirlo al fatal desenlace, no obstante le produzca graves padecimientos que sean a la vez permanentes y difíciles de soportar.

La exigencia de que la enfermedad sea “grave” se refiere a un padecimiento que conduzca a la muerte y conlleve además a una afección notable a la calidad de vida, el requisito de su permanencia, que se concreta a su incurabilidad.

La referencia a que la enfermedad “conduzca necesariamente a la muerte” presupone la exigencia de que el fallecimiento vaya a tener lugar en un plazo no lejano y relativamente determinado.

En cuanto a las palabras que la enfermedad, aun no siendo mortal “produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”, deben entenderse como tales no sólo dolores sino cualesquiera situaciones de carencia de bienestar físico o psíquico que, siendo consideradas socialmente de importancia, resultan subjetivamente insoportables para el afectado.

370 La dificultad ha de medirse con el baremo del sujeto, especialmente, cuando se trate de sufrimientos psíquicos.

d) “Será castigado con pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo” (art. 143 del Código Penal).

Concurriendo la solicitud del afectado en los términos vistos, los comportamientos de eutanasia activa, si bien cumplirán el tipo de homicidio consentido del artículo 143.3 o de cooperación necesaria al suicidio del artículo 143.2 y no podrán ser justificados, verán rebajada la pena de sus tipos respectivos en uno o dos grados, de modo equiparable a una causa de justificación incompleta en atención al menor contenido del injusto genérico en ellos presente.

En definitiva, el margen de discrecionalidad en el que el Juez se mueve, para el primer caso, será de seis meses a dos años, y para la hipótesis de cooperación ejecutiva de un año y seis meses a seis años.

Sin duda, lo realmente importante (VALLE MUÑIZ) es subrayar que nos encontramos ante una horquilla en la dura-

ción de las penas que permite, en determinados supuestos, la suspensión de su ejecución efectiva. Lo que podrá ocurrir cuando el *quantum* de pena sea inferior a dos años. Además, si la pena resultante fue inferior a un año podrá sustituirse por arrestos de fin de semana (cada semana de prisión por dos arrestos de fin de semana) o por multa (dos cuotas de multa por cada día de prisión). Incluso, aun cuando excepcionalmente, tal y como prevé también el artículo 88 del Código Penal, tal sustitución de las penas de prisión podrá operarse cuando éstas no excedan de dos años.

En relación a la total regulación de la eutanasia activa del artículo 143.4 se puede indicar con CARBONELL MATEU, que la misma no deja de plantear muy serios problemas. Estamos ante conceptos jurídicos absolutamente indeterminados, cuyo “cierre” resultará francamente difícil. No parece claro quién deba diagnosticar la enfermedad y conectarla con una muerte segura, ni quién deba calibrar la permanencia y, sobre todo, dificultad de soportar los padecimientos. Las buenas intenciones de la Ley pueden por ello chocar con serias dificultades interpretativas. Más certero habría sido otorgar relevancia general, salvo excepciones derivadas de una patología psicológica, a la voluntad del sujeto pasivo. Y hacerlo con todas sus consecuencias. Ahora bien, con todo, el legislador penal ha dado un paso adelante en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

De lo indicado se desprende con claridad que el Código Penal de 1995, tipifica como formas incluidas en el ámbito de reducción de la pena, que exista previamente exteriorizada por parte del sujeto pasivo una “petición expresa, seria e inequívoca”, o sea, que exista una prestación clara e indubitada de consentimiento. Esta rigurosa exigencia de la previa declaración de voluntad debe ser igualmente impuesta en la hipótesis de los otros tipos de eutanasia no tipificados como delito (genuina, pasiva e indirecta).

La preeminencia de la voluntad o el interés del afectado (DÍEZ RIPOLLÉS) debe regir de modo general en estas cir-

cunstancias, sin perjuicio de sus diferenciadas exigencias a tenor de la entidad de la hipótesis concreta. Ahora bien, en todos los supuestos se necesita siempre, de manera inexcusable, una declaración de voluntad de la propia persona enferma o postrada, que con un "*consentimiento informado*" autorice la intervención de un tercero.

El problema del consentimiento nos lleva a efectos de la ponencia a estudiar la forma de su plasmación documental a través del mal llamado *testamento vital*.

Como dice ESTHER PAMBLANCO LILLO, en los últimos años se ha ido imponiendo el uso de los denominados "*testamentos biológicos*" o "*testamentos vitales*", documentos en los que su titular declara su voluntad y expresa sus deseos de que no le sean aplicados cuidados excepcionales, capaces no ya de devolverle la salud, sino de prolongar su vida en el caso de padecer una enfermedad incurable, aceptando que se le administre la medicación necesaria para eliminar sus posibles dolores, aunque con ello se pueda adelantar el momento de la muerte.

372

Consiste el testamento vital (SERRANO GÓMEZ) en una declaración escrita en la que una persona con plena capacidad de decisión pide que no se prolongue su vida artificialmente cuando por cualquier motivo (enfermedad grave irreversible, accidente, etc.), la misma necesariamente se vea abocada al final. Puede también recoger supuestos de eutanasia indirecta y lenitiva.

En todas estas hipótesis puede plantear problemas el consentimiento prestado *a priori*, pues la persona puede cambiar de opinión con el paso del tiempo; no obstante, esto se puede salvar con una ratificación periódica del documento. Salvada esta cuestión el testamento vital debe ser eficaz siempre que se considere que el mismo fue emitido sin ningún vicio que lo invalide. Se trata de la negativa a tratamiento médico. El sujeto delega la decisión final (como un supuesto claro de autoprotección) en el médico, en sus familiares o terceros; se trata de prever situaciones futuras en

las que el sujeto puede llegar a carecer de capacidad de decisión.

Estamos, pues, siendo coherentes con los conceptos expuestos, ante una solicitud, debidamente documentada, de eutanasia pasiva o de eutanasia indirecta o lenitiva. Es decir, *no se está legitimando una eutanasia activa*, situación en la que sí se plantearía una quiebra del derecho a la vida. Respetar su deseo de que no se le apliquen cuidados excepcionales o que se le suministren calmantes, supone respetar la evolución de la naturaleza, y la no introducción de medidas artificiales cuyo único alcance es dilatar el momento de la muerte, pero nunca devolver la salud. No es suicida aquél “que quiere vivir, aunque no a toda costa y a cualquier precio”. Es similar a un acto de eutanasia voluntaria, pero indirecta, pues si bien el paciente decide que su vida no tiene sentido y debe finalizar, se deja a la decisión de la persona por ella autorizada el finalizarla.

373

Respecto del denominado *testamento vital* quiero estudiar diferentes aspectos como son: denominación, concepto, forma.

La denominación “testamento vital” es en sí misma una contradicción, pues tiene en principio, de testamento, nada más que su nombre, ya que normalmente se encuentra plasmado en un mero documento sin garantía alguna, aunque nada impide (y ello sería lo deseable) que pueda contenerse en un testamento abierto otorgado ante notario. Quiero indicar que a mí personalmente no me gusta la expresión de “testamento vital”, por ser confusa y por contener dentro de sí, como se acaba de indicar, una total contradicción, pero hay que reconocer que es la que goza hoy de mayor predicamento y la que ha tomado ya carta de naturaleza en la terminología y en el habla popular del pueblo español.

En relación a su *concepto* se puede indicar que el testamento vital no es más que una declaración de voluntad de una persona capaz, libremente exteriorizada sin coacciones, previendo la actitud que debe tomarse con ella misma, para

el supuesto de encontrarse en una de las hipótesis que venimos exponiendo.

Como intentos de configuración de esta figura pueden citarse:

a) “Declaración de voluntad escrita, en previsión de la eventual incapacitación del declarante (estado de coma irreversible, condición terminal) en la cual se ordena a los familiares y médicos del futuro paciente, que sean ellos los que determinen si el tratamiento médico extraordinario o desproporcionado debe ser iniciado, continuado o finalizado”.

Dicho de otra manera, el testamento vital es una orden escrita dada por un individuo, mientras se encuentra en el ejercicio de sus facultades mentales, indicativa del tratamiento médico que quisiera recibir en el momento en que, como paciente, se encuentre incapacitado (coma irreversible, situación terminal) para tomar decisiones.

374 b) “Declaración de voluntad de una persona en la cual expresa cómo quiere que se actúe (u omita) con ella en el caso de encontrarse en una de las situaciones de base de la eutanasia no activa”.

De lo dicho se desprende que:

1.º La savia del documento es la libre voluntad del ser humano, ya que todo hombre tiene un derecho inalienable como es el de morir en paz y con dignidad y ello porque siendo el transcurso hacia la muerte lo más íntimo de cada persona, la sociedad no puede expropiar la expresión máxima de dicha intimidad. Por ello, cualquier persona capaz, en previsión de una situación irreversible en su salud, puede dejar establecida documentalmente su decisión sobre el tratamiento médico que debe recibir, cómo continuarlo e incluso cómo y cuándo finalizarlo. La voluntad del hombre, en este punto de su más profunda intimidad, debe ser respetada.

2.º La voluntad debe ser expresada libremente, es decir, exenta de vicios, captaciones, y en un momento de plena capacidad, plena consciencia y plena lucidez mental.

3.º Esta voluntad libre debe estar documentada. ¿Bajo qué forma? Hoy estos “testamentos vitales” están redactados normalmente en meros documentos privados otorgados a lo sumo con la presencia de dos testigos, lo cual nos parece insuficiente y digo que parece insuficiente, pues recogiendo declaraciones de voluntad que tienden a prevenir algo tan íntimo, tan profundamente humano como es la propia muerte por la trascendencia vital que los mismos recogen, deben estar rodeados del cumplimiento de todos los requisitos formales, previo un asesoramiento completo y exhaustivo por parte de un profesional competente y nada mejor que la presencia, la actuación y la redacción del notario y que quede plasmado en un documento notarial. Como dice GAZTAMBIDE GÓMEZ, el notario de tipo latino sirve como redactor y relator de la voluntad expresada ante él por el ciudadano que lo ocupa para que, plasmada en un documento público, haga fe de esa voluntad. No representa voluntades adversas ni intereses encontrados, sino que autoriza documentos que expresan en forma de ley la voluntad del otorgante.

375

El notario representa únicamente el interés que tiene la sociedad de que las cosas solemnes se expongan y perpetúen, con la solemnidad que les imparte un funcionario con la autoridad para darle legitimidad de forma a la voluntad expuesta ante él.

El derecho natural asiste a todo ser humano para que pueda morir en paz y con dignidad. Aunque tenga el poder, ningún Estado tiene el derecho de impedir que el ciudadano deje plasmada su voluntad al respecto en un documento que gobierne su agonía final.

Como notarios, tenemos el deber de autorizar un documento que exprese la voluntad de un ciudadano respecto a ciertos procedimientos médicos cuya aplicación le prolongarían su sufrimiento y la agonía de su muerte, y ello en previsión de quedar incapacitado a consecuencia de una situación o situaciones como las anteriormente expuestas.

En esta misma orientación se manifiestan MARTÍN GÓMEZ y ALONSO TEJUCA, ambos fiscales de la Audiencia Provincial de Badajoz, cuando mantienen que la declaración de voluntad ha de estar documentada. Ha de constar por escrito, y necesariamente debe reunir ciertas condiciones mínimas de autenticidad, por lo que entendemos que el documento deberá estar autenticado, toda vez que en caso contrario se correría el riesgo de simulación o de adulteración. Se inclinan, con toda nitidez, dichos autores, por el documento público notarial. Damos aquí por reproducido lo que hemos escrito al principio de la ponencia al hablar del “Notario y las normas de autoprotección”.

376

Aparte de ello, queremos añadir que abogamos porque todos los mal llamados testamentos vitales sean autorizados por notario, ya que en estos casos, con la interpretación meditada que hará el autorizante de la voluntad del otorgante, con la plasmación y redacción realizada por aquél en el instrumento público se podrá tener siempre la seguridad de que el particular ha prestado su conformidad a lo redactado por el notario a través de un verdadero “consentimiento informado”, sabiendo y aceptando que lo que firma es fiel reproducción de su voluntad en algo tan fundamental e íntimo para él como es todo lo relativo a la previsión de los últimos momentos de su vida.

Siendo coherentes con la regulación sobre la eutanasia contemplada en el Código Penal español de 1995, cuyo estudio hemos realizado y poniendo ello en relación con lo que establece el Reglamento Notarial, creo que los notarios sólo debemos prestar nuestro ministerio en relación a previsiones de autoprotección en materia de eutanasia, cuando se refieran a supuestos de eutanasia genuina, pasiva u ortotanasia o indirecta o lenitiva, pero *debemos negarlo* cuando se trata de cualquier hipótesis que pueda implicar una situación de eutanasia activa, ya que de conformidad con lo dispuesto en el ya citado y reiterado párrafo 4.º del artículo 143 del Código Penal, está tipificada la eutanasia activa

como delito, aunque su pena esté reducida en uno o dos grados a las señaladas en el número 2.º y 3.º del artículo 143.

Como hemos indicado anteriormente y ahora reiteramos para una más fácil lectura, concurriendo la solicitud del afectado en los términos vistos, los comportamientos de eutanasia activa, si bien cumplirán el tipo de homicidio consentido del artículo 143,3.º de cooperación necesaria al suicidio del artículo 143,2.º y no podrán ser justificados, verán rebajada la pena de sus tipos respectivos en uno o dos grados, de modo equiparable a una causa de justificación incompleta en atención al menor contenido del injusto genérico en ellos presentes.

La *forma* más normal de plasmación documental es el instrumento público, bien la escritura, bien un acta de manifestaciones, aceptando incluso que pudiera ser recogida la voluntad en un testamento abierto otorgado ante notario, bien siendo su único contenido, bien siendo uno más del total del testamento. En este último caso la copia autorizada que se entregue al otorgante, en vida de éste, bien a él mismo o a la persona autorizada a que se refiere el artículo 226 del Reglamento Notarial, podrá ser parcial y sólo recoger el contenido de la declaración o declaraciones vitales. No obstante lo que se acaba de exponer en cuanto a ser recogida la declaración de voluntad en un testamento notarial, no será, en la práctica, lo más normal, lo lógico (por pura coherencia documental) es que el vehículo formal más apropiado para esta hipótesis sea la escritura pública o el acta notarial de manifestaciones.

En relación a esta dualidad formal, queremos por último indicar que, no obstante ser admisible tanto la escritura como el acta, creemos que el documento más apropiado es la escritura pública.

El Reglamento Notarial en el artículo 143 pretende resolver el problema de la distinción conceptual entre las escrituras y las actas indicando que:

“El instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original en copia o testimonio.

Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases.

La órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada”.

Tratando de matizar la distinción entre los dos géneros instrumentales, vamos a seguir por su claridad las palabras que utiliza ÁVILA ÁLVAREZ cuando dice que no se diferencian por sus requisitos ni por su contenido, sino por el respectivo tratamiento del contenido y por la relación genética entre continente y contenido.

378

Veamos:

a) *Tratamiento del contenido.*

Se ha dicho que el contenido de la escritura son las declaraciones de voluntad, y el del acta, los hechos jurídicos. Pero en la escritura el notario también da fe de ciertos hechos incidentales (pago del precio, etc.), y en el acta puede recoger, por ejemplo, una oferta del contrato. Lo que ocurre es que, al recibir el notario en la escritura la declaración de voluntad, la configura jurídicamente, la adecúa a la ley para que produzca los efectos jurídicos queridos y le da forma pública; y esto no sucede en el acta, aun cuando su contenido sea negocial: en ella el notario se limita a recibir la declaración y verterla en el instrumento. Por ello podemos decir que:

— En la escritura, el notario da fe incidentalmente de ciertos hechos que percibe, y recoge declaraciones de voluntad a las que conforma, legaliza y da forma pública.

— En el acta, el notario da fe de ciertos hechos que percibe, y excepcionalmente recoge declaraciones de voluntad a las que ni conforma, ni legaliza, ni da forma pública.

b) *Relación genética entre continente y contenido.*

En la escritura nacen simultáneamente el contenido y el continente, el acto y el instrumento. Cuando se otorga una escritura de compraventa la prestación del consentimiento hace surgir al mismo tiempo el contrato y la escritura; antes no existe ni uno ni otra. En el acta no hay tal simultaneidad; hay solución de continuidad entre el hecho y su recepción en el acta, siquiera la separación entre el nacimiento de cada uno sea apenas perceptible en algunos casos, es decir, sea perceptible sólo intelectualmente.

c) *Requisitos respectivos.*

379

Se dice que escritura y acta se diferencian en que son distintos los requisitos de una y otra. Y, sin embargo, creemos que lo cierto es justamente lo contrario: no se diferencian porque son distintos sus requisitos, sino que son distintos sus requisitos porque ellas se diferencian.

De todo lo que acabamos de indicar aparece claro que el documento notarial más adecuado para recoger cualquier tipo de disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad o cualquier negocio de autoprotección, es la escritura pública, ya que en todos ellos, sin excepción, se recogen declaraciones de voluntad y no hechos jurídicos.

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

381

Son muchas las veces que he oído a una persona comenzar su intervención en un acto público con la “protesta” más solemne por haber sido calificada su disertación de “conferencia”, cuando no iba a ser otra cosa que una “charla”; aunque con frecuencia terminara dando una conferencia. Y por más que quiera huir del tópico, ésta es la situación en que me encuentro; el programa habla de conferencia, pero en estas horas del atardecer de un día de finales de julio no está para conferencias nadie, ni el presunto conferenciante ni los oyentes. Por esta naturaleza de mi disertación, y para tener más libertad en el desarrollo del tema, elegí un

(*) Palabras pronunciadas en Toledo, el 22.7.1997, con ocasión del traslado a su nueva sede del Archivo de Protocolos del Distrito.

amplio título para mi charla, “Visión panorámica de los protocolos notariales”, y aquí quien se equivocó fui yo, pues desde este parador no puede haber más “visión panorámica” que la de Toledo.

El traslado a su nueva sede del Archivo de Protocolos del Distrito de Toledo, que aquí nos reúne, bien merece, sin embargo, que todos nos esforcemos un poco.

* * *

“Se entiende por protocolo –dice el artículo 17.4 de la Ley del Notariado– la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados...”; el protocolo es, pues, una colección; y es una colección encuadernada, de documentos notariales, originales y extensos, precisión esta última importante desde el punto de vista histórico.

382

En todos los países de Notariado latino es esencial la conservación de los documentos originales por el notario; pero los ordenamientos europeos suelen detenerse en esta conservación, acompañada de un repertorio; la obligación de encuadernar, que asegura al máximo aquella conservación, es en realidad una peculiaridad española, que desde Castilla pasó prontamente a América, incluso con mayor rigor: en México, por ejemplo, los libros de protocolo tienen que estar previamente encuadernados, y en la Argentina las escrituras deben extenderse en cuadernos previos de actuación protocolar; entre nosotros, por el contrario, las matrices se extienden en hojas o folios sueltos, que deberán quedar encuadernados en los dos primeros meses del siguiente año.

* * *

Empecemos nuestra visión de estos protocolos por el examen de *la palabra* misma y –estamos en la patria de San Isidoro, y de Alfonso el Sabio– de *su etimología*, que nos ser-

virá de punto de partida para trazar una breve *introducción histórica* (1).

“Protocolo” es, evidentemente, una palabra griega, que nos ha transmitido la Novela 44 de Justiniano, año 537. La Novela 44, como la gran mayoría de las Novelas, estaba íntegramente redactada en lengua griega; en Constantinopla, en aquella época, el uso del latín estaba en franca decadencia. Casi seis siglos después, hacia el año 1100, la Novela 44 se traduce del griego al latín en Bolonia, formando parte, como constitución 45, de una colección de 134 Novelas a la que se denominó *Authenticum* por creer que era el texto original; y por suerte, dentro de esta versión latina, se conservó en griego el término de “protocolo”.

“*Protos*”, todos lo sabemos, quiere decir “primero”. Pero en aquel punto de partida este “primero” se refería al inicio de cada documento, en su materialidad física, y después en su contenido expresivo. En la Edad Media, al partirse por gala en dos el documento notarial, “primero” no es ya el inicio del documento, sino el documento inicial, en toda su integridad; el primero de los dos documentos. Y en los albores de la Edad Moderna, puesta la atención en el conjunto de esos documentos iniciales, por protocolo pasa a entenderse la colección de documentos notariales iniciales, y no el documento aislado. “*Protos*” nos ha proporcionado la línea de la evolución semántica, según ha quedado simplificada.

El significado de *kollon*, el segundo componente, no es tan claro y las opiniones, al menos entre los juristas, no han evolucionado mucho desde el siglo XVI. Antonio de NEBRIJA, nuestro gran gramático, el máximo representante español del *mos gallicum*, en sus “AENIGMATA” o “LEXICUM IURIS CIVILIS” dedicado a combatir “los insignes errores de ACCURSIO”, entiende que “*kollon*” procede de *kolon*, que sig-

(1) Conf. mi “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VII, pp. 517-813 y en *Escritos Jurídicos*, I, pp. 123-396.

nifica miembro; de manera que protocolo sería el primer miembro o primera membrana del documento (2). El toledano DIEGO DE COVARRUBIAS, Presidente del Consejo de Castilla con Felipe II, obispo de Segovia y designado de Cuenca, quizá el mayor jurista español de todos los tiempos, y también gran notarialista, en su *Practicarum quaestionum Liber Unus* se inclina por *kolla* (3) que significa “pegar”, “encolar”; la primera pegada.

A mi manera de ver, ambas etimologías vienen a proporcionarnos un significado coincidente, porque los libros, y los documentos, adoptaban entonces la forma de “rollo” o “volumen” (del latín *volvere*), esto es, de larga tira enrollada alrededor de una varilla de madera, hueso o marfil, denominada *umbiculus*, ombligo; y esas tiras se formaban encolando sucesivas hojas obtenidas del papiro. La Novela 44, alegando razones de autenticidad, y callando razones fiscales, dispone que en Constantinopla la primera hoja de los documentos tabeliónicos, a la que se irán pegando las demás, sea de las expedidas, con expresión de la fecha y otras menciones, por el Conde de las Sagradas Larguezas, que es como se denominaba, sin saberse bien por qué, al encargado de la Administración fiscal. Protocolo era, pues, la primera membrana de la tira documental, a la que se iban pegando las otras, y que Justiniano prohibía cortar.

Pronto dejó de tener esa primera hoja, incluso en Constantinopla, caracteres de signo oficial, para volver a ser una hoja blanca, igual que las demás; y “protocolo” pasó a significar sencillamente el comienzo de la escritura, aquellas expresiones iniciales en que el notario solía resumir, a manera de epígrafe, el contenido del instrumento.

(2) NEBRIJA, Elio Antonio de: *Léxico de Derecho Civil*, textos latino y castellano, notas y prólogo de Carlos Humberto Núñez, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944, p. 583, voz “Protocolo”.

La primera edición del *Lexicum* de Nebrija es la de Salamanca, 1506.

(3) Capítulo XIX.2; conf. “Opera Omnia”, Genevae, 1782. p. 579.

La estructura del documento tabeliónico se caracterizaba por su unicidad; existía un solo documento para cada acto notariado. Los problemas de seguridad jurídica originados por la pérdida (u ocultación) y por la falsificación de los documentos, que actualmente se resuelven con toda sencillez mediante la expedición de nueva copia, o el cotejo de la copia con su matriz, obrante en el protocolo, eran entonces de muy difícil solución; recuérdese que los títulos *De fide instrumentorum* del Digesto (22.4) y del Código (4.21) llevaban a su misma rúbrica el problema de la pérdida de los documentos, *De fide instrumentorum et amissione eorum*; que los borrados, añadidos y tachados en los testamentos son objeto de otro título del Digesto (28.4: *De his quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur*) y que los mismos problemas, y ya con carácter general, reaparecen en el título *De fide instrumentorum* de las Decretales (2.22), especialmente en los capítulos 3, *Ex litteris*, y 6, *Inter dictos*.

385

Desde un punto de vista práctico esta unicidad obligaba a la improvisación, a una repentización imposible de lograr ante un documento complejo, y daba lugar al documento “sucio”, lleno de correcciones, y por tanto sospechoso. Por ello, aunque Justiniano, en su ley *Contractus* del año 528 (CJ, 4.21.17, IJ, 3.23, pr.) había quitado todo valor para los instrumentos *in scriptis* a las cédulas (*schedae*) que los tabellios solían extender, la práctica continuó, o resurgió, en la Edad Media, y acabó teniendo carácter jurídico según aparece en el *casus* y en la glosa *Scriptura conficiuntur* al texto de las Instituciones de Justiniano 3.23.pr, en el que se recoge, según hemos citado, la doctrina de la ley *Contractus*: la costumbre (una costumbre que se hace retrotraer a BULGARRO, el primero de los Cuatro Doctores discípulos de IRNERIO) es que primero se hace la *imbreviatura*, y después de hace la *munda*, la “limpia”, que es una *nova scriptura principalis*, una escritura principal nueva; el sistema se ha tornado bi-instrumental, puesto que para cada acto notariado hay

dos documentos, y lo que es también muy importante, un sistema de doble redacción, porque el primero de esos dos documentos es sucinto y el segundo extenso; es el sistema alfonsino, del Fuero Real (1.8) y de las Partidas (3.18-19) con su distinción entre la *nota* y la *carta*. El protocolo ya no es la parte inicial del documento, sino que en el Derecho común se denomina protocolo a todo el documento inicial, el que el escribano redacta cuando las partes le manifiestan su voluntad, esto es, a la nota, “las notas primeras” del Fuero Real.

El sistema distaba mucho de ser perfecto; porque en el segundo documento, en la carta que se entregaba al interesado, había que extender, que “alargar”, aquel breve contenido de la nota, conservando, claro es, la sustancia del hecho; bien se comprenden los riesgos que encerraban los *etcéteras* (“Dios te libre de «etcétera» de escribano”) con que los escribanos hacían en la nota la llamada a estos añadidos, sobre todo cuando había pasado tiempo hasta la expedición de la carta, o ésta tenía que expedirse por escribano distinto. El Derecho común evolucionó en el sentido de exigir la temprana “extensión” o “alargamiento” de la nota en un libro o cuaderno del escribano, y ello se recibió en los territorios españoles de la Corona de Aragón, a mediados del siglo XIV (Aragón, Fuero *Statuimus* de 1348, Pedro IV el Ceremonioso en Cortes de Zaragoza; Cataluña, Pedro III en Cortes de Perpiñán, 1351; Valencia, Fuero de Pedro II, Pedro IV el Ceremonioso de Aragón), con lo que el sistema pasó a ser tri-instrumental, porque entre la nota y la carta se había intercalado un asiento en un libro, llamado en general “cabreo”, “manual” en Cataluña, “notal” en Valencia, y denominado también con frecuencia “protocolo” por contener la primera redacción extensa, aunque, claro es, no se trataba de la verdaderamente “primera” redacción; es más, en Valencia el sistema llegó a convertirse en cuatri-instrumental al desdoblarse el libro de notas en “rebedor” y “protocolo”, a los que seguían el notal y el instrumento o carta.

El perfeccionamiento del sistema instrumental no estaba, sin embargo, en su complicación, sino en su simplificación: mantener la bi-instrumentalidad, para que el documento inicial quedara en poder del escribano; pero terminar con la doble redacción, instaurando una redacción única, de manera que el documento inicial, la nota, contenga ya el texto completo del documento y del negocio; y esto es una de las cosas que hace la Pragmática de Alcalá, dada por Isabel la Católica (no por los Reyes Católicos) en Alcalá de Henares el 7 de junio de 1503: “ordeno e mando que cada uno de los dichos escribanos hayan de tener e tenga un libro de prothocolo encuadernado de pliego de papel entero; en el qual haya de escribir e escriba por extenso las notas de todas las escripturas que ante él passaren”. La gran innovación de la Pragmática de Alcalá en el punto que tratamos fue precisamente éste, que las notas fueran “extensas”, de manera que al expedir las cartas, las “escrituras signadas” según las denomina, los escribanos “ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estoviere en el registro, salvo la suscripción”; y esta novedad arraigó, a pesar de los intentos de reintroducir los “minutarios”. La colección, la llevanza del libro de notas no supone, por el contrario, verdadera innovación, pues ya está en las Partidas, 3.19.9: “primeramente, que deben haber un libro por registro, en que escriban las notas de todas las cartas”; pero sí implica un mayor rigor (libro “encuadernado”) y una denominación técnica, la de “protocolo”, que tardaría en abrirse paso en secular lucha con la de “registro” de las Partidas y que al fin triunfaría en la Ley del Notariado. Lo cierto es que la antigua denominación de “registro”, de *res gesta*, cosas hechas, resultaba inadecuada incluso en las Partidas, ya que su contenido estaba constituido por documentos iniciales, aunque abreviados y no por asientos de actos anteriormente realizados. Recordemos la fecha de la Pragmática de Alcalá, 1503; cuarenta años antes de que, entre 1540 y 1545, se inicie la gestación

del Archivo de Simancas, el primer ensayo logrado de organizar en Castilla un depósito de documentación oficial (4).

Resumamos la historia ulterior, bien conocida. La Ley del Notariado de 1862 atribuyó al Estado la propiedad de los protocolos (art. 32), aunque reconociendo indemnizaciones a favor de los particulares que tuviesen en su poder depósitos de escrituras (DT 2.^a), con lo que se ponía fin a la corriente, procedente del Derecho común, que atribuía la propiedad de los protocolos al notario autorizante. El Decreto de 8 de enero de 1869 (con fuerza de ley, pues todavía no estaban reunidas las Cortes Constituyentes ulteriores a la Revolución de Septiembre), siendo Ministro de Justicia Don Antonio Romero Ortiz, ejecutó lo dispuesto en la Ley del Notariado, y creó, junto a los archivos de cada notaría, los archivos de distrito. El Decreto de 12 de noviembre de 1931 (ratificado por el de 12 de enero de 1939), siendo Ministro de Justicia Don Fernando de los Ríos y de Educación Don Marcelino Domingo, creó los Archivos Históricos de Protocolos con los de más de cien años de antigüedad, a cargo de funcionarios del Cuerpo Facultativo de Archiveros, sin perjuicio de las facultades de los notarios para la expedición de copias. Y el Decreto de 2 de marzo de 1945 reorganizó las Secciones Históricas en los Archivos de Protocolos.

Las comunidades autónomas han conseguido en la generalidad de los casos la “gestión” de los protocolos notariales históricos, que es lo más que podía transferir el Estado de unos archivos de clara titularidad estatal; y una vez obtenidas estas competencias, han ayudado a la conservación y puesta a disposición de los investigadores de sus fondos protocolares y han promocionado los archivos en variadas ma-

(4) Conf. PLAZA BORES, Ángel de la: *Archivo General de Simancas. Guía del Investigador*, 4.^a ed. corregida, Ministerio de Cultura, Dirección General de Bellas Artes y Archivos, Dirección de Archivos Estatales, Madrid, 1992, p. 380 + Índice de láminas y láminas.

neras; la Comunidad de Madrid, por ejemplo, editó en 1991 un libro sobre el Archivo de Protocolos de la Capital, magníficamente presentado (5). Los estudios locales o regionales proliferan actualmente, tomando como base con mayor frecuencia cada día los protocolos notariales, que se prestan sobre manera, en efecto, a la localización geográfica.

Sin embargo, en cuanto a su *naturaleza*, es preciso tener bien presente que los archivos de protocolos no son archivos administrativos, sino que como dijo JOAQUÍN DE PRADA, constituyen “un archivo privado en manos públicas” (6), porque el contenido de los documentos que los forman es de índole privada. Hay que matizar, a su vez, esta afirmación en atención a los aspectos públicos de la función notarial; por esto tienen derecho a copia, además de los otorgantes, cuantos tengan interés legítimo en el documento; salvo la incidencia del derecho a la intimidad garantizado por el artículo 18 de la Constitución.

389

* * *

Las finalidades jurídicas del protocolo no podrían conseguirse sin asegurar su *conservación*. Precisamente a esta mejor conservación está encaminada la introducción del protocolo, la colección encuadernada de las escrituras.

No vamos a detenernos en el examen de los textos legales que han venido imponiendo a los escribanos la obligación de custodiar el protocolo, a partir del Fuero Real, y de

(5) “*Madrid en el Archivo Histórico de Protocolos*, que contiene la Guía del Archivo Histórico de Protocolos de Madrid, además de ciertas noticias sobre el pasado de la Villa y Corte de Madrid y su Comunidad, con algunos documentos de los siglos XVI, XVII, XVIII y XIX de interés para el erudito y curioso lector”; “Introducción” (pp. 3-7) por Ana DUPLÁ DEL MORAL; Dirección y coordinación: Ana DUPLÁ DEL MORAL; Comunidad de Madrid, Centro Regional de Archivos, Madrid, 1991, pp. 246 + 1.

(6) PRADA GONZÁLEZ, Joaquín de: “La función notarial y el protocolo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIX, pp. 197-239 y *Revista de Derecho Notarial*, 39, enero-marzo 1988, pp. 183-225.

aquellos otros que regulan el momento crucial, la recogida de los protocolos del escribano muerto, o que por cualquier otra causa ha cesado en el oficio, y su entrega al escribano sucesor: Partidas, Pragmática de Toledo de 12 de julio de 1502, Ordenamiento de Cortes de Segovia de 1532 y Recopilaciones Nueva y Novísima. Nos limitaremos a decir algo sobre los resultados obtenidos por el legislador, en los tiempos anteriores y en los posteriores a la Pragmática de Alcalá.

A) Suele afirmarse que los territorios de la Corona de Aragón nos han conservado algunos protocolos notariales a partir del siglo XIII, mientras que hay que esperar a comienzos del siglo XVI para que tengamos protocolos en los territorios castellanos.

390

Ciertamente, en 1200 comienzan a aparecer los más antiguos, los fondos notariales del Archivo de Gerona; y a lo largo del siglo XIII surgen Vich, 1230; Baleares y Barcelona, 1232; Valencia 1285; a comienzos del siglo XIV, en 1315, Zaragoza, donde están perfectamente instalados y clasificados en el Colegio Notarial, etc. Téngase en cuenta sin embargo que, aunque con modalidades, en estos territorios regía según hemos dicho un sistema tri-instrumental, de manera que entre la nota y el instrumento había una redacción intermedia, en los cabreos, manuales o notales, y son precisamente estos libros los que han llegado a nosotros; no se trata, por tanto, de verdaderos protocolos, aunque a veces se les dé esta denominación, porque sus documentos no son los iniciales, no son los documentos consentidos por los otorgantes, sino extensión o alargamiento de los documentos iniciales. Los protocolos, en estos territorios, no existen hasta que la Pragmática de Alcalá se fue extendiendo a ellos, en sí misma o en sus principios: Navarra, Ordenanza de 1527, del obispo de Tuy; Valencia, Decreto de Felipe V de 1707; Cataluña, Reales Ordenanzas de 1736; Baleares, Instrucción de 1753; y Aragón, en fecha no determinada, al ser su introducción consuetudinaria, posterior al Fuero de 1528 y muy

anterior a la Guerra de Sucesión. Antes de tales fechas, no pueden haber llegado a nosotros protocolos de estos territorios, porque en ellos no existía el protocolo.

La otra afirmación, la de que en los territorios castellanos no se había conservado protocolo alguno hasta comienzos del siglo XVI, es cierta si se concreta a los verdaderos protocolos, creados en 1503; pero es errónea si se la refiere, como suele hacerse, a cualquier colección de documentos notariales. La Fundación Matritense del Notariado lo ha demostrado mediante la publicación, en su colección *Acta Notariorum Hispaniae*, de registros notariales castellanos de los tiempos medios, encontrados en sitios a veces inverosímiles, y que nos ha transcrito el catedrático de Historia del Derecho Don ROGELIO PÉREZ-BUSTAMANTE. Se trata, insistamos, de colecciones de verdaderos documentos iniciales, los otorgados por las partes; no de extensiones de los documentos iniciales, pero tampoco de documentos iniciales extensos (protocolos), sino de documentos iniciales abreviados. El siglo XV ha quedado en alguna forma cubierto:

391

—El Registro Notarial de *Dueñas* (Palencia), comprende 52 notas, entre los años 1412 y 1414, y apareció en el Archivo de los Duques de Alba fichado como “Contratos y varios procesos ante Alcaldes. Treguas entre particulares, inventarios, tutorías, particiones, poderes, testamentos, 1414-1418” (7).

—El Registro Notarial de *Santillana* (Santander), es un cuaderno de papel en cuarto, sin foliar, que comprende 271 notas, de los años 1419-1420, que fue encontrado en el Archivo de Simancas, por haber sido aportado en 1503 en el “Pleito de los Valles”, en que fue parte el Duque del Infantado (8).

(7) PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: *El Registro Notarial de Dueñas*, Diputación Provincial de Palencia - Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1985, pp. 146 + 1.

(8) PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: *El Registro Notarial de Santillana*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1984, pp. 249 + 1.

— El Registro Notarial de *Madrid*, contiene 1587 notas o asientos correspondientes a los años 1441 a 1445; apareció en el Archivo de Villa, en el Centro Cultural Conde Duque de Madrid, donde quedan sin editar otros cuatro libros, hasta 1558; yo colaboré en su transcripción, con el Prof. PÉREZ BUSTAMANTE, en poca medida por no saber paleografía, aunque fui familiarizándome con la letra, pero sobre todo porque los conocimientos histórico-jurídicos me hacían suponer en muchos casos lo que allí podía decirse; y redacté, además, un “Estudio documental” (9).

— Esta labor ha sido completada por JOSÉ BONO y CARMEN UNGUETI BONO con la publicación, con motivo del V Centenario, de *Los protocolos sevillanos de la Época del Descubrimiento* (10), obra de gran interés histórico que contiene mil sesenta extractos de documentos notariales, debidamente catalogados, de los que se transcriben ciento, comprendidos entre los años 1441 y 1500, con notas de los registros notariales, a veces muy sucintas, cuando se trata de documentos de tipicidad muy acusada y difundida, mientras otras notas son extensas, o incluso contienen el texto íntegro del negocio.

Hemos llegado así, desde 1412 hasta las vísperas de la Pragmática de Alcalá, y además hemos comprobado que la innovación de la Pragmática de Alcalá estaba en alguna medida preparada por la práctica notarial; y también por la teoría notarial, en cuanto a los instrumentos *in scriptis*.

B) ¿Y en la *Castilla del siglo XIII*? La Fundación Matritense del Notariado ha publicado también la obra de Pilar OSTOS y María Luisa PARDO, *Documentos y Notarios de Se-*

(9) *Los Registros Notariales de Madrid - 1441-1445*, Madrid, 1995. *Transcripción y Panorama histórico* por Rogelio PÉREZ-BUSTAMANTE; *Estudio documental* por Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, pp. 155-214 y *Escritos Jurídicos*, I, pp. 509-61.

(10) BONO, José, y UNGUETI BONO, Carmen: *Los protocolos sevillanos de la época del Descubrimiento*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Colegio Notarial de Sevilla, Sevilla 1986, p. 459.

villa en el siglo XIII (11), que comprende 134 documentos notariales de la Sevilla castellano-leonesa entre 1253, a bien pocos años de su conquista, y 1300; la mayor parte de estos documentos pertenecen al Archivo de la Catedral de Sevilla; y a pesar de la vinculación sevillana a Alfonso X, simbolizada en el “No madejado”, no se trata de notas de un registro, sino de instrumentos públicos, de cartas.

Son muchos, por otra parte, los instrumentos públicos de dicho siglo que han llegado a nosotros, y que con diversos motivos se han ido publicando en los Apéndices Documentales de las obras del más variado contenido; incluso de antes, de los tiempos prenotariales o protonotariales. Y han sido objeto de interesantes estudios, sobre todo desde el punto de vista diplomático; citemos especialmente el VII Congreso Internacional de Diplomática, celebrado en Valencia en 1986 sobre el tema *Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV* (12). Como vemos por esta rúbrica, para la Diplomática los documentos notariales son documentos privados, al ser documentos de particulares; tampoco están exentos de confusionismos terminológicos los estudios de los historiadores del Derecho, proclives en exceso a la influencia francesa; de manera que, por ejemplo, llaman “actas” a las escrituras públicas, “minutas” a las matrices, y “gruesas” a las primeras copias.

Los peligros que presentan para la investigación histórica estos instrumentos públicos sueltos, no integrados en una colección, son el anverso de las ventajas que la colección proporciona:

(11) OSTOS, Pilar, y PARDO, María Luisa: *Documentos y Notarios de Sevilla en el siglo XIII*, Fundación Matritense del Notariado, 1989, p. 463.

(12) *Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV*, Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática, Valencia, 1986, p. 1330, distribuidas en dos tomos, Generalitat Valenciana, 1989. Destaquemos el Discurso de Apertura de ÁNGEL CANELLAS LÓPEZ: *El notariado en España hasta el siglo XIV: Estado de la cuestión*, I, pp. 99-139.

— Son muchísimos los documentos perdidos; a veces porque se han hecho desaparecer; hasta el punto de que las iglesias, monasterios, concejos, comunidades y los miembros de la nobleza reunían, con sus privilegios reales, las escrituras de su pertenencia, bien originales, o sencillamente copiados a la letra, en sus tumbos, becerros o carturarios.

— Estas transcripciones simples, y por parte interesada, incrementaba el riesgo de falsificación, de alguna parte de los documentos y de documentos enteros; de manera que el primer problema con que se encuentra la crítica histórica es el de determinar si son falsos o genuinos.

Tomemos como ejemplo, entre tantos posibles, de los riesgos de los documentos sueltos la colección diplomática del *Monasterio de Belmonte* publicada por FLORIANO; “de los 118 documentos estudiados —concluye FLORIANO—, 103 son auténticos, originales o copias; 10 están interpolados; uno es refacción; y tan solamente 6 son notoriamente falsos” (13). Ello sólo quiere decir, claro está, que han de ser utilizados con cuidado; pero en manera alguna que no deban ser utilizados.

Los registros notariales, al formar colección, ofrecen una base mucho más firme; pero al estar abreviados, en el *tenor negotii* y en sus publicaciones, tenían que ser “extendidos”, por el mismo escribano autorizante e incluso por su sustituto o sucesor —según algunos—, en el instrumento público que se entregaba a las partes, con evidentes riesgos para éstas y para el historiador posterior.

No cabe, pues, duda de que, lo mismo desde el punto de vista jurídico que desde el punto de vista histórico, la mayor seguridad nos la ofrece el protocolo, con la redacción extensa de las matrices que constituyen el libro.

(13) FLORIANO, Antonio C.: *Colección diplomática del Monasterio de Belmonte. Transcripción y Estudio*, Instituto de Estudios Asturianos, Oviedo, 1960, pp. 457 + 1; las palabras citadas, en que por cierto no coincide la suma, en p. 22.

C) La entrada en vigor de la Pragmática de Alcalá fue un éxito; en la primera década del siglo XVI ya encontramos verdaderos protocolos a todo lo largo y ancho del territorio castellano-leonés; en Madrid capital, por ejemplo, el primer tomo conservado es de 1504; aquí en Toledo, hay un protocolo, del escribano Antonio Flores, del mismo año 1503; aunque tampoco pueda generalizarse y afirmar que el cumplimiento de la Pragmática fuera instantáneo, pues según SAN ROMÁN en Toledo “desde 1503 hasta el año 1540, próximamente, ... se conservará a lo sumo la décima parte de los protocolos..., y una tercera parte habrá de los años 1540 a 1560; desde 1560 hasta el final del siglo están casi todos, es decir, los del período cuya custodia, en realidad, pertenece ya a los escribanos del siglo XVII” (14).

Puede suceder también que muchos protocolos se formaran y que no se conservaran. Son desde luego muchos los protocolos que se han perdido, por las más variadas circunstancias, por la falta de medios, por incendios o por acontecimientos bélicos; y también, hay que reconocerlo, por la incuria de los escribanos respecto de los protocolos que habían dejado de tener interés jurídico, en alguna medida explicable por el desconocimiento, incluso por los historiadores, de su importancia como fuente histórica; y también aplicando el antiguo “examen de comparación” estudiantil, pues no cabe desconocer que parte de la importancia histórica de los protocolos se debe a la destrucción prácticamente total de los documentos de orígenes no notariales.

La mentalidad al respecto hace mucho que ha cambiado. Recordemos, como símbolo, la construcción en los años 1885 y 1886, con materiales incombustibles, del Archivo de Protocolos de Madrid, obra del arquitecto JOAQUÍN DE LA CONCHA ALCALDE; como anécdota, la de JOAQUÍN COSTA, al exi-

(14) SAN ROMÁN, Francisco de Borja: *Los protocolos de los antiguos escribanos de la Ciudad Imperial. Notas e Índices*, Madrid, 1934, p. 174; las palabras citadas, en p. 35.

gir en el proyecto de Ley de Bases de su *Reorganización del Notariado* la instalación de “un depósito de agua y una bomba” en las proximidades del Archivo (15); y como simple detalle anecdótico, el dorso de la carpeta de las escrituras de un notario de Lima de nuestro tiempo: “Notaría Pública - Oficina que conserva su Archivo en bóveda incombustible”.

* * *

La utilización de los protocolos para los *estudios históricos*, salvo supuestos esporádicos, no se remonta más allá de la segunda mitad del siglo XIX (16).

396

A esta falta de utilización contribuyó, desde luego, la mala *instalación de los archivos*, en lamentables locales, en que se amontonaban los tomos de protocolo sin orden ni concierto. La situación ha cambiado radicalmente, y sigue mejorando todos los días, como bien nos muestra el motivo del acto que celebramos.

La labor de los investigadores se ve facilitada también por la *catalogación de los fondos* existentes, y de otra documentación complementaria.

— Muchos de los índices, catálogos o inventarios están incluso publicados. Ya hemos citado los del distrito de *Toledo*, que publicó en 1934 el benemérito FRANCISCO DE BORJA SAN ROMÁN, el primer Director del Archivo Histórico, a raíz de la Ley de 1931, con interesantes notas sobre el antiguo Colegio Notarial de Toledo, que subsistió hasta la Ley de 1862 (17). Más modernamente, MERCEDES MENDOZA ha publicado el de la *provincia de Toledo*, con notas, esta vez, del antiguo Cabildo de escribanos de Talavera de

(15) COSTA, Joaquín: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Obras Completas, vol. XIII, 2.^a ed., 1917; había aparecido como libro en 1893.

(16) Conf. BARREIRO FERNÁNDEZ, Xosé Ramón: “Los protocolos notariales y el historiador”, pp. 23-27 de *El Notariado*, citado *infra*, nota 23.

(17) SAN ROMÁN, *op. cit.* en nota 14.

la Reina (18). Y tengo que citar, naturalmente, al Archivo de Protocolos de *Madrid*, que gracias a la continua labor del que fue su Director, ANTONIO MATILLA TASCÓN, cuenta con un *Inventario General* (19) y otros sectoriales: *de testamentos y documentos afines* (codicilos, memorias testamentarias, poderes para testar, particiones, etc.), *de testamentos y documentos afines de Nobles*, de los referentes a la *Iglesia y Eclesiásticos*, o a las *Cédulas y provisiones reales* que figuran como documentos unidos a las escrituras que, claro es, también son protocolos, y de los *Papeles sueltos*, que ya no lo son (20).

— También favorece la investigación la publicación de documentos, sobre todo aquellos que tienen unidad temática, o temporal y local, algunos de los cuales aparecen a lo largo de mi intervención (21).

— Finalmente, contribuyen a formar opinión exposiciones, como la que tuvo lugar en Madrid, en 1950, con motivo del II Congreso Internacional del Notariado Latino y libros como

397

(18) MENDOZA EGUARAS, Mercedes: *Catálogo de escribanos de la provincia de Toledo (1524-1867). Poblaciones y años en que ejercieron*; "Introducción" (pp. VII-XXXVIII), Instituto Provincial de Investigaciones y Estudios Toledanos, Toledo, 1968, pp. 236 + 1.

(19) MATILLA TASCÓN, Antonio: *Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Inventario General de Protocolos Notariales (Años 1504 a 1879)*, Subdirección General de Archivos, Madrid, 1980, p. 225.

(20) MATILLA TASCÓN, Antonio: *Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Índice de testamentos y documentos afines (Primera Serie)*, Subdirección General de Archivos, Madrid, 1980, p. 209. = *Índice de testamentos y documentos afines de Nobles*, Madrid, Hidalguía, 1984, p. 109. = *Iglesia y Eclesiásticos en la documentación notarial de Madrid. Catálogo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1993, p. 424. = *Cédulas y provisiones reales en la documentación notarial de Madrid (Catálogo)*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1994, p. 263. = *Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Papeles sueltos. Inventario*, Dirección General de Bellas Artes y Archivos, Madrid, 1987, p. 184.

(21) Añadamos algunos ejemplos más: *Testamentos de 43 personajes del Madrid de los Austrias*, Selección y Transcripción por Antonio MATILLA TASCÓN, Instituto de Estudios Madrileños, Madrid, 1983, p. 276. = MATILLA TASCÓN, Antonio: *Noticias de escribanos y notarios de Madrid*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1989, p. 583. = MORENO TRUJILLO, M.^a Amparo: *Documentos notariales de Santa Fe en la primera mitad del siglo XVI (1514-1549)*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1988, p. 368.

el que, con el mismo motivo, publicó el Colegio Notarial de Madrid, con un estudio preliminar de G. DE AMEZÚA (22), o el que modernamente ha publicado el Colegio Notarial de La Coruña (23), y algunos otros que hemos citado o citaremos a lo largo de esta intervención.

Pero una razón fundamental para “huir” de los protocolos ha sido, a lo que me parece, su enorme mole, los miles y miles de tomos, los millones de documentos, escritos en letra enrevesada (pues aquí fracasó la Pragmática de Alcalá al querer que los documentos se escribieran “en buena letra cortesana, y no procesada”, cáp. 7) y con una redacción reiterativa, redicha, monótona; documentos, a su vez, en gran medida repetitivos y de carácter disperso y fragmentario.

* * *

398

En la utilización como fuente de la Historia de los protocolos notariales suelen distinguirse *dos épocas*, debidas a dos diversas concepciones de la Historia.

En la *primera época*, de la Historia interesaban sobre todo los grandes acontecimientos, los grandes personajes: las guerras, los descubrimientos, los reyes, los nobles, los capitanes, las personalidades también del mundo de la cultura y de las artes, con sus creaciones, sus libros, sus monumentos, sus esculturas, sus cuadros.

La documentación notarial aparece en esta primera época como complementaria de otras fuentes históricas principales, a las que aporta el dato preciso descubierto en un documento singular; no se estudian, pues, los protocolos en sí, en su

(22) *La vida privada española en el protocolo notarial*. Selección de documentos de los siglos XVI, XVII y XVIII del Archivo Notarial de Madrid, publicada con ocasión del II Congreso Internacional del Notariado Latino, con un estudio preliminar de Don Agustín G. de Amezúa y Mayo, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 1950, p. 442.

(23) *El Notariado. Una necesidad de ayer y de hoy*, Exposición documental, Ilustre Colegio Notarial de La Coruña, Santiago, 1993, p. 173.

conjunto, sino que se trata de “cazar” la preciosa pieza del documento relevante por las personas de sus otorgantes, y más todavía si el contenido del documento se refiere, precisamente, a la actividad en la que han obtenido su relevancia. La búsqueda consistía en un sondeo trabajoso y dependía un tanto de la suerte, aunque las otras fuentes históricas podían proporcionar algunas pistas; así DÁMASO ALONSO nos cuenta que para orientarse en el “mar”, en el “maremagnum” del Archivo de Protocolos de Córdoba, al que había acudido en busca de documentos para la biografía de GÓNGORA, hizo “una selección de momentos de la vida de Don Luis que debían haber dejado huella documental” y procuró “predecir o atisbar el escribano a quien se habría acudido” (24).

Las aportaciones que, en esta dirección, han hecho los protocolos notariales han sido inmensas. Sin los protocolos no se habrían podido escribir las vidas de nuestros grandes literatos, de Cervantes, de Lope, de Quevedo, de Góngora, ni de nuestros arquitectos, pintores, escultores, orfebres, de manera que nuestra Historia del Arte aparecería empobrecida (25).

Me limitaré a poner un ejemplo muy toledano, muy universal. El *Entierro del Conde de Orgaz* de EL GRECO, se solía fechar en 1584 hasta que SAN ROMÁN descubrió en el protocolo del escribano de Toledo Juan Sánchez de Canales la nota extensa –la matriz– de la escritura en la que El Greco se obligó a pintar este cuadro para la capilla de la Iglesia de Santo Tomé; la escritura lleva fecha de 18 de marzo de 1586, pero esta diferencia de dos años es escasa; lo importante es la descripción del cuadro que se le encarga: “Lo primero, que se ha de pintar desde arriba del arco hasta aba-

(24) Prólogo, p. XIX, al libro *Para la biografía de Góngora: documentos desconocidos*, publicados por DÁMASO ALONSO y Eulalia GALVARRIATO DE ALONSO, Madrid, Gredos, p. 631.

(25) Conf. GOY DÍZ, Ana: “El notario como testigo de la actividad artística”, pp. 29-37 de *El Notariado* citado *supra*, nota 23.

jo, y todo se ha de pintar en lienzo hasta el epitafio que está en la dicha pared, y lo demás abajo al fresco y en ello se ha de pintar un sepulcro; y en el lienzo se ha de pintar una procesión de cómo el cura y los demás clérigos que estaban haciendo los oficios para enterrar a Don Gonzalo Ruiz de Toledo, Señor de la villa de Orgaz, y bajaron Santo Agustín y San Esteban a enterrar el cuerpo deste caballero, el uno teniéndole de la cabeza y el otro de los piés, echándole en la sepultura; y fingiendo alrededor mucha gente que estaba mirando; y encima de todo ésto se ha de hacer un cielo abierto de Gloria” (26); casi parece un acta notarial de presencia del cuadro ya pintado. ¿Estamos ante una escritura primordial, o ante una *renovatio contractus*?; la explicación quizá no sea jurídica, de tipo de documento, sino que haya que buscarla en el *status* o condición social del artista en aquella época, que tendía a ser “artista”, pero que en gran medida era “artesano”, incluso en su sumisión a los encargos del cliente; algo de lo que expuso ORTEGA respecto de VELÁZQUEZ, más interesado en los cargos burocráticos de la Corte y en la obtención del hábito de la Orden de Santiago que en su excelsa labor artística (27).

* * *

La *segunda época* comienza, como hemos dicho, en la década de los cincuenta de nuestro siglo XX, en que se produce un cambio en la concepción de la Historia; ahora va a interesar más la “historia social”, en sus múltiples aspectos, de la que fue portavoz LABROUSSE en el Congreso de Roma de 1955.

(26) SAN ROMÁN, Francisco de Borja de: *El Greco en Toledo*, 1910, Apéndice, Documento 8.º, pp. 156-60; las palabras citadas en pp. 156-57.

(27) ORTEGA Y GASSET, José: “Introducción a Velázquez”, en *Papeles sobre Velázquez y Goya*, Madrid, 1950, y en *Obras Completas*, vol. 8.º, Madrid, 1962, pp. 457-87.

Nos corresponde destacar especialmente al notario de París, POISSON, pionero en este tipo de trabajos; más de sesenta han sido recogidos en 1985 en un volumen que lleva por título *Notarios y Sociedad - Trabajos de Historia y de Sociología notariales* (28).

Como consecuencia de las nuevas ideas, la utilización histórica de los protocolos notariales adquiere un sentido distinto: ya no se trata de buscar el documento singular, que puede darnos un dato puntual, sino de manejar el conjunto de datos que nos proporciona una masa de documentos y su tratamiento cuantitativo, actualmente potenciado por la informática. Los protocolos dejan de tener, por tanto, un papel complementario de las otras fuentes históricas, para ocupar un lugar primordial, debiendo ser considerados como una fuente autónoma, que ensancha la temática de la historia social y que tiene peculiaridades metodológicas en su tratamiento. Y así, cuando las nuevas corrientes penetran en España, como siempre con algún retraso, se celebra en Santiago de Compostela, en 1982, un II Coloquio de Metodología Histórica Aplicada que tiene como tema *La documentación notarial y la Historia* (29). Sus "Actas" se abren con un trabajo fundamental del profesor de Santiago EIRAS ROEL, especialmente centrado en estas materias metodológicas (30).

El Coloquio de Santiago agrupa sus trabajos en cuatro secciones, historia social, historia rural, historia de las mentalidades e historia económica, precedidas, cada una, de un

(28) POISSON, Jean-Paul: *Notaires et société, Travaux d'Histoire et de Sociologie Notariales*, Económica, París, 1985, p. 736.

(29) Actas del II Coloquio de Metodología Histórica Aplicada, *La documentación Notarial y la Historia* (Santiago de Compostela, 1982), Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, Salamanca, 1984, I, p. 460; II, p. 446.

(30) EIRAS ROEL, Antonio: "La metodología de la investigación histórica sobre documentación notarial: para un estado de la cuestión. Introducción general", en *op. cit.* en la nota anterior, I, pp. 13-30.

estudio introductorio (31); antes de referirnos brevemente a ellas, advirtamos que los protocolos han sido utilizados para otras numerosas investigaciones históricas, sobre la demografía, la historia urbana, a que repetidamente nos referiremos, la historia del ocio, actualmente tan trascendente (32), e incluso la climatología.

402 La *historia social*, aparte de su carácter genérico, y por tanto residual, estudia especialmente las estructuras sociales y los grupos socio-profesionales, las élites sociales, el artesanado, los inmigrantes, los matrimonios, las familias, etc. Recordemos un libro de BRAVO LOZANO sobre el problema de la vivienda en el Madrid de finales del siglo XVII, quien declara que su "fuente principal de información, casi exclusiva en este trabajo, es el Archivo Histórico de Protocolos de Madrid" (33). BRAVO LOZANO, ha estudiado también un grupo de emigrantes de interesantes características, el de los indios: la selección del emigrante, el viaje (costos, agencias), actividades económicas en Indias, y el regreso de los triunfadores, cómo colocan su dinero, cómo intentan subir en la escala social (34).

La *historia rural* comprende las transmisiones de tierras, las crisis agrarias, etc., en que son fundamentales las escrituras de compraventa y de arrendamiento. Añadamos que también la *historia urbana* cobra, dentro de la historia social, una nueva dimensión; ahora interesan también aquí los

(31) Conf. MEYER, Jean: *L'apport notarial à l'histoire sociale de l'époque moderne en Europe*, I, pp. 33-73; JACQUART, Jean: *Sources notariales et histoire rural*, I, pp. 245-67; VOVELLE, Michel: *Minutes Notariales et Histoire des Cultures et des Mentalités*, II, pp. 9-26; y VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín: *Protocolos notariales e Historia Económica: crédito, comercio, industria*, II, pp. 189-218.

(32) Conf., por ejemplo, MATILLA TASCÓN, Antonio: *Toros y otras fiestas en Madrid, según la documentación notarial (Siglos XVI a XIX)*, Instituto de Estudios Madrileños, Madrid, 1985, pp. 30 + 18 láminas.

(33) BRAVO LOZANO, Jesús: *Familia busca vivienda, Madrid, 1670-1700*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1992, p. 269; las palabras citadas, en p. 11.

(34) BRAVO LOZANO, Jesús: *De indios y notarios*, Segunda Parte (pp. 79-238) del libro del mismo título editado por el Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.

grupos sociales, por ejemplo, los gallegos en Canarias o los genoveses en Toledo en el siglo XVI (35); en la misma dirección, el libro de JUAN LUIS BLANCO MOZO que creo va a salir a la luz este otoño en Madrid: *La Colonia Vasca en Madrid en el siglo XVIII (Estudio sobre los protocolos notariales madrileños)*.

La *historia de las mentalidades* presenta el mayor interés; se trata de la visión y comportamiento de las gentes sobre la religión, la ética, la cultura, el mundo, la vida, la muerte, en una época y zona determinadas; son fundamentales los datos contenidos en los testamentos, con sus profesiones de fe y disposiciones sobre entierro y sufragios, mandas piadosas, etc., y también los de los inventarios de bienes, entre vivos o *post mortem*, esenciales para conocer las bibliotecas de los particulares.

BRAVO LOZANO nos da cuenta del indiano que encargó en su testamento se le dijeran 22.000 misas; bien es verdad que sólo 10.000 eran por su alma; yo pensaba que era un caso de soberbia, y no precisamente de jactancia económica, sino por creerse tan gran pecador; pero no me quedó duda alguna de su exquisita espiritualidad –teresiana– cuando reparé en el inicio de su testamento, “enfermo en cama de enfermedad con que Dios N. Sr. ha servido regalarme”, en lugar de “mandarme”, que es la fórmula habitual (36).

También la muerte, “siempre viva” en expresión de POISSON (37) ha dado lugar a trabajos de interés, como el de

(35) Conf. LOBO CABRERA, Manuel: “Los gallegos en Canarias a través de los protocolos notariales en el primer tercio del siglo XVI”, y MONTEMAYOR, Julián: “Quelques affaires génoises à Tolède au XVI^e siècle”, ambos en *op. cit.* en nota 29, I, pp. 211-23, y II, pp. 287-93, respectivamente; y con mayor amplitud temática, MORENO TRUJILLO, María Amparo, OBRA SIERRA, Juan María de la, y OSORIO PÉREZ, María José: “Varia Notariorum. La otra historia de los granadinos del siglo XVI”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, noviembre 1993, separata número 22, pp. 410.

(36) BRAVO LOZANO, *op. cit.* en nota 34, pp. 125-26.

(37) POISSON: “La mort est toujours vivante. Les dispositions testamentaires aux XX^e siècle”, *op. cit.* en nota 28, pp. 619-22.

GONZÁLEZ LOPO, sobre la nueva historiografía de la muerte (38) o el libro de SOLEDAD GÓMEZ NAVARRO concretado a la Córdoba de los años 1790 a 1814 (39), período de tiempo, por cierto, bien elegido.

La *historia económica* encuentra en los protocolos numerosos datos en materia de sociedades, del crédito (hipotecas, cartas de gracia, protestos de letras), de coyuntura económica. Aparte de los trabajos que se reúnen en las Actas del Coloquio de Santiago, citemos el libro de JESÚS BRAVO LOZANO, *Montes para Madrid*, sobre el abastecimiento de carbón vegetal a Madrid en los siglos XVII y XVIII (40), con gran contribución, por cierto, de los montes de Castilla-La Mancha.

* * *

404

La separación de ambas épocas no es, sin embargo, tan radical; porque la segunda época coexiste con la primera, y siguen interesando los temas de siempre y utilizándose, no sólo el documento singular, según se la critica, sino la masa de documentos, como también antes se hacía; así ocurre por ejemplo con las biografías, para las que hay que buscar además los documentos relativos a parientes, amigos y colegas del personaje biografiado; con la historia urbana al estilo clásico (41), o con los trabajos de Historia del Derecho (42),

(38) GONZÁLEZ LOPO, Domingo L.: "Los protocolos y la nueva historiografía de la muerte: El documento notarial como reflejo de las actitudes colectivas", *op. cit.* en nota 23, pp. 39-47.

(39) GÓMEZ NAVARRO, Soledad: "El sentido de la muerte y la religiosidad a través de la documentación notarial cordobesa (1790-1814)", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, separata número 6, octubre 1985, pp. 131 + 1.

(40) BRAVO LOZANO, Jesús: *Montes para Madrid. El abastecimiento de carbón vegetal a la Villa y Corte entre los siglos XVII y XVIII*, Colección Marqués de Poncejos, Caja de Madrid, 1993, p. 302.

(41) Conf. MORENO TRUJILLO, María Amparo: *1569 - Un año en la vida de Huelma a través de su Notaría*, Granada, 1988, p. 225.

(42) Recordemos de nuevo a MORENO TRUJILLO, M.^a Amparo: "De la práctica notarial en el siglo XVI: tutorías, particiones hereditarias e inventarios (Santa Fe, 1514-1549)", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, diciembre 1987, separata número 11, pp. 162 + 1; o mi *Estudio documental* citado en nota 9.

en que para nada interesa el documento genial, sino la acumulación de documentos en un mismo sentido, que puede significar una interpretación generalizada o la formación de una costumbre jurídica; y también el desprestigio de una ley.

Pero hay, ciertamente y según hemos tenido ocasión de comprobar, nuevos temas, y también una nueva metodología histórica aplicada referida a los protocolos notariales.

ANTONIO PÉREZ SANZ, en una comunicación al Congreso de Santiago (43), insistía en que los investigadores debían tener presente “el carácter jurídico del documento”; y por ello también los juristas, y especialmente los notarios, que somos los que mejor conocemos los documentos, tenemos algo que decir sobre la metodología de la aplicación de nuestros protocolos a la investigación histórica.

El investigador deberá tener, ante todo, algunos conocimientos del Derecho vigente en el lugar y tiempo a que se refieran sus estudios; sin ello corre el riesgo de descubrir mediterráneos, e incluso de cometer grandes errores; hasta en la transcripción de los documentos, cuando su letra resulta confusa, según me demostró mi corta experiencia en la materia, a que ya hice referencia.

Deberá utilizar también las otras fuentes históricas que tenga a su alcance, y de una manera especial servirse de los formularios y de la literatura jurídica difundida entre los escribanos en los tiempos de que se trate, RIBERA, MONTERROSO, MELGAREJO, FEBRERO, la CARTILLA REAL, etc.

Hay que tener en cuenta las características socio-económicas y culturales de las personas que en cada época utilizaban preferentemente los servicios de los escribanos y, para detectar y rectificar todo resto de subjetivismo, el tipo de

Lo mismo ocurre con otros estudios, como los lingüísticos; conf. para una época anterior al protocolo, REIDY FRITZ, J.: *Documentos notariales aragoneses, 1258-1495. Estudio lingüístico*, Institución Príncipe de Viana, 1977, p. 328.

(43) PÉREZ SANZ, Antonio: *Dos precisiones en cuanto a la documentación notarial histórica*, intervención en el “II Coloquio”, citado en nota 29, que no aparece recogida en las actas publicadas.

clientela de cada uno de los notarios, y hasta sus ideas, en materia jurídica y no jurídica, que inconscientemente puede haber trasfundido en el documento; hay sobre estos temas interesantes trabajos de POISSON (44).

La libertad de crítica del historiador respecto de los documentos notariales es evidente. CALAMANDREI, en su trabajo *Il giudice e lo storico* (45) mantenía una cierta semejanza inicial entre la actividad del historiador y la del juez en la investigación de los hechos pasados, aun señalando una serie de diferencias, entre las que a nuestros efectos destaca la existencia de “pruebas legales”, valoradas directamente por la ley, con carácter vinculante para el juez, pero no para el historiador, que es ajeno a todo problema de seguridad jurídica y de especial eficacia probatoria.

406

Sin embargo, bueno será que el historiador, al manejar los documentos notariales, esté al corriente de distinciones que, en una consideración analítica, para nosotros son evidentes: si el que declara en cada parcela del documento es el notario, o son las partes, o una de ellas; si las declaraciones se refieren a la esfera de los hechos, sensibles o no, que serán verdaderos, erróneos o falsos; o bien a juicios de legalidad o de otro tipo, acertados o equivocados; a declaraciones de voluntad, verdaderas o simuladas, etc. Y aunque sea cierto que las narraciones del notario relativas a hechos sensibles, que él mismo realiza o percibe por sus propios sentidos, no están cubiertas para el historiador por ninguna fe pública, será prudente que tenga en cuenta que la fe pública no es una creación arbitraria de la Ley, sino que tiene su fundamento en la realidad de la vida, en la que esos hechos que el notario relata prácticamente siempre son ver-

(44) POISSON: “Pour une statistique sociologique de la clientèle des notaires” y “L’analyse du contenu des formulaires juridiques. L’Ancien Régime”, *op. cit.* en nota 28, pp. 445-55 y 73-79 respectivamente.

(45) CALAMANDREI, Piero: “Il giudice e lo storico”, en sus *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, pp. 27-51.

daderos; sin esta veracidad la fe pública no hubiera podido sobrevivir; prontamente habría perecido.

* * *

Es propia de los protocolos notariales, y con ello termino, una gran objetividad, que no puede reconocerse ni a los historiadores del pasado; objetividad que se debe no sólo a la actuación del notario, que ha hecho de la verdad su profesión, sino a que los interesados, al otorgar un documento notarial, están defendiendo unos intereses privados muy concretos y son ajenos a toda consideración política o ideológica.

Esta objetividad asegura la permanencia de los protocolos notariales como fuente histórica para el conocimiento de nuestros días en un mañana en que la información será infinita, pero que siempre en alguna medida se encamina en una determinada dirección, es etimológicamente tendenciosa. Ahora mismo estamos asistiendo a una manipulación de la historia en algunos sectores de ciertas comunidades autónomas, y de la misma Unión Europea; aunque también a veces se proceda de buena fe, porque si, como dijo CROCE, toda historia es historia contemporánea, viene siempre a implicar un proyecto de vida en común, y por tanto una política. Los protocolos notariales constituyen, por su amplitud y por su objetividad, la principal fuente de conocimiento de nuestra realidad pasada; al fin y al cabo la superioridad de SÁNCHEZ ALBORNOZ sobre AMÉRICO CASTRO —y sobre el ORTEGA Y GASSET de la *España invertebrada*— radicaba en eso, en que Don Claudio había leído millares de documentos notariales.

407

* * *

**VIII JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA (*)
Veracruz (México), 1998**

411

CONCLUSIONES

(*) En Veracruz (México), se celebró durante los días 4 a 7 de febrero de este año, la VIII Jornada Notarial Iberoamericana. Las ponencias españolas presentadas a esta Jornada por los notarios españoles Adolfo Calatayud Sierra, al tema I, Manuel Ángel Rueda Pérez, al tema II, y Juan José Rivas Martínez, al tema III, han sido publicadas por el Consejo General del Notariado y distribuidas a todos los notarios. Las correspondientes a los temas II y III se han publicado también en la *Revista Jurídica del Notariado*, en el número 25 y en el presente volumen, respectivamente. La *Revista Jurídica del Notariado* publicará la ponencia de Adolfo Calatayud que sobre el mismo tema se presentará en el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, en Buenos Aires (Argentina), en el mes de septiembre.

Recogemos el texto íntegro de las CONCLUSIONES de la VIII Jornada por su extraordinario interés, las cuales se publicaron en el número 95 (enero-marzo 1998) de la *Gazeta de los notarios*, pp. 4-5.

TEMA I. “El papel del Notario frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano Administrativo y Fiscal”.

Los Notarios reunidos en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana en la Ciudad y Puerto de Veracruz, tras haber debatido el tema de *“El Rol del Notario frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal”*, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

Primera. El carácter mixto de la función notarial, en la que los aspectos público y privado son inescindibles, lleva consigo que el Notario tenga un especial deber de lealtad y colaboración con la Administración, superior al de un ciudadano normal, pero ello no autoriza al Estado a imponer al Notario cualquier tipo de deberes de colaboración.

412 *Segunda.* A la hora de crear obligaciones de colaboración para el Notario, el Estado debe respetar los siguientes principios:

1.– Principio de legalidad, que impide la imposición de obligaciones en normas de rango inferior a la Ley.

2.– Principio de racionalidad, que impide que se le reclamen al Notario más datos de los estrictamente necesarios para la finalidad pretendida o que se le reclamen datos que no tengan trascendencia tributaria, o que sean ajenos al contenido del documento notarial.

3.– Principio de proporcionalidad, que impide que se le impongan al Notario funciones que le hagan dedicar tanto tiempo a su cumplimiento que le obstaculicen ejercer su función como es preciso.

4.– Principio de subsidiariedad, que impide que la Administración exija información individualizada al Notario sobre determinados actos antes de haberse dirigido al particular interesado.

5.– Principio de coordinación administrativa, que impide que cuando los datos solicitados obren ya en la Administración por haber sido suministrados previamente se vuelvan a exigir.

Tercera. Sin perjuicio de la facultad legal por parte de la Administración de obtener información del contenido del protocolo notarial en la forma y con los límites que la ley establece, debe respetarse el carácter inviolable del secreto profesional en relación a la información que confidencialmente el Notario haya recibido de su cliente.

Cuarta. El régimen sancionador previsto en algunos casos en ciertos países para el incumplimiento por parte del Notario de los deberes de colaboración en el campo tributario resulta excesivo y poco ajustado al principio de proporcionalidad, por lo que se postula su modificación.

Quinta. Ante la falta de la suficiente claridad en la determinación de las obligaciones administrativas y tributarias impuestas al Notario, así como ante la inexistencia de un sistema de consultas en que apoyarse, se solicita una mayor colaboración y comprensión del Estado con los Notarios para su mejor cumplimentación.

Sexta. Resulta preocupante la reciente creación, en varios países, de obligaciones para el Notario de denunciar actos en los que puedan surgir sospechas de encubrir operaciones de lavado de activos, dada la extraordinaria inconcreción con que se formulan y las gravísimas sanciones que se prevén para su incumplimiento. La naturaleza de la actividad notarial impide poder conocer el origen y el destino de los fondos con que se realizan las operaciones que autoriza.

Y séptima. El Notariado, por su infraestructura, su presencia social, su proximidad a los contratantes y por la naturaleza específica de su función, está en condiciones de prestar importantes nuevos beneficios a la sociedad y al Estado en relación con diversas materias, entre las que pueden destacarse las siguientes:

1.- La transparencia y funcionamiento de los procesos electorales.

2.- La asunción de muchos de los actos que actualmente forman lo que se conoce como Jurisdicción Voluntaria y que todavía constituyen competencia judicial.

3.- El control de la contratación en materia de automotores, en aras a conseguir incrementar la seguridad jurídica en ese campo y evitar actos ilícitos.

4.- La contratación electrónica, que cada vez más va a requerir el establecimiento de sistemas que la doten de la necesaria seguridad jurídica.

5.- Los medios alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación y arbitraje que deben proponerse con la intervención notarial.

TEMA II. “La Función Notarial en la Economía de Mercado”

414 Ante la situación producida de globalización de la economía por la extensión a nivel mundial del sistema económico capitalista, que propugna la libertad de mercado, la VIII Jornada Notarial Iberoamericana CONSIDERA:

1.- Que la seguridad jurídica preventiva que proporciona la función del Notariado Latino, debe ser considerada en sí misma como un bien económico a partir de una necesidad de la comunidad, recurrente puesto que se repite regularmente, e insustituible pues, la alternativa a ella, que sería el sistema anglosajón de seguridad judicial reparadora y de seguro de título, implica la judicialización de la sociedad con un altísimo costo para el Estado y la sustitución de los bienes deseados, cuya titularidad asegura el Notario latino por la sola indemnización económica, en general insuficiente. La colaboración del Notario en el conocimiento y aplicación del Derecho en la normalidad, su control de legalidad del negocio y su asesoramiento imparcial equilibrador entre las partes, reduce la conflictividad, colabora a la paz social, y constituye el “valor añadido” del Notariado Latino. El costo de la función notarial de tipo latino es más reducido que el otro sistema para los usuarios del servicio y nulo para el Estado, con el cual colabora eficazmente.

2.—Que para el cumplimiento de los fines indicados el Notariado Latino debe mantener e incluso perfeccionar sus caracteres tradicionales y en consecuencia: alta preparación jurídica, presencia física junto a los comparecientes, rigurosidad en su identificación y en la comprobación de la existencia y capacidad de los otorgantes, indagador de su voluntad ayudando a conformarla, informador pulcro, consejero sobre los medios adecuados para la consecución de sus fines lícitos, asesor independiente e imparcial, que equilibre el nivel de conocimiento del Derecho para que las partes contratantes, especialmente los consumidores, se hallen en situación de igualdad a la hora de consentir, controlador exigente de la legalidad, redactor claro del documento propio o del ajeno cuya autoría asume y custodio diligente de los instrumentos públicos que autorice.

3.—Que la celeridad y operatividad que exige la economía de mercado en la formalización de los contratos supone un aligeramiento de las formas documentales y la utilización de los avances tecnológicos y de las autopistas de la información, si bien ni uno ni otro deben suponer merma de la seguridad jurídica que el Notario proporciona.

En atención a lo antes expuesto se formulan las siguientes CONCLUSIONES:

Primera. La seguridad jurídica del tráfico es requisito básico para el crecimiento económico de los países en el sistema de economía de mercado.

Segunda. El papel equilibrador que entre las partes cumple el Notario se ve acentuado en la economía de mercado, debiendo, sin mengua de su imparcialidad, orientarse hacia la protección de la parte contratante más débil potenciando su labor informadora.

Para ello deben establecerse mecanismos legales que permitan al Notario la aproximación de la actuación notarial al momento de la formación de la voluntad y prestación del consentimiento, y asegurar la libertad de elección del Notario como derecho irrenunciable del consumidor.

Tercera. Reafirmar el valor de la seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias armonizando las legislaciones en el sentido de consagrar la norma registral de reserva de prioridad, y propiciar que, excepto las situaciones que evitan la existencia de gravámenes ocultos, la eficacia del negocio coincida con el otorgamiento del instrumento público notarial.

Cuarta. La atribución al Notario de funciones naturalmente notariales, históricamente sometidas a funcionarios judiciales y administrativos, contribuiría a descongestionar las oficinas estatales respectivas y a un mejor servicio a la comunidad.

Por su capacitación y condiciones profesionales el Notario es idóneo para intervenir en la resolución extrajudicial de conflictos a nivel nacional e internacional, debiendo suprimirse cualquier restricción que le impida ser mediador, conciliador o árbitro.

416

Quinta. La función notarial deberá desarrollar un destacado ejercicio en el Derecho de sociedades, especializándose el Notariado en el tema de sociedades extranjeras.

Sexta. El documento público autorizado por Notario latino, caracterizado por su integridad, autenticidad formal y material custodiado y archivado por el Notario, por su eficacia procesal y extraprocesal, ofrece las máximas garantías de seguridad como título de legitimación en el tráfico jurídico en la economía de mercado.

Séptima. La intervención del Notario latino es apta para proporcionar seguridad jurídica también a la contratación por vía informática, recomendándose a la Unión Internacional del Notariado Latino y a los Notariados nacionales la adopción de medidas reguladoras de esta intervención.

Octava. La circulación internacional de documentos notariales requiere la aplicación de sistemas ágiles para la producción de efectos en cualquier país, con la calificación por Notario de que el mismo reúne tanto por su forma como por su contenido los requisitos necesarios para su validez y eficacia en el país de origen.

Novena. La función notarial se asienta en las condiciones morales que ontológica y legalmente le son exigibles al Notario, recomendándose a la Unión Internacional del Notariado Latino la determinación de normas deontológicas comunes y vinculantes para todos los Notariados miembros.

Décima. Es aspiración del Notariado Latino que se posibilite su intervención en las actividades legislativas que afecten directa o indirectamente a la actividad notarial, como un medio de aportación de su experiencia profesional en beneficio de la comunidad.

Undécima. Es necesario que los colegios profesionales y las asociaciones notariales, de forma inmediata realicen una amplia difusión, dirigida a los consumidores, de las ventajas que la función notarial de tipo latino y su ejercicio proporciona a su seguridad jurídica.

TEMA III. “Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad”.

Primera. El Notario latino, jurista, como depositario de la Fe Pública, nacido por exigencia social como receptor de declaraciones de voluntad de particulares, asesor, redactor y controlador de la legalidad, es el instrumentador adecuado para formalizar las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, mediante el documento público pertinente y causalizado, que debe ser suficiente en sí mismo.

Debe reconocerse que el derecho de autoprotección procede del derecho a la libertad y a la dignidad; por lo tanto es un derecho fundamental.

Segunda. La autoprotección, nacida de lo más íntimo del ser humano y como manifestación de su autonomía de la voluntad, es una necesidad nueva a la que las legislaciones de los países que acogen el sistema del Notariado Latino, deben dar respuesta adecuada mediante las reformas que fueren necesarias en sus disposiciones legales.

Tercera. Se reconoce que toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a la autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad.

Cuarta. Con el objeto de proteger los intereses del otorgante, se recomienda que éste establezca en el documento de autoprotección, un mecanismo de control.

Quinta. El incapaz, en la medida en que tuviere suficiente juicio, deberá conservar el derecho de hacer propuestas y dar directrices a su representante, quien deberá observarlos si son en beneficio del primero.

Sexta. Se recomienda a la Unión Internacional del Notariado Latino la adopción de un Protocolo de Uniformidad para reconocer la validez y equivalencia de formas, de las disposiciones de autoprotección, en todos los países miembros.

418 *Séptima.* Se recomienda a todos los miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, la creación de los Registros necesarios para la debida publicidad de las disposiciones de autoprotección, preferentemente a cargo de los Colegios de Notarios.

CONMEMORACIÓN DEL IV CENTENARIO DEL FALLECIMIENTO DE FELIPE II

419

Con motivo del IV centenario del fallecimiento de Felipe II, el notariado español no ha querido estar ausente en su conmemoración y ha publicado en la *Gazeta de los notarios*, en el número correspondiente a junio-julio 1998, cinco trabajos en torno a este cuarto centenario, de los que son autores Don Antonio Fernández-Golfín Aparicio, Don Antonio Rodríguez Adrados, Don José Bono y Don Manuel Andrino Hernández. Trabajos que constituyen el pequeño homenaje del notariado a uno de nuestros más ilustres monarcas.

Habida cuenta de la difusión casi exclusivamente notarial de la *Gazeta de los notarios*, y del enorme interés de los artículos publicados, la *Revista Jurídica del Notariado* recoge el texto íntegro de los trabajos para conocimiento general de sus suscriptores, a la vez que agradece a la *Gazeta de los notarios* el permiso concedido para su publicación.

FELIPE II Y EL NOTARIADO DE SU TIEMPO

ANTONIO FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO
Presidente del Consejo General del Notariado

421

Siendo el presente año copioso en importantes celebraciones centenarias ("El 98"; García Lorca; Ganivet), las correspondientes al cuarto centenario del fallecimiento del Rey Felipe II y del gran polígrafo extremeño Benito Arias Montano, ofrecen un interés tan destacado que el Gobierno del Estado, con la colaboración de otras entidades e instituciones, públicas y privadas, y bajo la Presidencia de Honor de S. M. El Rey, ha organizado en torno a ellos conferencias, reuniones científicas y exposiciones, y promovido, en general, múltiples iniciativas culturales, concebidas, sin duda, como estímulo para una generalizada participación de todos los núcleos culturales del país, los cuales, desde su perspectiva propia, pueden hacer aportaciones al conocimiento de nuestro pasado, y, por tanto, a la explicación de nuestro presente, difíciles de conseguir de otra manera. Si, siguiendo esa orien-

tación, numerosas publicaciones periódicas (“Torre de los Lujanes”, “Studia Historica”; “Manuscrits”) se han hecho eco de tales celebraciones con aportaciones coherentes con la índole de su dedicación respectiva, también el Notariado español a través de la *Gazeta de los notarios*, quiere sumarse ahora a la celebración de esas efemérides, glosando, a través de las plumas de algunos de sus miembros, los aspectos legislativos, doctrinales y gubernativos del Notariado bajo el reinado de Felipe II, y la personalidad, desde el punto de vista notarial, del capellán del Rey Prudente, Benito Arias Montano. Con ello, no sólo se colman vacíos dejados en exposiciones que, aunque fastuosas, quizás no puedan abarcar toda la realidad humana y cultural de los protagonistas y de su mundo, sino que sirve para destacar, una vez más, la imbricación que tiene el Notariado español con la historia patria, y la disposición en que se encuentran sus miembros para participar activamente en todos los aspectos de la vida contemporánea, conscientes de que nada de lo humano les es ajeno, y de que ello, lejos de amenguar, acrece su idoneidad como actores importantes que son en el tráfico jurídico-económico.

FELIPE II, LEGISLADOR

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

423

La labor legisladora de Felipe II será seguramente una de las que menos atención merezcan durante este cuarto centenario de su fallecimiento. No alcanzó, ciertamente, la altura de otras de sus actividades; pero bueno será recordar algunas de sus manifestaciones.

La más importante aportación de Felipe II a la historia de nuestro Derecho es la *Nueva Recopilación*, de 1567. Era una obra insistentemente pedida desde las Cortes de Madrid de 1433, para acabar con el caos legislativo originado por la multitud de leyes y pragmáticas, que con frecuencia 'no tienen en sí misterio del derecho'; y que, mediante su actualización en ediciones oficiales posteriores, iba a estar vigente hasta la Novísima Recopilación de 1805.

La Nueva Recopilación, evidentemente, no es un trabajo estrictamente legislativo, sino recopilador. La diferencia entre

legislación nueva y recopilación de legislación precedente no es, sin embargo, tan radical como pudiera pensarse, puesto que a diferencia de una *Compilación*, mera acumulación de disposiciones anteriores (*compilare* es saquear al prójimo, despojarle de sus bienes) la *Recopilación* implica una *reducción* de la legislación anterior que, como bien sabemos los notarios ('reducir' a escritura pública), significa nueva conducción o tratamiento de una materia, y no sólo disminución de su tamaño; 'nueva Recopilación y reducción dellas', es la expresión técnica que utiliza la Ley y Pragmática de Felipe II de 14 de marzo de 1567 para promulgar las leyes contenidas en su Nueva Recopilación, 'que se guarden, cumplan y ejecuten... aunque algunas dellas sean nuevamente hechas y ordenadas; y aunque no hayan sido publicadas ni pregonadas; y aunque sean diferentes o contrarias a las otras leyes y capítulos de Cortes y Premáticas que antes de ahora ha habido en estos Reynos, las cuales queremos que de aquí adelante no tengan autoridad alguna'.

Y así, para poner un llamativo ejemplo de esta técnica interpolacionista, la Ley Única Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, *Paresciendo*, al pasar a la Nueva Recopilación (5.16.2) deja de referirse a la facultad de los escribanos, como *servi publici*, de aceptar obligaciones en nombre de ausentes y de menores, para proclamar el principio de libertad de forma, sin que quepa la excepción de que el contrato 'no fué hecho ante escribano público'. La 'famosa' Ley del Ordenamiento de Alcalá tendría, pues, que compartir las alabanzas que se la dirigen.

Esta Recopilación, para ser 'Nueva', necesitaría de una Recopilación anterior, que no existe; la edición príncipe, 1569, la llamaba rectamente '*Recopilación de las Leyes destos Reynos*'. La equivocada denominación que ha prevalecido, toma como Recopilación a las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo que, al no alcanzar la sanción Real, quedó en '*Copilación de las Leyes del Reyno*' rúbrica de su primera edición, Huete 1484.

La materia notarial de la Nueva Recopilación está principalmente contenida en el *Libro IV, Título XXV, 'De los escribanos de Concejo y públicos, y del número, y Notarios Eclesiásticos'*; a las disposiciones de los siglos pasados, incluidas las ordenadas por las Cortes de Toledo de 1480 sobre organización notarial, se agregan las más modernas, de la Pragmática de Alcalá de 1503 sobre el instrumento público, y de las Leyes de Toro de 1505 que, a la manera de las *quinquaginta decisiones* de Justiniano, salvaron al fin las contradicciones entre el Derecho Real y las Partidas, principal causa del fracaso de Montalvo.

También figuran en la Nueva Recopilación, en su versión originaria o en ediciones ulteriores, algunas leyes y pragmáticas del mismo Felipe II de interés notarial; por ejemplo, sobre escribanos reales (4.25.2 y 22), notarios eclesiásticos (4.25.38), o tributación de los escribanos, sin excusas con privilegios de no pechar, como querían los de Arévalo (4.25.11). Señalemos especialmente:

— Edad mínima para ser escribano. Queda fijada en los 25 años (año 1566; 4.25.30), edad que perduraría hasta la Ley 13.12.1940; en los Derechos común y real se habían barajado los 14, los 18 y los 24 años de edad.

— Depósito en los archivos de cada ciudad, villa o lugar, de traslados auténticos de las escrituras (4.25.34).

— Arancel de los escribanos públicos y del número de 1566 y su acrecentamiento de 6.5.1569 (4.27, 1 y 2).

— Introducción de una tercera forma principal de testamento nuncupativo, 'ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano' (1566; 5.4.1), junto a las anteriormente existentes de escribano y tres testigos vecinos y de cinco testigos vecinos.

— Pragmática de 19.9.1582 introduciendo el Calendario Gregoriano y mandando a los escribanos guardarle en toda clase de escrituras (5.15.11); diez días, del 5 al 14 de octubre de dicho año, nunca existieron.

Recordemos también, para Cataluña, el Capítulo XXII de las Cortes de Monzón de 1585 sobre recepción de actos por los sustitutos de los notarios (Constituciones, IV.XIII.23, a nombre de Felipe I, pues Felipe el Hermoso, al premorir a Fernando el Católico, no fue Rey de Aragón).

Muy interesante es, finalmente, la legislación notarial de Indias de Felipe II, en buena medida recogida en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680; destaquemos las disposiciones sobre el protocolo y su firma (V.VIII.16 y 20), y muy especialmente la Pragmática dada en Madrid el 22.12.1577 que manda incluso a los Virreyes, Audiencias, Oidores y Fiscales y encarga a los Prelados e Inquisidores, que 'franqueando las puertas' 'se dejen notificar' por los escribanos, aunque éstos actuasen 'a pedimento de parte' (V.VIII.36). En el progreso hacia el Estado de Derecho, no cabe duda de que también se han desandado algunos caminos.

LA NUEVA LITERATURA NOTARIAL CASTELLANA EN EL REINADO DE FELIPE II

DR. JOSÉ BONO

Notario

427

1. Los libros del oficio notarial –literatura notarial– castellanos aparecen por primera vez, en el reinado de Felipe II (1556-1598), con el nuevo carácter de manual práctico y no de simple formulario, precisamente por contener una exposición de la función notarial o *Instrucción de escribanos* acompañando a los modelos documentales. Esta innovación es el resultado de una larga evolución, en la que se entrelazan las tendencias del pensar jurídico de la época con el desenvolvimiento del propio ordenamiento notarial.

2. La evolución arranca del reinado de Alfonso X (1252-1284), la época de hallazgo y creación (*Erfindungszeit*) del Notariado castellano, instaurado mediante un libro legal, el *Fuero Real* (FR 1.8, 2.9) y unos libros de Derecho, las *Partidas* y su antecedente el *Espáculo*, regulándolo estos dos

últimos entremezcladamente con las instituciones de cancillería real (Esp. 4.12; P 3.18; 3.19). En el pensar jurídico de la época es dominante la tendencia clasicista, pues clasicismo es la 'canonización' de las formas contractuales y testamentarias justinianeas renacidas con la Legística, y de la ordenación notarial establecida por la Decretalística (X 2.22). La canonización se consuma mediante la imposición legal de un formulario notarial (P 3.18.56-110), tomado precisamente del *Ars notariae* de Salatíel.

Con la 'Recepción' castellana de las *Partidas*, hubo de difundirse, bien que paulatinamente, este formulario legal, desplazando los viejos formularios castellanos pre-alfosinos, hoy desconocidos pero que, con toda probabilidad, existieron en tierras castellanas. Tampoco se conocen formularios de escrituras del reinado de Alfonso X. La regulación del oficio notarial en las fuentes alfonsinas es clara y sencilla, y las reglas sobre el sistema documental carecen de complicación; por ello no resultaba necesario, para subsidio de la práctica notarial, la formulación doctrinal de tales reglas.

3. En el siglo XIV se inicia el periodo de desarrollo y perfeccionamiento del Notariado, la *Vollendungszeit* que culmina con el reinado de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, los Reyes Católicos (1474-1504), que cierra el periodo bajomedieval de nuestra institución. Ya Alfonso XI con el transcendental *Ordenamiento de Alcalá* (1348) confirió valor legal a las *Partidas* (Ord. Alc. 28.1), proclamando implícitamente la historicidad de las fuentes del Derecho. Los Reyes Católicos, con el mismo pensamiento, hicieron compilar las provisiones reales y los ordenamientos de Cortes, en las llamadas *Ordenanzas Reales* (elaboradas por el jurista A. de Montalvo, impresas en 1484); en ellas se reunieron las dispersas normas legales sobre el Notariado, provisiones reales y acuerdos en Cortes (OR 2.18) con exclusión de leyes de *Fuero Real* y de *Partidas*, y añadiendo la regulación de las Cortes de Toledo de 1480 en la materia (OR 2.18.4,13; 7.2.7,13,22). A las Ordenanzas castellanas si-

guió una importante legislación de los Reyes Católicos, tal como la ordenanza judicial de 1502, la notarial de 1503 y las *Leyes de Toro* de 1505.

La tendencia dominante en la actividad legisladora de los Reyes Católicos es la historicista: el Derecho se va formulando en el curso del tiempo, a través de diversos textos legales (decisiones reales, acuerdos de Cortes, resoluciones del Consejo Real) que han de aceptarse en su *quidditas*, en su singularidad, y conjugarse entre sí, en un necesario sincretismo, para lograr la regulación unitaria debida. Junto a los textos pertinentes del *Fuero Real* (ya denominado simplemente *el Fuero*) y de las *Partidas*, las normas notariales contenidas en las *Ordenanzas reales* y en la legislación posterior de 1502 a 1505, forman el núcleo fundamental del Derecho notarial de la Edad Moderna.

Conforme a esta tendencia historicista surge ahora, en Castilla, una reducida y modesta literatura de simples formularios. Tres son los conocidos y editados: uno de la época de Enrique III (editado por G. Sánchez, AHDE, t. 2, 3, 4 y 12), otro de la época de Juan II (editado por L. Cuesta, 1947), y el tercero, debido a Fernán Díaz de Toledo, llamado *Las Notas del Relator*, es también del reinado de Juan II (última ed. 1531). Característica común de estos formularios (aparte de su común asistematicidad) es la ausencia de toda exposición sobre la función notarial y sobre el régimen de la escrituración. Todavía persiste la simplicidad de líneas de la regulación del *officium notariae*; todavía no ha surgido en todo su vigor la 'burocratización' del Derecho, aunque era incipiente el burocratismo del Estado; en suma, todavía no había llegado el absolutismo burocrático real, centralista y absorbente, del siglo XVI (y que perdurará largamente). Por esa razón, aún no es necesaria la canonizada doctrina del oficio notarial ni es preciso incluirla en los formularios usuales.

4. El reinado de Felipe II (1556-1598; regente desde 1543) clausura la época iniciada tras la muerte de Isabel la Católica, que puede denominarse de mera conservación y custo-

dia (*Aufbewahrungszeit*) del Notariado. La legislación ya no es una fuente constructiva y renovadora. La base legal de la ordenación notarial siguen siendo los libros alfonsinos y el conglomerado de normas recogidas en la compilación de Montalvo, juntamente con las ordenanzas judicial y notarial de 1502 y 1503, y las *Leyes de Toro*. Poco nuevo se añade a esta masa legal en el reinado de Carlos V; son destacables alguna norma sobre los notarios de la Iglesia, exigiéndoles la llevanza de protocolo (Cortes de Segovia, 1532, c.97>NR 1.3.32), sobre la obligatoriedad de la información previa local para el acceso al examen notarial ante el Consejo (Cortes de Madrid, 1534, c.97>NR 4.25.3), o sobre la firma obligatoria por los notarios de las matrices (Cortes de Toledo de 1525, c.31>NR 4.25.12), y poco más. La posición del rey era el inmovilismo; cuando en las Cortes de Toledo de 1538, c.52 y en las de Valladolid de 1542, c.70 gen. se pide que se forme un formulario 'legal' de todos los contratos usuales, con eliminación de cláusulas superfluas, con modelos impresos (*registros de molde*), que no podrían ser alterados salvo consentimiento expreso de las partes (ocasión inmejorable para haber puesto al día el formulario salatelianno de las *Partidas*), se contestó: *no se deve hazer novedad*. El corpus del ordenamiento legal del Notariado era, en tiempos de Carlos V, una masa heterogénea de textos legales, que sólo podía verse reunida en regesto en un repertorio legal, como fue el *Reportorio de la leyes de Castilla* de Hugo Celso (1.^a ed. 1538, 2.^a 1553), bajo las pertinentes voces (*cartas, escripturas, escrivanos, registro*). Pero el *Reportorio* no nos da una sinopsis del oficio notarial, sino una larga serie de preceptos de tema notarial aunque entremezclados con los referentes a instituciones afines pero ajenas (escribanías palatinas, curiales y fiscales, documentación palatina, curial y fiscal). Pero ni siquiera algo de esto encontramos en la literatura de '*notas de escrivanos*' de la época de Carlos V: Juan de Medina, 1538, Hernán Díaz de Valdepeñas, 1543, Roque de Huerta, 1551, todos estrictos formula-

rios. Pese a su título, la breve *Instrucción para los notarios eclesiásticos* de Felipe de Arévalo, es apenas un exiguo formulario de una docena de modelos. Forzosamente la 'literatura jurídica' de los notarios de la época de Carlos V tuvo que ser simplemente las *Partidas* y las pragmáticas y cuadernos de Cortes. Consta que la Partida quinta tuvo especial difusión entre los prácticos castellanos.

5. Con Felipe II la tendencia historicista se acentúa, e igualmente la burocratización jurídica derivada del absolutista burocratismo del Estado, cuya más neta expresión fue el absorbente Consejo de Castilla. El consiguiente conservatismo condujo a la ultimación de la llamada *Nueva Recopilación* (1567). En ella se recogen, en un título separado (NR 4.25), todas las fuentes legales notariales que poco antes hemos enunciado. El Consejo de Castilla monopoliza, bajo el personal dictado del rey, el total desenvolvimiento del Derecho mediante los *autos acordados* (que en decenios subsiguientes se publicarán como fuente legal complementaria).

La burocratización legal, manifestada en la 'petrificación' de las instituciones (si se nos permite seguir el término elegido por A. Steinwenter, *Rehct u. Kultur*, 1958, 45 ss: *Versteinerung*) consagrada en la *Nueva Recopilación*, condujo a la diversificación de la literatura jurídica en 'academicista' o erudita, atendida a los textos del *utrumque ius* (pues sólo cita a las fuentes vernáculas como apoyatura de conclusiones inferida de los textos legísticos y decretalísticos), y en literatura 'practicista' o vulgar, basada únicamente en textos jurídicos positivos castellanos. De la literatura académica destacan los capítulos 19, 20 y 21, sobre la documentación notarial, de la *Summa Practicarum Quaestionum* de Diego Covarrubias (*Opera omnia*, 1577, 1, 141-66), y el tratado de Juan Gutierre, *De iuramento confirmatorio*, 1574.

Frente a esta literatura academicista, los libros de práctica notarial, todos en castellano, intentan dar una fundamentación legal del *officium notariae* con base en los múltiples,

antiguos y modernos, textos legales en vigor, dando un breve resumen de la ordenación notarial (con cita de textos), con la finalidad de ofrecer una 'guía' –*Instrucción*– al notario para el conocimiento de las leyes que delimitaban su función, como propedéutica a la técnica formularia. Es una literatura estrictamente 'profesional', que nada tiene que ver con la literatura moral-teológica propia de la Ética económica (*Wirtschaftsethik*) o Moral de los negocios, como lo eran los tratados de F. García, 1583, L. López, 1589, B. Albornoz, 1573 (que habían venido a suceder a los viejos tratados de moralistas sobre los *tratos* de mercaderes, tales como los de J. de Medina, 1550, C. de Villalón, 1547, Saravia, 1547, L. de Alcalá, 1546 y T. de Mercado, 1569).

6. Los nuevos libros notariales castellanos en tiempos de Felipe II (época áurea de la literatura jurídica castellana) no son numerosos; son los siguientes:

- 432 a) Diego de Ribera, *Escrituras y orden de partición*, 1560 (última ed. 1621), dividida desde la ed. de 1577 en una 1.^a y en una 2.^a y 3.^a parte, en dos volúmenes, siempre publicados juntos. Ambas partes se inician con una *Instrucción*, aunque los modelos documentales van dotados de un aparato de citas legales, a veces junto a digresiones de mero ornato retórico.
- b) Gabriel de Monterroso, *Practica civil y criminal y Instrucción de escrivanos*, 1563 (última ed. 1662); dividida en nueve tratados de desigual extensión; el 7.^o, el de mayor extensión, es una *práctica de las escrituras públicas*, con amplia explicación particularizada de cada escritura, con abundante cita de fuentes, y con el modelo completo de cada una de ellas. La estricta *Instrucción* es brevísima y es inicial a toda la obra.
- c) Bartolomé de Carvajal, *Instrucción y memorial para escrivanos*, 1588.
- d) Lorenzo de Niebla, *Suma del estilo de escrivanos*, 1565. Sobre esta poco conocida obra, cfr. M. Andrino, *Gazeta de los notarios*, núm. 67, abril 1995.

e) Francisco González de Torneo, *Practica de escrivanos*, 1587 (última ed. 1716), que incluye, aumentada, una obrita suya, *Orden de examinar testigos*, 1579.

Los libros para la práctica de los notarios de la Iglesia son simples formularios; así, la *Práctica eclesiástica* de Juan Arias, 1575, y el *Formulario de provisiones* recopilado por D. Martínez (el verdadero autor es Jerónimo P. Manzanares), 1575, 2 t.

7. Reduciéndonos al examen de las dos obras más importantes, las de Ribera y Monterroso, ambas aparecidas antes de la promulgación de la *Nueva Recopilación*, expondremos el significado de la *Instrucción* en ambos autores.

En Ribera, desde la edición de 1577, la *Instrucción* (y las notas marginales) cita plenamente a la compilación, como también a las *Partidas* y al *Fuero Real*, tradicionalmente llamado *el Fuero*, y estima que el notario debe saber *las leyes del reyno como qualquier letrado jurista*; la *Instrucción* es una reseña de las normas sobre las cualidades personales del notario, sus deberes y exigencias del ejercicio profesional, así como de las normas relativas a la escrituración en general, y en particular a algún género de escrituras, y en especial las referentes a la escrituración procesal. Tiene dos partes, correspondientes a la primera y a la segunda y tercera de la obra, respectivamente. Además, al modelo de cada escritura le acompaña una extensa glosa marginal, en la que se dilucidan las cuestiones de fondo de Derecho civil, con alegación de las concretas fuentes legales, con citas muy exactas. Las digresiones y alusiones a la antigüedad clásica, ingenuamente impertinentes, no desvaloran, sin embargo, el valor del aparato de alegaciones (referido exclusivamente al Derecho castellano); no hay citas legísticas ni decretalísticas ni de *autoridades*; es todo lo contrario a la glosa erudita de Montalvo al *Fuero Real*.

En Monterroso la brevedad suma de la *Instrucción* preliminar está compensada por la amplia exposición doctrinal que precede a los modelos del extenso formulario del sépti-

mo tratado. Las citas de fuentes (solamente castellanas) van al margen. Se inicia esta séptima parte con la lapidaria y exacta explicación de la técnica escrituradora notarial: *En dos cosas consiste el saber hazer los contratos y escripturas publicas, que es condición de parte y atamamiento de ley, de manera que las partes sean conformes* (*Practica* 1563, f. 129r); es decir, que tal técnica no es más que la formulación adecuada de la voluntad negocial manifestada (*condición de parte*) y su conjugación con la eficiente validación jurídica mediante la vinculación (*atamamiento de ley*) derivada de las renunciaciones pertinentes. Recomienda el autor la brevedad, para que se entiendan las *condiciones* y *causas* que las partes pactan y otorgan; y exige estudio para *saber* y *entender* las renunciaciones con que aquéllas *se han de atar para su validación* (*Pract.* *ibid.*). Las exposiciones previas, siempre concisa y claramente redactadas, son a veces amplias y detalladas, como la de los poderes (*Pract.* f. 135r-138r); son interesantes la referente a los poderes en causa propia, carente de cita de fuentes (*Pract.* f. 140r) y la relativa a los poderes para testar, basada en las *Leyes de Toro* (*Pract.* f. 140v-141r). Es fundamental la exposición sobre los censos (*Pract.* f. 147r-148r) y también la de la compraventa (*Pract.* f. 154v-155v). La obra de Monterroso, por la exhaustividad del tratamiento, por la claridad y brevedad de la redacción, y por la riqueza de la fundamentación (en las fuentes castellanas) es superior a la de Ribera, y por consiguiente a todas las demás. Quien dominara el Monterroso podía muy bien ejercer de notario y con suficiente pericia jurídica.

A ambos autores, Ribera y Monterroso, se les planteó el dilema horaciano (*Ars poest.* 119): *Aut famam sequere aut sibi convenientia finge*, es decir, el de seguir el canon tradicional del formulario estricto –lo que se había hecho hasta entonces–, o el de realizar una obra en consonancia con los tiempos; ambos escogieron la vía acertada con la innovación de la *Instrucción de escrivanos*, creando así un verdadero manual notarial en sentido moderno.

LA POLÍTICA NOTARIAL BAJO FELIPE II

MANUEL ANDRINO

Notario

435

Si, respecto del Notariado, y como se expone en otro lugar de esta misma *Gazeta*, durante el reinado de Felipe II no se produjeron grandes innovaciones legislativas, cabría decir algo parecido en cuanto a la política gubernativa desarrollada en este campo. Como factor más importante de esa política, puede considerarse la acentuación de la venalidad de los cargos, con el correlato del acrecentamiento del número de escribanos, tanto de los simplemente reales, de cuyos derechos de examen y título se obtenían no despreciables recursos, como, sobre todo, de los numerarios. Este fenómeno no fue, ciertamente, exclusivo de nuestro país, ni tampoco de la época de Felipe II, pero en ella se fue agravando la práctica iniciada en 1540, que daría lugar, inevitablemente, a corruptelas que llamaron la atención de las Cortes del Reino, y que se trataron de remediar en las décadas posterior-

res a través de la llamada Junta de Reформación, “encargada de dar solución a los males públicos”. Las mentes más sintetizadoras vieron el núcleo de todos los males en la pobreza, que como consecuencia del aumento del número de escribanos, se había producido en muchos de éstos, pobreza que se decía estimulaba la codicia y la falta de escrúpulos, concretándose la explicación de los males en el hecho de “haber venido estos oficios a poder de tan ruines sujetos”, según se dijo en las Cortes de Madrid de 1612. Como remedio a estos males, se pedía, por un lado, la supresión temporal de los exámenes de escribanos reales, y por otro, la rápida consunción de los oficios enajenados, a fin de reducirlos a un tercio. Aparte de esto, las irregularidades que se habían producido, como consecuencia del envilecimiento provocado por una política en la que primaba, sobre todo, el interés del tesoro público, hicieron pensar en la implantación de medidas hasta entonces desconocidas, entre las cuales fueron sugeridas las siguientes: formularización del texto de las escrituras, mediante “la reducción a ley”, “de algunos contratos o escritos”, es decir, de formularios oficiales que obligatoriamente habrían de utilizarse; el establecimiento, entre los escribanos numerarios, de turnos de reparto, que acabaran con escandalosas desigualdades, y, además, con los abusos derivados de la libre elección por los litigantes del escribano judicial; la exclusión de la facultad individual de liquidar los aranceles judiciales, y la atribución de la misma a una persona especialmente encargada de ello; la imposición del protocolo previamente encuadernado; y la obligatoriedad de la firma de los testigos. Junto a esto, se pedía insistentemente la limitación del número de los escribanos reales de que podía servirse cada escribano numerario, y que al ser utilizados como sustitutos, daba lugar en algunos casos a la existencia de macroescribanías, que agravaban las desigualdades. Estas propuestas reformistas, que tuvieron eco en las Cortes y en las Juntas de Reформación, y que tenían el respaldo de algunos moralistas que denunciaban los per-

juicios derivados de la enajenación de los oficios y del incremento de su número, se quedaron en simples voces clamantes en el desierto, que es el destino a que estaban condenadas todas las soluciones que inmediatamente no fueran beneficiosas para el erario público, pues la penuria de sus arcas llevaba a hacer oídos sordos y a reincidir en los procedimientos responsables de los males, que, por tanto, se agravaban incesantemente.

En este sentido es ilustrativo el expediente seguido por los escribanos numerarios de Toledo, constituidos entonces en Colegio, para dejar sin efecto una disposición real por la que, pese a privilegios anteriormente concedidos a los mismos, se había incrementado en tres el número de escribanos de esa ciudad, e incluso se había ya provisto uno los nuevos oficios. El Colegio de Toledo consideró, realistamente, que la única medida efectiva para neutralizar tal acrecimiento era el ofrecimiento por su parte de una cantidad mayor que la resultante del acrecentamiento, y así, ofrecieron al Rey nada menos que 10.000 ducados, cantidad muy considerable si tenemos en cuenta que el Casón del Buen Retiro costó aproximadamente 25.000 ducados, y que entonces el coste de una comida en una venta era de un real, es decir, que con un ducado había para once comidas. Después de una larga negociación y tramitación, los escribanos numerarios de Toledo consiguieron un nuevo privilegio, cuya carta fue firmada por el propio Rey y su secretario Juan de Escobedo, en el Pardo el 12 de enero de 1574, en el preámbulo de la cual se expone y justifica paladinamente esa política con estas palabras: "POR CUANTO Para ayuda y socorro de las grandes y forçosas necessidades que se nos han offrescido y offrescen cada dia en defensa publica de la Xristiandad y de la religion Christiana y para conservacion y sustentamiento de nuestros estados y señorios: para los grandes gastos que en esto an sido necessarios hazerse: no vastando para ello (como no vastauan) ni las nuestras rentas, ni los arbitrios ni expedientes de que se ha usado. Y

nuestro patrimonio esta exausto y consumido y embaraçado de manera que del no nos podemos prevaler ni ayudar, ni para los gastos forçossos ordinarios ni para las cosas extraordinarias que ocurren: y no aviendo hallado manera alguna menos dañosa para podernos prevaler para esto y otras necesidades que se nos han offrescido y offrescen, por estar nuestras rentas y patrimonio tan consumido acordamos de proveer y acrecentar, en algunas ciudades villas y lugares destos nuestros Reynos, algunos officios. Y particularmente se acordo en el nuestro consejo de hazienda que se acrecentassen y proveyessen de nuevo en la ciudad de Toledo, tres officios de escrivanias publicas del numero de dicha ciudad...". -La parte dispositiva del privilegio señalaba, finalmente, que "...apruebo y confirmo de nuevo todos los dichos preuilegios y cartas executorias... y si necessario es, se los concedo de nuevo... Y vos asseguro y prometo por mi fe y palabra Real que no proueeremos, acrecentaremos ni venderemos; ni proveeran ni venderan, ni haremos ni haran merced, por servicios ni de gracia, ni en otra manera alguna, agora ni en ningun tiempo para siempre jamas a persona alguna, publica ni priuada, ningun officio de escriuania publica del numero de la dicha ciudad, de mas de los treynta y tres escriuanos publicos que agora ay: sino que aquellos solamente permanezcan para siempre para que se elijan y provean por el dicho colegio, segun y de la manera y forma que hasta aqui lo han hecho y hazen en virtud de los dichos preuilegios y cartas executorias que tienen... Y ansi mismo aseguro y prometo por mi fe y palabra real por mi y por los Reyes mis subcessores que esta escritura y contrato no sera reuocado ni modificado en todo ni en parte alguna de lo en ella contenido en ningun tiempo ni por alguna causa...".- "De lo qual mande dar la presente escripta en pargamino y firmada de mi Real mano y sellada con mi sello de plomo pendiente en fillos de seda a colores y firmada de los del mi consejo de hazienda y referendada de Joan de Scouedo nuestro secretario".

¿Qué juicio podría formularse sobre esta política? Creemos que la mejor respuesta la podemos encontrar en estas palabras pronunciadas por el Consejero de Estado Pierre-Francois Réal al discutirse la que sería ley francesa del 25 Ventoso del año XI, refiriéndose a la creación de cargos notariales durante el viejo régimen: "...quelques lois bursales établirent á côté des notaires des tabellions, des garde-notes, et autres officiers dont l'existence surabondante, momentanément utile au trésor public, portait un grand préjudice à l'institution". En realidad, puede decirse que, en este aspecto, la política seguida por Felipe II no fue una excepción a su orientación general, consistente, conforme a las recientes conclusiones del profesor Fernández Alvarez ("Felipe II y su tiempo"), en el sacrificio del reino por razón de "empresas religiosas ajenas a los intereses del país", lo que vimos quedaba puesto de manifiesto en el preámbulo del privilegio concedido al Colegio de Toledo ("las grandes y forçossas necesidades... en defensa publica de la Xristiandad y de la religion Christiana"). Y así, la urgencia de allegar recursos con que atender aquellas necesidades condujo a una política de demarcación y provisión de escribanías nefasta para la institución, y consiguientemente para la sociedad, hasta un punto en que asombra mantuviera intacta su esencia y lograra resistir hasta que, casi tres siglos después, llegara la hora de la que el diputado Guillaume-Jean Favard, durante la Revolución Francesa, llamó la restitución de la institución notarial a su pureza natural. En este sentido la política notarial de Felipe II sirvió, al menos, para probar la gran vitalidad de la institución notarial española que por su profundo arraigo social pudo superar la declarada y sistemática subordinación de sus intereses a los puramente recaudatorios de la hacienda pública.

GALERÍA NOTARIAL LOS BENITO ARIAS MONTANO

MANUEL ANDRINO

Notario

441

Uno de los intelectuales más importantes de la época de Felipe II, fue su capellán y consejero, Benito Arias Montano, especialmente conocido como editor de la llamada *Biblia Regia* de Amberes, como colocutor del Concilio de Trento, y como agente principalísimo para la formación de la biblioteca de El Escorial. Curiosamente, las fechas de su nacimiento (1527) y de su fallecimiento (1598) coincidieron, en cuanto al año, con las de Felipe II, por lo cual las Juntas de Extremadura y Andalucía han organizado, para el presente, una importante exposición conmemorativa de carácter itinerante, bajo el título de "Arias Montano y su tiempo", cuyo Comité de Honor está presidido por S. M. El Rey.

Llamado Arias Montano "príncipe de nuestros escritores" (Menéndez Pelayo), "príncipe de la lírica religiosa" y "nuevo Horacio cristiano" (B. Feliú de San Pedro), además

de haber merecido otros muchísimos títulos encomiásticos (“Salomón español”, “Jerónimo de su siglo”, “Nuevo Prudencio”, “David en verso y prosa”) fue, como polígrafo y como humanista, un gran español del Siglo de Oro, merecedor de mayor atención que la prestada en tiempos recientes, quizás como consecuencia del difícil acceso a su obra, limitada, en su mayor parte, a ediciones del siglo XVI, y escrita en latín.

Dada la relevancia de su figura, parece, en todo caso, que no debe pasar inadvertido un hecho capital en su biografía, consistente en haber sido hijo de un notario, el vecino de Fregenal de la Sierra (Badajoz), de idéntico nombre y apellidos. Esto, sin embargo, no se pone de manifiesto ni en la exposición mencionada (al menos en su edición de Sevilla), ni en el catálogo de la misma, pese a que tal consideración no falte en sus biógrafos, que pusieron especial interés en averiguar datos sobre el padre del gran erudito, tratando incluso de inducir de su personalidad algunos de los rasgos caracterizadores de tan insigne maestro.

442

Asimismo, tampoco ha de silenciarse otro hecho que, salvo por parte del prestigioso hispanista inglés Aubrey F. G. Bell, no ha sido mencionado, y es que el propio maestro Montano heredó, a la par que su hermano, el licenciado Juan Arias, “la posesión de los oficios de honra dados por S. M. y por los Señores inquisidores”. Efectivamente, así lo dice textualmente uno de los testigos –nada menos que escribano público de Fregenal– en 1560, en la información que se hizo previamente a su admisión en la Orden de Santiago. De ahí la afirmación rotunda de Bell, de haber sido Montano, hijo, en su juventud, también Consultor y Notario del Santo Oficio (“Benito Arias, his son, was also Consultor and Notario of the Holy Office when still a young man”. “Arias Montano”. Oxford University Press, 1922). Lo cual está, asimismo, en consonancia con lo declarado por otro deponente en dicha indagación, al afirmar que “el Señor Doctor Ramírez Inquisidor de esta partida le mandó hacer cierta información de lo mismo... por la cual se certificó

más de el dicho Maestro no tener mezcla de todo lo dicho". Lo que puede significar que la información a que ese testigo (Juan Vázquez Garrido, *el viejo*) se refiere, posiblemente se hizo como trámite previo a su nombramiento como notario de la Inquisición, información que, en todo caso, era preceptiva.

Sentados estos hechos, se hace preciso concretar ahora la calidad, especie o rango que como notario tuvo Benito Arias Montano, *senior*, y consecuentemente, su hijo homónimo, si aceptamos con Bell la sucesión en su condición notarial. Tratando de resumir las diferentes posturas adoptadas por sus biógrafos, o informantes, digamos que Juan Antonio Pellicer se limitó a decir que había sido "Notario o Escribano"; Josef Fernández Becerra, siendo Presidente del Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra, en 1792, informó a la Academia de Bellas Letras de Sevilla "que fue Notario"; Tomás González Carvajal, autor de un importante estudio biográfico, concluyó en 1832, que "fuese pues Notario o Escribano, o no fuese ni uno ni otro, pues no hay documento que lo pruebe, una cosa hay bien cierta, y es que fue Secretario del Santo Oficio que entonces se diría Notario". Y, entre los modernos, A. Lambert, citando a Cipriano Valera, señala que su padre fue "secretario del Santo Oficio, en Fregenal"; en una obra de divulgación publicada en 1943, el cronista oficial de la provincia de Sevilla, José Andrés Vázquez, lo presentó como "escribano público" a cargo "de la escribanía de la villa", de Fregenal; M. Medina Gata lo denominó Secretario de la Inquisición de Llerena; M. Mora Mantero, Secretario Perpetuo del santo Oficio; y Ben Bekers afirmaría que "su padre tenía el puesto de notario del santo Oficio". Puede decirse, pues, que no está aún esclarecida esta cuestión, y que para hacerlo parece ha de analizarse detenidamente, por un lado, la información testifical de 1560 antes aludida, como fuente histórica fundamental que es, y precisando, por otro, poner en claro lo que eran los notarios de la Santa Inquisición.

Respecto a la información testifical, habida cuenta de que en ella declararon personas tan caracterizadas como el propio escribano del Concejo de Fregenal, y que en ninguna de ellas se hizo mención de la condición del padre del maestro como escribano público numerario de esa villa, y que, además, con unos u otros términos, todos se limitaron a vincularlo con la Santa Inquisición, en cuanto familiar, relator o simplemente secretario o notario, debe concluirse que su verdadera condición fue precisa y exclusivamente la de notario del santo Oficio, pero sin que fuera titular de puesto concreto alguno, ni en Fregenal ni en Llerena, sino que habiendo obtenido el necesario título formal y genérico, debió de estar a disposición de la Inquisición para cualquier actuación, preferentemente en el territorio atribuido al tribunal de Llerena; y, asimismo, que dentro de estas actuaciones se comprendía la de relator (o sea, la de hacer relación o resumen del proceso para preparar la decisión judicial), al igual que ocurría con otros tipos de escribanos como los llamados “de Provincia”, o los numerarios de Madrid, tras un privilegio obtenido en 1636.

Pero no se comprenderá bien su actividad como tal notario de la Inquisición si se desconoce la naturaleza de esa condición, que, según lo dicho, sólo impropriamente pudiera llamarse, en cualquier caso, cargo o puesto, como hace Ben Bekers, cuando en realidad era una simple cualificación. En realidad, puede decirse que pese a lo muchísimo que se ha escrito sobre la Inquisición española, falta un estudio sobre sus notarios, como falta asimismo el referente a los aspectos iuscivilísticos de la actividad inquisitorial (es decir, las implicaciones civiles de las confiscaciones, disolución de obligaciones, incapacidad retroactiva e ineficacias negociales sobrevenidas, incluso sobre pago de obligaciones, cartas dotales, etc., así como los muy importantes efectos *post mortem* derivados de la “sumaria a la memoria”, vinculados a los procesos inquisitoriales). Aunque el asunto es sumamente atractivo por estar la figura de los notarios de la Inquisición

conectada por un lado con la tradición de los notarios eclesiásticos, y por otro, con las instituciones civiles, no es posible detallar ahora sus características, facultades o especies. Pero lo que, en todo caso, no puede dejar de indicarse es la falta de fundamento de la contraposición que se advierte a veces, incluso en los más prestigiosos historiadores y tratadistas, entre los notarios y los secretarios de la Inquisición. A la vista de los procesos inquisitoriales más conocidos (Martínez Cantalapiedra, Esteban Jamete, Fray Luis de León), de alguno de los títulos o nombramiento de notarios publicados, así como de los propios formularios impresos (que existen, algunos en la colección propia) del santo Oficio, se ha de concluir que ambos términos de notario y secretario son sinónimos, y que, respecto de ellos, lo mismo se decía dar fe que certificar. Puede afirmarse que la categoría general era la de notario, y que dentro de ella existían cometidos y cargos (que pronto vinieron a patrimonializarse o enajenarse) que tenían denominaciones específicas (de secreto, de secuestros, de azotes). Tampoco puede omitirse la alusión a la evolución general que llevó a la Inquisición desde la utilización que en un primer momento hizo, para sus procesos y escrituras, de los notarios civiles o eclesiásticos comunes, a uno final en que la mayor parte de los cometidos, ya especializados, estaban vinculados a titulares o cargos fijos. Si se examinan los Estatutos de la Congregación de Ministros de la Inquisición se verá cómo la diferenciación entre titulares y no titulares o “secretarios de actos positivos”, es la fundamental en asuntos tales como las precedencias. Existía, pues, dentro de los notarios o secretarios de la Inquisición una contraposición semejante a la imperante en el orden civil entre los simples escribanos o notarios reales y los numerarios, en sus variados oficios, cargos o empleos.

Lo que en todo caso parece indudable es que los notarios de la Santa Inquisición eran auténticos y verdaderos notarios, cuyo ámbito de actuación y facultades venía deter-

minado, sólo y exclusivamente, por la propia competencia del santo Oficio, alcanzando tanto a la esfera judicial como a la prejudicial y a la extrajudicial, en los mismos términos que ocurría con los notarios eclesiásticos, por lo cual los notarios de la Inquisición autorizaban contratos, cartas de pago, poderes, y demás actos vinculados no sólo a los procesos sino a las personas sujetas a su fuero particular. Claro que en el caso de la Inquisición se daban características especiales en cuanto a su nombramiento, retribución, y, sobre todo, a la prohibición, por exigencias del riguroso secreto imperante en las actuaciones inquisitoriales, de retener los documentos autorizados, que por tanto no se incorporaban a protocolos propios sino que se integraban y habían de quedar en el archivo de la institución.

De todo ello cabe concluir que los Benito Arias Montano fueron verdaderos notarios dotados de fe pública por la misma autoridad real y eclesiástica de que estaban investidos jueces y tribunales de la Inquisición. Y siendo esto así, habrá que preguntarse sobre la posible influencia de esta realidad profesional en la vida y obra del gran humanista, pudiendo someramente hacerse aquí referencia a los siguientes aspectos: en primer lugar, el mismo maestro, en su *Rhetorica* (*Rhetoricorum, libri IV*), reconoció la fundamental impronta paterna en su formación, y especialmente su admiración por algo tan importante en un escribano de entonces como era la hermosa caligrafía paterna, y su elegante elocución, valiosísima en un relator; en segundo lugar, la atención prestada por el Doctor Arias Montano a muchos aspectos jurídicos de la vida pública y privada, especialmente en sus obras *Rhetoricorum*, *De optimo imperio*, y *De varia república* que ha llevado al magistrado Antonio Agúndez a incluirlo en el catálogo de juristas extremeños beneméritos; en tercer lugar, la complejidad del testamento otorgado por él, y sus sutilezas jurídicas, entre las que cabe mencionar una cautela revocatoria, con referencia al verso “Tu autem Domine susceptor meus, gloria mea, et exaltans caput meum”; y, fi-

nalmente, la atención reverentemente amorosa prestada a la fe, a la que en su obra *Humanae salutis monumenta*, adjetivaba como *fides diva, dux, vivax, insuperabilis, nusquam egens, eximia, oculata...* Y aunque es manifiesto que quien así decía era, fundamentalmente, un teólogo, también cabe proclamar que tales términos, es decir, el hablar de una fe de esencia divina, de vigor irresistible, virtualidad guiadora, vivaz, jamás indigente, eximia, y penetrantemente clarividente, quedan maravillosamente en boca de un notario, como parece que lo fue el Doctor Arias Montano.