

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENERO - MARZO 2009



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 69, enero-marzo 2009

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ESTUDIOS DOCTRINALES	
FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: "Actuales perspectivas armonizadoras del derecho de copropiedad por apartamentos en Europa"	9
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "El Derecho Civil ante la enfermedad y la muerte"	51
IRURZUN GOICOA, Domingo: "Testamentos y pretestamentos («... sin necesidad de Notario». Artículo 700 CC)"	69
LÓPEZ JIMÉNEZ, David: "La autorregulación del comercio electrónico: los códigos de conducta"	147
LÓPEZ-RENDÓ RODRÍGUEZ, Carmen: "Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo. De Roma al Código Civil español"	173
MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: "La Sociedad Privada Europea: aproximación a una propuesta de reglamento comunitario"	225
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: "El apoderamiento o mandato preventivo"	249
PARRA LUCÁN, M. ^a Ángeles: "El aseguramiento de la vivienda"..	269

	<u>Pág.</u>
POU AMPUERO, Felipe: “Constitución de pareja estable y consentimiento”	351
ROMERO COLOMA, Aurelia María: “Incapacitados judicialmente e incapaces: problemática jurídica”	363

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “Dictamina, que algo queda”..	407
--	-----

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

GARCÍA CANTERO, Gabriel: “¿ <i>Civil Law</i> «versus» <i>Common Law</i> ..., o viceversa?”	411
IGLESIA MONJE, María Isabel de la: “Fernando Campuzano y Horma hipotecarista y agrarista”, Colección Grandes Hipotecaristas, Editorial Fundación Registral, Madrid, 2007. Por José María de la Cuesta Sáenz	441
“Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez”, Universidad de Valencia, 2008. Por José Antonio Doral García	445
VERDERA SERVER, Rafael: “La responsabilidad civil del notario”, prólogo de Vicente L. Montés Penadés, Editorial Thomson-Civitas, Pamplona, 2008. Por Tomás Rubio Garrido	449

NOTICIAS, CONGRESOS Y REUNIONES INTERNACIONALES

“A Manuel Andrino Hernández”. Por Víctor Manuel Garrido de Palma	459
--	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

ACTUALES PERSPECTIVAS ARMONIZADORAS DEL DERECHO DE COPROPIEDAD POR APARTAMENTOS EN EUROPA

JESÚS FLORES RODRÍGUEZ

*Profesor de Derecho Civil
de la Universidad Rey Juan Carlos.*

*Letrado del Colegio Profesional
de Administradores de Fincas de Madrid*

RESUMEN/ABSTRACT: La existencia de un Derecho homogéneo de Propiedad Horizontal para toda la Unión Europea no constituye una utopía inalcanzable. Las diferencias o asimetrías existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión resultan tan sólo aparentemente insalvables, aún a pesar de que sea en el ámbito de los derechos reales donde los esfuerzos dirigidos a la uniformización del Derecho privado tengan sus mayores dificultades. Del mismo modo que ha ocurrido al abordar la posible armonización de la “hipoteca transfronteriza” –la eurohipoteca–, también en este terreno se apuntan como principales motivos obstativos las diferencias que se observan en materia de derechos reales. Sin embargo, examinados los Derechos nacionales de copropiedad más significativos de los Estados de la Unión, es posible localizar destacados lugares en común e importantes analogías, que más allá de lo concerniente al título de copropiedad por apartamentos alcanzan espe-

cialmente a las reglas de organización y gestión. Como ha subrayado recientemente la doctrina, en la organización de la comunidad horizontal las diferencias entre los Derechos de los Estados llegan a ser, en puridad, mayoritariamente terminológicas o semánticas. Todo ello nos permite esbozar un amplio conjunto de puntos de discusión, aún en estado embrionario, a partir de los cuales puedan cimentarse las bases de futuras estructuras jurídicas uniformes. En nuestra opinión, por razones que resultan evidentes, es recomendable que todos los pasos dirigidos hacia la armonización en este campo discurren de forma paralela.

SUMARIO: **I. LA PROPIEDAD HORIZONTAL EUROPEA** **1.** Actuales perspectivas de unificación en materia de derechos reales: el angosto enfoque del Tratado de la Unión. **2.** La constatación de unas estructuras de gestión similares y de análogas dificultades de funcionamiento. **II. ENTRE LEYES ESPECIALES Y CÓDIGOS CIVILES.** **III. EL TÍTULO EUROPEO DE COPROPIEDAD POR APARTAMENTOS.** **1.** Estructura dogmática: sistemas monistas o dualistas. Título y forma. **2.** La personalidad jurídica de la comunidad de propietarios: la asociación o sindicato de comuneros. **IV. LA EXISTENCIA DE REGLAS UNIFORMES DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN.** **1.** Asamblea general. **2.** Los gestores comunitarios: el administrador, Bes-tuurder, Amministratore, Syndic o Verwalter. **3.** Consejo sindical, de administración o de gerencia: los órganos de control. **V. BIBLIOGRAFÍA.**

I. La propiedad horizontal europea

1. Actuales perspectivas de unificación en materia de derechos reales: el angosto enfoque del Tratado de la Unión.

A pesar de la existencia de unos mismos problemas y de una historia política y jurídica afín, así como de unos pilares homogéneos en el conjunto de normas que conforman el derecho de propiedad de los Estados de la Unión Europea individualmente considerados, el Tratado de la Unión no contempla la unificación del Derecho privado en materia de derechos reales. Frente a lo que ha ocurrido en el Derecho de contratos, el ámbito jurídico de los derechos reales y, más concretamente, el de la copropiedad por apartamentos sigue en la actualidad sin recibir un decidido im-

pulso integrador. La ausencia de una perspectiva homogeneizadora en este campo, ni tan siquiera de forma parcial, tiene entre sus principales consecuencias la actual consideración meramente utópica de un Derecho uniforme de Vivienda para toda la Unión, al menos en el aspecto que ahora abordamos.

En este sentido, debe advertirse que el artículo 222 del Tratado de la Unión Europea dispone que “*el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*”, por lo que el derecho de propiedad continúa siendo una materia cuya regulación incumbe en exclusiva a los Derechos nacionales (1). A ello hay que añadir que en el Derecho internacional privado rige el principio *lex rei sitae regit actum*, que encuentra especial reconocimiento en los Tratados internacionales con incidencia en la materia y en el artículo 10 del Código Civil. De esta forma, cualquier intervención o aproximación normativa en la materia mediante normas de Derecho derivado no pueden realizarse, al día de hoy, sino “tangencialmente” (2).

De todos modos, en nuestra opinión, no va a resultar fácil mantener un régimen tan estanco en un ámbito, el inmobiliario, en el que el tráfico entre los Estados miembros ha llegado a convertirse en una destacada cuestión política. En algunos países, como en España, tal flujo ha adquirido una gran envergadura, no sólo en su vertiente puramente económica o financiera, sino como país de acogida de un importante conjunto de la población que circula libremente dentro de las fronteras de la Unión. En efecto, estos importantes movimientos de población, que van camino de conformar una buena parte de las decisiones de política social de la Unión, deberían mover al Consejo Europeo a adoptar decisiones de política jurídica común en este campo, que vayan más allá del tímido e inoecu método del mutuo reconocimiento bilateral de técnicas de operatividad entre Estados.

No obstante, al margen de dicho fenómeno, la copropiedad por apartamentos es hoy en toda Europa, desde el punto de vista jurídico, la principal forma de organización de la propiedad inmobiliaria de viviendas y locales de los nacionales de sus Estados miembros, y aún más lo será en el futuro. Por poner algunos ejemplos, en Alemania, según datos del Ministerio de Justicia, existen cinco millones de viviendas y locales en régimen de copropiedad por apartamentos. Mientras que en Francia, según el Instituto Nacional de Estadística y Estudios Económicos (INSEE), dicho número se eleva a siete millones y medio de propiedades. En el Reino Uni-

(1) BÄRMANN (J.), PICK (E.) y MERLE (W.): *Wohnungseigentumsgesetz*, C. H. Vahlen, München, 2000, p. 69, § 71.

(2) SÁNCHEZ LORENZO, A.: *Derecho Privado Europeo*, Comares, Granada, 2002, p. 30.

do el número de viviendas en *commonhold* alcanza los dos millones, sin tener en cuenta Escocia y el País de Gales.

Siendo la propiedad horizontal la principal forma de organización jurídica de la propiedad sobre una vivienda en toda Europa, y aun existiendo unas importantes semejanzas entre los Derechos nacionales que regulan este fenómeno, tales extremos, sin embargo, no han tenido aún un reconocimiento expreso en el “acervo” comunitario. Como explica TIMMERMANS, esta rama del Derecho en que consiste la copropiedad por apartamentos o propiedad horizontal “se apoya sobre unos pilares prácticamente idénticos, al margen de algunas diferencias terminológicas puramente lingüísticas, por lo que son numerosas las similitudes y raras las diferencias” (3).

Las evidentes analogías que se constatan en el conjunto de Derechos de copropiedad de cada uno de los Estados de la Unión demuestran pues la facilidad con la que puede llegarse a armonizar este ámbito del Derecho privado (4).

Señala, asimismo, SÁNCHEZ JORDÁN (5) que la proliferación de estudios comparatistas en los sectores del Derecho civil, que se ha puesto de manifiesto en los últimos años, no es ajena a la importante producción legislativa de la Unión en forma de Directivas básicamente. Esta circunstancia explica que las tendencias armonizadoras y, en consecuencia, los esfuerzos doctrinales se hayan centrado, al menos por el momento, en aquellos ámbitos del Derecho civil que han merecido una especial atención por parte del legislador comunitario, sobre todo contratos, responsabilidad y protección de los consumidores y usuarios. Ciertamente, esta última perspectiva, fundamentalmente económica, es importante, pero no debe ser la única a la hora de considerar la armonización.

A poco que se explique suficientemente, los ciudadanos europeos –empresarios o simples vecinos– deben ser capaces de comprender la necesidad de unas bases legales comunes en relación con todos los instrumentos que faciliten el tráfico inmobiliario, en las condiciones más beneficiosas posibles desde todas las perspectivas jurídicas: contractuales, hipotecarias y de técnicas financieras. Pero el Derecho privado inmobiliario no acaba ahí. Tras la adquisición de una copropiedad en régimen de condominio en

(3) TIMMERMANS, R.: “Le Droit de la copropriété en France, en Belgique et aux Pays-Bas et les perspectives de l’unification du droit d’appartement en Europe”, *Notarius International*, volumen 8, 3-4, 2003, p. 314.

(4) En este aspecto debe destacarse el interesante trabajo de Derecho comparado realizado por la Union Internationale du Notariat Latin (UINL), titulado *Copropriété & Commonhold, apartment ownership in the European Union, copropriété dans l’Union Européenne*, Amsterdam, 1996.

(5) “La Eurohipoteca”, *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Civitas, Madrid, 2004, p. 4277.

otro Estado diferente del suyo propio –ya sea una vivienda, un punto de amarre en un puerto deportivo, una planta en un edificio de negocios, una nave en un polígono industrial o un local en un centro comercial–, con independencia de su nacionalidad o residencia, el ciudadano europeo debe ser capaz de conocer con certeza y seguridad el Derecho aplicable, sin sobresaltos por tales motivos –ya sea en relación con el alcance o extensión del título de adquisición de la propiedad, las normas de organización y gestión o los derechos y obligaciones derivados de las situaciones de cotitularidad– y esperar la aplicación de unas mismas reglas que, por otra parte, tienen una gran trascendencia social, muchas veces olvidada o minusvalorada. No sólo el desarrollo, sino la exigencia de seguridad y certeza en el tracto inmobiliario, se compadecen mal con la dispersión jurídica y la aplicación de consecuencias diferentes para análogos supuestos de hecho.

En última instancia, tales criterios afectan esencialmente a la convivencia, al disponer la aplicación de un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre los comuneros. Establecen, en definitiva, unas bases y un marco civil idóneo y armónico para el desarrollo de la convivencia y de las relaciones de vecindad que no debe ser desdeñado.

2. La constatación de unas estructuras de gestión similares y de análogas dificultades de funcionamiento.

En primer lugar, debe llamarse la atención sobre el importante trabajo de Derecho comparado llevado a cabo en esta materia por el Senado francés en fechas bien recientes sobre las formas de gestión de las situaciones de copropiedad o condominio (6), estudio que arroja como conclusión más destacada la de que tal gestión se desarrolla de forma similar u homogénea en la mayor parte de los Estados de la Unión.

En efecto, examinados algunos de los Derechos más relevantes de los Estados de la Unión Europea (Alemania, Bélgica, España, Francia, Holanda y Reino Unido), que destacan por su importancia y tradición jurídica en este campo, se observa que en iguales circunstancias se encuentran previstas análogas soluciones de gerencia para iguales problemas planteados. Así, en todos ellos la administración de la comunidad o copropiedad se encuentra atribuida de forma originaria al conjunto de los propietarios, aunque éstos deben tomar sus decisiones obligatoriamente en el seno de una Asamblea general ordinaria anual o, en cualquier otro momento, pre-

(6) Este documento lleva como rúbrica “La gestion des copropriétés”, en *Documents de travail du Sénat, série Législation comparée*, número LC 172, Mai, 2007, pp. 7 y ss.

via la convocatoria de Asambleas extraordinarias sin limitación alguna. Las mayorías exigidas para la toma de tales decisiones son variables, aunque se parte de unos mismos principios. Tales mayorías oscilan, generalmente, desde la exigencia de mayoría simple –para los asuntos de administración corriente– y la unanimidad –para los más graves–, u otras mayorías cualificadas en función de las circunstancias de cada caso concreto, teniendo presente la entidad o importancia de la decisión a adoptar para el conjunto de la comunidad, pero de forma muy similar en todos los casos.

No obstante, por una necesidad puramente funcional, los comuneros se ven en la obligación de delegar la ejecución de las decisiones que se adopten de forma asamblearia en órganos de administración y representación creados al efecto, es decir, se atribuye la gestión de la comunidad a un administrador, al que corresponde ejecutar las decisiones de la Junta general o del sindicato y llevar a cabo la gestión ordinaria, así como representar a la comunidad judicial y extrajudicialmente cuando sea necesario. Ahora bien, existen algunas destacadas diferencias. En el Reino Unido es el Consejo de administración de la sociedad propietaria de los servicios, elementos e instalaciones comunes –que no debe confundirse con el Consejo de control o gerencia existente en otros ordenamientos– el que asume esta función.

La designación de un administrador es obligatoria prácticamente en todos los Derechos, salvo en Italia, donde sólo debe existir en aquellos inmuebles que tengan más de cuatro propietarios; y, con ciertos matices, en España, en la medida que la administración del inmueble puede recaer en la figura del presidente, que, a diferencia de lo que ocurre en el resto de Derechos, es el representante de la comunidad y no el administrador.

Asimismo, con la única excepción de los Países Bajos, el administrador se elige por la Junta o Asamblea por un período determinado, que podrá generalmente ser ampliado por lo dispuesto en los Estatutos o en el Reglamento aunque limitadamente: un año en España y en Italia, tres años en Francia o hasta cinco años en Alemania o en Bélgica, mientras que en el Reino Unido el Consejo de Administración debe ser renovado cada año por terceras partes.

Los comuneros, considerados desde una perspectiva individual, pueden participar en la gestión ordinaria del inmueble a través del Consejo sindical u órgano equivalente, órgano que tiene carácter facultativo en Alemania, Bélgica, Italia o España.

Además, en algunos países, la comunidad debe nombrar obligatoriamente un presidente, elegido de entre los condueños, que presidirá la Asamblea o el Consejo sindical, por un período de tiempo generalmente indeterminado. Pero sin duda, como ya hemos advertido anteriormente, el caso

más paradigmático, por su carácter atípico en relación con el resto de Estados de la Unión, es el de España, donde la representación del inmueble no recae en el administrador, sino en un presidente, que habrá de resultar designado de entre los copropietarios por un año y que debe desempeñar su cargo de forma obligatoria. Es más, en el caso en que la comunidad no haya designado un administrador, tal cargo será ejercido acumuladamente por el presidente.

Al margen de los aspectos puramente orgánicos, también se ha observado que los problemas a los que se enfrenta el Derecho de copropiedad de cada Estado son prácticamente los mismos, por lo que resulta imposible evitar las analogías. En efecto, en los últimos quince años buena parte de las normas de copropiedad de los Estados miembros han sufrido modificaciones o adiciones de diversa índole. Es el caso de Alemania en 2007, Bélgica en 1994, España en 1999 y 2003, Francia en 2004 u Holanda en 2005, Estados en los que se han realizado reformas dirigidas fundamentalmente a aligerar las mayorías exigidas –básicamente la unanimidad– para facilitar la adopción de decisiones para la realización de obras o instalaciones de interés general en el inmueble o modificar los documentos fundacionales de la comunidad (título, reglamento y, en su caso, estatutos), o bien dando lugar a la creación de fondos de reserva, mejorar los criterios exigidos para la llevanza de la contabilidad presupuestaria o de impulso de medidas de lucha contra la morosidad, entre otras medidas que deban destacarse por su carácter sobresaliente.

II. Entre leyes especiales y códigos civiles

Los Estados de la Unión, conforme a su tradición jurídica, han optado entre dos sistemas diferentes a la hora de legislar sobre el derecho de copropiedad por pisos-apartamentos en sus propios territorios. De esta forma, mientras Bélgica, Italia, Holanda o Portugal han preferido incluir las disposiciones relativas a esta forma especial de copropiedad en un capítulo específico del Código Civil, otros países, como España, Italia o Francia, han optado por publicar una ley especial.

De otra parte, es importante subrayar que en muchos de estos Estados, como ocurre especialmente en el caso particular de Alemania, Reino Unido y Holanda, tales disposiciones legales tienen “naturaleza dispositiva”, o lo que viene a significar lo mismo, no son normas de *ius cogens* o de Derecho imperativo, lo que permite que el título fundacional de la copropiedad, estatutos o reglamentos, pueden derogar tales disposiciones y sustituirlas por pactos particulares entre los comuneros, lo que confiere al sistema una gran flexibilidad. Vayamos por partes:

— **Alemania.** La indivisión, en general, es objeto de regulación en los § 741 ff del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), referentes a la comunidad *pro indiviso*, así como en los § 241 ff BGB, relativos a las obligaciones. Ahora bien, la copropiedad por apartamentos es objeto de una detallada regulación en la Ley especial de vivienda de 15 de marzo de 1952 (*Wohnungseigentumsgesetz*, WoEigG o WEG). Esta última disposición, modificada por las leyes de 19 de marzo de 1974 y de 14 de diciembre de 2006, significó en Alemania un intento de superar esquemas ya desechados que seguía contemplando el BGB, que concebía esta copropiedad especial como un derecho de superficie en el derogado § 1014. Salvo en las normas referentes a la disolución del condominio o el nombramiento y competencias del administrador —que son de orden público y, por tanto, indisponibles—, dicha ley tiene carácter dispositivo.

— **Bélgica.** La copropiedad por pisos tiene su antecedente en la Ley de 8 de julio de 1924, aunque su regulación actual no la encontramos en una Ley especial, sino en los artículos 577-2 a 577-14 del *Code Civil* (CC), en la redacción dada por la Ley de 30 de junio de 1994, normas fundamentalmente de carácter imperativo e indisponibles para las partes.

— **España.** En nuestro Derecho civil común, la primera gran reforma del ámbito de la copropiedad por pisos o apartamentos hay que buscarla en la modificación del artículo 396 del Código Civil a través de la Ley de 26 de octubre de 1939, tras la Guerra Civil, que reconoce la propiedad singular de cada piso o local junto a la copropiedad sobre los restantes elementos comunes, si bien como accesorio de aquélla. Veinte años después, la Ley especial 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, representó en España —como señala su Exposición de Motivos— la ordenación *ex novo* de la propiedad de casas por pisos, pese a la multitud de objeciones e inconvenientes observados por ciertos sectores de la doctrina de aquel momento y que el transcurso del tiempo ha desmantelado completamente. Entre tales problemas, SELFA PEDRÓS destacaba, resumiéndamente, los siguientes: “el problema de la intensificación de los litigios; la paralización de la circulación de la propiedad en el tráfico inmobiliario por el colapso que supondría la ausencia de transmisiones al disponer todas las familias de vivienda; la ausencia de ornato y decoro de las ciudades; la ruptura del principio de unidad hipotecaria; y, por último, la alteración del buen orden del Registro de la Propiedad” (7). El artículo 396 del Código —como en general la disciplina de las comunidades de bienes—

(7) SELFA PEDRÓS, E.: “La propiedad por pisos. Su regulación como propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960”, RGD, número 16, 1960, p. 1013.

recoge las notas esenciales de este régimen de propiedad, quedando como norma de remisión. Hay que tener en cuenta que las más solventes formulaciones conceptuales en torno al edificio dividido por pisos no aparecen en España sino hasta los años treinta del siglo XX, al hilo del avance demográfico y de la situación creada en el mundo rural que produjo en toda Europa una importante concentración de población, convirtiendo las pequeñas ciudades en populosas y complicadas urbes, originando problemas sociológicos de muy variada índole, así como otros urbanísticos igualmente complejos.

— **Francia.** Seguramente sea en Francia donde la propiedad horizontal tiene su más acabado y extenso sistema jurídico. La copropiedad por pisos fue objeto de regulación inicialmente mediante la Ley francesa de 28 de junio de 1938, que con el tiempo acabó transformándose en la vigente *Loi* número 65-557, de 10 de julio de 1965, desarrollada de forma profusa por el *Décret* 67-223, de 17 de marzo de 1967, reformado últimamente por el *Décret* 2004-479, de 27 de mayo de 2004. A estas normas hay que unir, por su importancia, la *Loi Hoguet* 70-9, de 2 de enero de 1970, reguladora de las condiciones de ejercicio de la actividad profesional del *Syndic* o *Administrateur de biens* francés (8).

— **Holanda.** En el Derecho holandés debe destacarse la Ley de 20 de diciembre de 1951, que regula esta especial forma de copropiedad en el libro V del Código Civil (*Bruggerlijk Wetboek*, BW), más concretamente en los artículos 106 a 147 BW.

— **Italia.** El antecedente lo encontramos en el Real Decreto número 56, de 15 de enero de 1934, que posteriormente se transformó en la Ley número 8, de 10 de enero de 1935, que regula *ex integro* la disciplina jurídica del condominio, y que se incorporaría definitivamente al *Codice civile* de 1942, vigente en la actualidad (9).

— **Portugal.** La copropiedad por apartamentos se encuentra regulada en los artículos 1414 a 1438 del nuevo Código Civil portugués, el Decreto número 268/94 y 269/94, de 25 de octubre, aunque tienen su origen

(8) En el Derecho francés suele destacarse, en el origen del estudio de la institución, las obras de CAPITANT, H.: *L'indivision, repetitions écrites de droit civil approfondi, Cours de droit*, París, 1927; y JULLIOT, C.: "Le nouveau statut de la copropriété des immeubles divisés para appartements", *Journal des Notaires et des Avocats*, París, 1938.

(9) En Italia, el primer estudio doctrinal importante de este nuevo fenómeno socio-jurídico corresponde a PERETTI-GRIVA, D. R.: *Il Condominio di case divise in parte*, UTET, Turín, 1942.

en una legislación especial anterior de 1955, definitivamente incorporada al Código en 1966.

— **Reino Unido.** La copropiedad por apartamentos se encuentra regulada por *The Commonhold and Leasehold Reform Act 2002*, que no se aplica en Escocia, pero sí, con ciertas modificaciones, en el País de Gales. Esta importante disposición debe completarse con otras normas de rango reglamentario, como *The Commonhold Regulations 2004* y *The Commonhold (Land Registration) Rules 2004*.

III. El título europeo de copropiedad por apartamentos

1. Estructura dogmática: sistemas monistas o dualistas. Título y forma.

En lo concerniente a la naturaleza y estructura del título de copropiedad por apartamentos, todos los ordenamientos jurídicos nacionales de la Unión tratan de una forma o de otra de ofrecer una solución que permita conciliar el derecho de disfrute o aprovechamiento independiente exclusivo, que corresponde a cada propietario a título privativo, con el de las partes, elementos, instalaciones o servicios comunes del edificio sobre los que a su vez se ostenta la propiedad compartida.

En este sentido, a la hora de abordar la estructura dogmática del derecho de copropiedad, tradicionalmente se ha distinguido entre aquellas aproximaciones que parten de una explicación del fenómeno desde una perspectiva dual —régimen dualista— y, de otra parte, aquellas otras que siguen un régimen monista u omnicompreensivo (10).

En el primer caso —en el sistema dualista—, cada uno de los propietarios tiene atribuido dos tipos de derechos distintos, aunque íntimamente relacionados, esto es, un derecho exclusivo sobre una parte privativa del inmueble, e inseparablemente unido a este mismo derecho, un derecho de copropiedad o propiedad compartida con el resto de comuneros relativo a las partes, instalaciones o elementos destinados a uso común, comprendido el terreno o suelo donde se ubica el edificio. En tales situaciones, el propietario del local o apartamento detenta un derecho sobre una parte privativa de la que ostenta el pleno dominio, pero de otra parte participa con el resto de vecinos en las zonas, instalaciones, servicios o elemen-

(10) Sobre esta cuestión cabe destacar, por todas, las siguientes aproximaciones: BOURNIAS, A.: "Les formes juridiques de la propriété d'étage ou d'appartement en droit comparé", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1979, p. 593; IONASCU, A.: "La propriété par appartements", en *Études offertes à René Rodières*, Dalloz, París, 1981, p. 113.

tos comunes a título de copropietario. Este sistema dualista es el mayoritariamente seguido en los ordenamientos jurídicos de los países que integran la Unión, por lo que debe considerarse como la regla general.

Por el contrario, en el “régimen monista” no conviven en el derecho de copropiedad aquellas dos facultades o elementos diferenciados, pues como regla de principio se reconoce un único derecho, que constituye una unidad. Así, el inmueble en su conjunto tiene la consideración o naturaleza de propiedad común o copropiedad, si bien cada propietario posee una facultad de uso o disfrute exclusivo sobre una parte determinada del mismo. Por tanto, el derecho de copropiedad, único existente, lleva aparejado o unido una potestad sobre una zona privativa determinada, cuyos efectos no desvirtúan la unidad. Precisamente, este es el sistema seguido en Holanda.

Sin embargo, como advierte TIMMERMANS (11), la distinción entre ambos regímenes es relativa, pues en estos casos el derecho, aunque se conciba como único, es el resultado de la unión, por un lado, de un derecho de uso de una parte privativa y, de otro, de la relación de comunidad entre los condueños en lo que concierne a las partes compartidas. Además, tanto en uno como en otro sistema, tal facultad sobre una porción privativa del inmueble tiene la consideración de un auténtico derecho real, limitado o no, lo que implica que el propietario pueda en cualquier caso gravarlo, alquilarlo y aun enajenarlo.

En Estados como Francia, Bélgica, España o Italia, la perspectiva dualista del derecho dio lugar, en su momento, al nacimiento del concepto de “aprovechamiento independiente”, o más concretamente de “*lot*” o “*kavel*”, como presupuesto imprescindible para la existencia de la propiedad separada. En tal concepto se reúne un derecho sobre la plena propiedad sobre una parte privativa y, de otra, de una cuota-parte sobre los elementos comunes del inmueble. No debemos olvidar que en todos los ordenamientos de los Estados de la Unión se reconocen derechos de uso y disfrute exclusivo de naturaleza autónoma sobre las partes comunes del inmueble, que tienen una mayor o menor concreción o desarrollo legal, doctrinal o jurisprudencial según el Estado de que se trate. Es más, en algunos de ellos, como en Francia o en España, constituyen una especial categoría de derechos. Precisamente, la particularidad de este derecho privativo se encuentra en el hecho de que atribuye el uso de una parte común del inmueble a un único copropietario, aunque no desnaturaliza el carácter común de tales elementos. Tal derecho, como regla general, debe encontrarse reconocido en el título de división horizontal, reglamento o estatutos contenidos en el mismo.

(11) Ob. cit., p. 303.

En algunos Derechos, como el francés, los inmuebles en construcción se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las leyes de copropiedad, en la medida en que no resultan habitables, lo que desnaturaliza el propio derecho. En este sentido, la jurisprudencia suele hablar de “expectativa de derecho” o “de derecho transitorio” (“*lot d’attente*” o “*lot transitoire*”), pero bajo el común denominador de su consideración como un verdadero derecho. El resto de ordenamientos guardan habitualmente silencio sobre este punto, si bien generalmente se acepta la venta de apartamentos “en construcción” con la única condición de que el título, reglamento o estatutos hayan sido ya establecidos o se hayan establecido las bases para su definición.

En Alemania, la cuestión es algo más compleja, lo que requiere una explicación aparte. Efectivamente, la WEG diferencia un derecho de propiedad de carácter real y exclusivo y una cuota de participación sobre el conjunto al que se vincula inseparablemente. La razón de esta nueva y particular forma de propiedad se encuentra en el hecho de que el BGB no diferenciaba la propiedad del alojamiento independientemente de la propiedad del terreno sobre el que se construía el edificio (aunque los derechos particulares de algunos Estados Federales antes de la entrada en vigor del BGB conocieron, no obstante, lo que se calificó como “propiedad por apartamentos”). De esta forma, el piso o local se vinculaba, no sólo de forma efectiva, sino también jurídicamente, al terreno de forma inseparable. Precisamente, para ofrecer la posibilidad de adquirir una propiedad sobre viviendas o alojamientos diferenciados –o de una parte definida o concretada de aprovechamiento particular dentro del edificio–, la WEG se redactó al margen del Código Civil. Esta nueva construcción jurídica se fundamenta en el hecho de que la propiedad sobre el terreno se distribuye en función del número de alojamientos, viviendas o locales existentes, y cada futuro propietario recibe una parte de este terreno. Cada parte se convierte así en un derecho inmobiliario propio y autónomo que consta separadamente en el Registro de Propiedad. De esta manera, la venta de una parte privativa no tiene consecuencias sobre el resto de copropietarios.

Es en el Derecho del Reino Unido donde encontramos las mayores diferencias en cuanto al título. En efecto, los importantes problemas de falta de simetría en algunos campos jurídicos y las consiguientes dificultades a la hora de su armonización no se plantean en el ámbito contractual, sino en otras áreas, en especial en materia de derecho de propiedad y de derechos reales en particular, por las profundas diferencias existentes entre el modelo del Derecho romano, que sirve de base a la construcción del Derecho de propiedad del *civil law*, y el modelo feudal, fundamento

de la propiedad del *common law* (12). En este Derecho, la copropiedad –*Commonhold*– permite desde 2002 vincular la plena propiedad de determinadas partes del inmueble a la pertenencia a una sociedad –la *Commonhold Association*–, que es propietaria del edificio y que garantiza su conservación y mantenimiento. Hay que tener en cuenta que la mayoría de los sujetos que ocupan un apartamento no disfrutan de su plena propiedad, sino que tan sólo son titulares de un *leasehold*, esto es, un derecho por tiempo determinado. Es decir, en el Reino Unido, el Monarca ha sido tradicionalmente el único propietario del suelo y los ocupantes sólo disponían de una facultad de uso o disfrute, de un derecho de arrendamiento a largo tiempo. Sin embargo, la reforma de 1925 introdujo en el Derecho inglés una forma de propiedad similar al continental (*freehold*). También existe un título de ocupación igualmente próximo al derecho de propiedad, aunque sin equivalente en aquél: el *leasehold*: un derecho de ocupación o arrendamiento sobre el inmueble por cien años o más. De esta forma, los vecinos pueden ser arrendatarios o titulares de un derecho de ocupación (*leasehold*), resultado de un contrato celebrado con quien ya ostenta un derecho de plena propiedad (*freehold*). Este último asegura la gestión y la conservación de las zonas e instalaciones comunes y conserva la propiedad de tales elementos, así como del terreno. El *leasehold* puede ser enajenado, e incluso hipotecado.

En todos los Estados, como regla general, la creación de un derecho de copropiedad requiere de la redacción u otorgamiento de una escritura, documento público o acta notarial seguida de la publicación o inscripción de la misma en un Registro.

En este sentido, en todos los casos, son necesarios dos documentos complementarios: por un lado, el acta de división o división horizontal, que describe de forma detallada las partes o elementos privativos y los comunes del edificio, además de asignar una cuota de participación en el total valor del inmueble; y, por otro, el reglamento o estatuto (término este último que proviene del Derecho de sociedades) de la división, en el que se incluyen los derechos y obligaciones, que resulta de la participación en tales elementos comunes. A partir de la redacción del primer documento, y de su inscripción en el correspondiente Registro, será posible ceder o gravar la propiedad privativa, en la medida en que tales bienes, o los derechos reales que sobre los mismos recaen, aparecen descritos de forma individualizada. Por el contrario, a partir de tales reglamentos –que no deben confundirse con los reglamentos de orden o régimen interno tan

(12) SAMUEL, G.: “English Private Law in the Context of the Codes”, *The Harmonisation of European Private Law*, M. Van Hoecke, M. y F. Ost (eds.), Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2000, p. 52.

habituales en algunos países— o estatutos, es posible conocer —y oponer— los derechos y obligaciones que van unidos a la cualidad de condueño, y que comprende todo un conjunto de reglas que regulan “relaciones de vecindad” entre todos ellos. En este sentido, por su particularidad, pueden citarse, a título de ejemplo, el artículo 577-4 del Código Civil belga; o el artículo 5: 109 del Código Civil holandés, o todo el texto del *Décret* de 4 de enero de 1955, que, en Francia, regula esta materia de forma concreta, entre otros.

En la práctica notarial, la costumbre, en todos los casos, suele ser la de incorporar uno y otro documento —división y reglamento— en un acta o escritura única.

En este sentido, resulta interesante la propuesta realizada desde algunos sectores de un “*reglamento tipo europeo*”, a imagen del reglamento tipo holandés, que define de forma uniforme los derechos y deberes de los propietarios, aunque para toda la Unión (13).

2. La personalidad jurídica de la comunidad de propietarios: la asociación o sindicato de comuneros.

Mediante la expresión asociación (en Bélgica u Holanda) o sindicato de propietarios (en Francia) o entidad funcional *sui generis* (en el resto de países), se designa o identifica al conjunto de los comuneros. Su existencia como entidad con personalidad jurídica propia es obligatoria en aquellos Estados de la Unión que reconocen esta figura, la mayoría. El sindicato queda formalmente constituido desde el momento en que concurren en la comunidad al menos dos propietarios; y, por principio, es el órgano decisorio del condominio, si bien su voluntad sólo puede expresarse a través de la Asamblea o Junta general debidamente convocada al efecto.

El derecho de copropiedad, que tiene la consideración de derecho real, y el derecho personal que ostenta cada uno de los condueños en razón de su pertenencia a la misma, se encuentran estrechamente relacionados. En este sentido, todo comunero, por el hecho de ser propietario, pertenece a la comunidad, es decir, es miembro de pleno derecho de la asociación, sindicato o entidad que representa al conjunto de condueños. Ahora bien, la particularidad de buena parte de los derechos de copropiedad de los Estados de la Unión se encuentra en que tal “asociación”, “sindicato”, “entidad” o “conjunto” de comuneros se encuentra dotado de personalidad moral distinta de los propietarios que la integran, es decir, tiene personalidad jurídica independiente. Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, tras la reforma de la WEG en 2007; o en Austria, Bélgica, Finlandia,

(13) TIMMERMANS, R.: ob. cit., p. 314.

Francia, Holanda o, de forma particular, en el Reino Unido. Por el contrario, España, Italia o Portugal no reconocen aún tal personalidad jurídica a la comunidad.

El reconocimiento de la personalidad jurídica al sindicato de propietarios no influye necesariamente en la titularidad dominical del edificio y sus elementos, es decir, no transforma la naturaleza jurídica de los derechos privativos que coexisten en la copropiedad. Además, permite justificar determinadas actuaciones de la comunidad sin mayores problemas, como la disposición o enajenación, arriendo o adquisición de elementos comunes por la misma, así como eventuales problemas de legitimación.

El sindicato, según hemos visto, está integrado por el conjunto de los condueños, es decir, designa en realidad a la unión del grupo compuesto por todos los propietarios, pero no es una realidad contractual, aunque pueda surgir de este título, sino un *verdadero instituto*. De esta forma, le corresponde, como fin esencial, la conservación del inmueble y la administración de las partes comunes, para lo cual ostenta capacidad para contratar, adquirir y enajenar, con los límites y dentro de las previsiones establecidas en la Ley. Es, por tanto, el órgano soberano de la comunidad, pero necesariamente ha de expresar su voluntad mediante el instrumento de la Asamblea general y a través de los acuerdos de los comuneros.

En definitiva, la personalidad jurídica de la que se encuentra dotado el instituto le permite intervenir judicialmente con plena legitimación activa y pasiva, ser sujeto independiente de derechos y obligaciones y soportar responsabilidad frente a terceros. El sindicato funciona a través de órganos, de forma que lo actuado por tales órganos pueda imputarse a la asociación como si hubiera sido realizado por ella misma, sobre la base de las decisiones adoptadas por la Asamblea, o lo ejecutado por el administrador, presidente o por los órganos de colaboración o de control. En efecto, el conjunto de comuneros forma el sindicato de copropietarios que asume la defensa de los intereses comunes y que se reúne al menos una vez al año en una Asamblea general.

En este sentido, la asociación o sindicato de copropiedad, es decir, la comunidad como entidad funcional independiente, no nace desde el momento en que se otorga el título, contrariamente a lo que ocurre con las personas jurídicas en general, es decir, a partir del acto jurídico fundacional, sino desde el momento en el que los pisos o locales pertenecen a diferentes personas, por lo que debe distinguirse entre nacimiento y funcionamiento de la asociación (14).

(14) MARTIN, R.: "La naissance de la copropriété", en *Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière*, 1990, p. 1032; TIMMERMANS, R.: ob. cit., p. 311.

Competencias del sindicato serán, pues, las propias de la comunidad, esto es, la conservación y mantenimiento de los elementos, servicios e instalaciones comunes del edificio –y no de las partes o elementos privativos–, así como la administración o gestión económica de aquél.

En ausencia de definición o caracterización del condominio –como ocurre en el Derecho italiano y en el resto de ordenamientos en los que la comunidad carece de personalidad jurídica–, su estudio suele efectuarse al hilo de la defensa de las tesis de los que o bien pretenden dotar de personalidad jurídica al condominio (15) o bien niegan esta personalidad (16). Ahora bien –como reconoce RESCIGNO (17)–, mediante el instrumento de la personalidad jurídica se simplifica notablemente el proceso de imputación de los derechos a la pluralidad de individuos que componen el grupo, y se asegura la continuidad de las situaciones o relaciones cuando se produce el cambio de titularidad dominical en la propiedad privativa. Ello es una consecuencia de que el condominio configura un “grupo” regulado por el Derecho, de forma que pueden reconducirse, a través de esta dinámica de funcionamiento, lo individual hacia la unidad, emergiendo así una voluntad del grupo distinta de los propietarios. Un elemento revelador de la personalidad del condominio sería precisamente la existencia de la propia Asamblea, pues este término responde a la técnica y a la institución jurídica de la organización colectiva. Por el contrario, la tesis doctrinal que niega la personalidad jurídica a la comunidad suele considerar el condominio como una subespecie de cotitularidad o comunidad de derechos subjetivos, de carácter forzoso o permanente, necesario y no accidental (18). Más modernamente, suele hacerse referencia al condominio, no en un sentido estático recayente sobre una comunidad indivisa necesaria para ejecutar las mismas funciones que puedan corresponder a una propiedad privativa o singular, sino como un ente de gestión que persigue asegurar el buen funcionamiento de los intereses comunes y la adecuación e integración de derechos comunes e individuales. Para ello, suele partirse de su consideración como una entidad de hecho distinta de los propietarios considerados a título individual, es decir, dotada de una organización propia y titular de situaciones jurídicas propias (19).

(15) BRANCA, G.: *Comentario del Codice Civile*, libro III, dirigido por SCIALOJA y BRANCA, Zanichelli-Foro italiano, Bolonia-Roma, 1965, p. 414.

(16) La Asamblea no tiene naturaleza de órgano del condominio y sólo impropriamente puede hacerse referencia a la misma como tal órgano (SALIS, L.: “Il Condomini negli Edifici”, en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por VASSALLI, tomo V, vol. 3.º, 2.ª ed., UTET, Turín, 1959, p. 1140).

(17) “Proprietà”, *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXVII, Giuffrè, Milán, 1988, p. 264.

(18) BRANCA, G.: ob. cit., p. 316.

(19) VITO NAPOLI, E.: *Il Condominio negli Edifici*, Cedam, Milán, 2000, p. 9.

Los autores que han abordado el tema de la naturaleza jurídica de la comunidad oscilan entre distintas hipótesis (propiedad parcial o única según se sostenga una tesis dualista o monista, propiedad plural integral, derecho *sui generis*, etc.), aunque existe un cierto consenso en referirse al condominio como un ente de gestión de naturaleza legal provisto de autonomía a la hora de adoptar decisiones, lo que lo aleja de planteamientos en torno al derecho de asociación o de sociedades.

La organización del condominio italiano o español puede considerarse la antítesis del régimen francés de copropiedad, por la parquedad y la sencillez de su estructura orgánica, lo que ha redundado en una muy elaborada doctrina, así como en una prolífica jurisprudencia a la hora de abordar, de forma constante y con una gran solvencia técnica que debemos tener muy presente, aspectos sustantivos de la administración del inmueble en copropiedad.

Por último, en el Reino Unido, cuyo Derecho difiere notablemente del continental, como venimos observando, el conjunto de propietarios se constituye en una *sociedad de responsabilidad limitada* que asume la propiedad de las partes comunes del inmueble. De esta forma, la situación de cotitularidad existente se rige no sólo por sus leyes especiales, sino por el Derecho de sociedades. La sociedad propietaria de las zonas comunes se encuentra dirigida y gestionada por un Consejo de administración.

IV. La existencia de reglas uniformes de organización y gestión

El orden jurídico necesariamente produce organización, que es siempre necesario para el desarrollo y la perdurabilidad de todo ente colectivo. Y la organización, en el ámbito que nos ocupa, presupone, por esencia, órganos a través de los cuales puedan manifestarse y ejecutarse las decisiones de la comunidad, es decir, la voluntad organizada de los condueños. En efecto, a este propósito es necesario que la administración y la representación de la comunidad recaigan en órganos que eviten los inconvenientes y dificultades que implicaría que la gestión fuera llevada a cabo de propia mano por todos los comuneros. Esta idea se encuentra implícita en el conjunto de ordenamientos de los Estados de la Unión, ya atribuyan, cuando más, personalidad jurídica a la comunidad o, cuando menos, una cierta entidad o subjetividad funcional suficiente para desenvolverse de forma autónoma.

1. Asamblea general.

La Asamblea es el órgano deliberante de la comunidad e incluye en su seno a todos los propietarios. Se reúne al menos una vez al año de for-

ma obligatoria en sesión ordinaria, convocada por el administrador o por el presidente, según los casos, o por un número determinado de propietarios, normalmente por un número de aquellos que represente una parte reducida, aunque lo suficientemente significativa de los votos y las cuotas, que depende de cada Estado.

— **Alemania.** En el Derecho alemán, como regla general el § 23 WEG exige que los asuntos sobre los que deba resolver la comunidad según la Ley o el reglamento se decidan por la Asamblea mediante acuerdos adoptados por los propietarios que la integran. La Asamblea es, por tanto, convocada por el administrador, que la preside, al menos una vez al año, o cuando lo haya previsto el reglamento o lo soliciten al menos la cuarta parte de los propietarios. Sus atribuciones son análogas a las de los diferentes sistemas de gestión del Derecho comparado, por lo que no entraremos a analizar este aspecto.

A los efectos de la adopción de acuerdos, el quórum se consigue cuando la mitad de las cuotas de participación se encuentran presentes en la Junta. A falta de quórum es necesaria una nueva Asamblea general que debe ser convocada con el mismo orden del día, que podrá ya quedar válidamente constituida con independencia del número de cuotas. En la práctica, el reglamento de copropiedad puede prever que la Asamblea pueda deliberar y adoptar decisiones válidamente cualquiera que sea el número de cuotas presentes, dada la gran flexibilidad de la que se encuentra dotado este ordenamiento jurídico —la WEG—, que permite disponer a las partes del contenido de la propia Ley (como hemos visto, la Ley de propiedad de vivienda alemana es *ius dispositivum* en su mayor parte).

Cada propietario dispone de un voto con independencia del coeficiente de participación que ostente y del número de propiedades que posea, como también ocurre en el resto de Derechos nacionales como regla general, aunque el reglamento puede prever otras reglas diferentes en sentido contrario.

Las decisiones atinentes a la gestión ordinaria del inmueble son adoptadas por mayoría simple, pudiendo el reglamento de la comunidad derogar el principio general de la unanimidad y establecer una mayoría determinada para cada tipo de asunto. Aun así, la reciente reforma de la WEG por la Ley de 16 de febrero de 2007 ha derogado puntualmente la regla de la unanimidad sustituyéndola por otra cualificada menos rigurosa. Así, es suficiente el acuerdo de las tres cuartas partes de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas, para adoptar determinadas decisiones, como ocurre cuando se quieren llevar a cabo acciones o intervenciones dirigidas fundamentalmente a la “modernización del inmueble” o a realizar “adaptaciones técnicas” en el mismo. Tal es el caso de la insta-

lación de un ascensor, de infraestructuras comunes de telecomunicación, dispositivos de ahorro energético, etc.

— **Bélgica.** En el Derecho belga —arts. 577-6 a 577-7 CC—, la Asamblea, que igualmente se reunirá una vez al año, es convocada por el síndico o administrador, aunque también debe celebrarse cuando la solicita un conjunto de propietarios que represente al menos el 20 por 100 de las cuotas de participación.

El quórum de asistencia se consigue sólo cuando concurren la mitad de los propietarios que a su vez representen la mitad de las cuotas de participación. A falta de quórum es necesario celebrar una nueva Asamblea en el plazo de quince días, que podrá adoptar acuerdos independientemente del quórum que se alcance.

— **Francia.** En el Derecho francés, la Asamblea también constituye el órgano colegiado fundamental de la copropiedad, y es objeto de regulación en los artículos 17, 22 a 26 de la *Loi* de 1965. Ni el síndico ni el Consejo sindical pueden adoptar decisiones por sí mismos que sean de la competencia de la Asamblea general (20). Más interesantes resultan las circunstancias en las que se desenvuelve la elección del presidente de cada Asamblea y, especialmente, la constitución de la secretaría de cada sesión cada vez que aquélla se reúne, dado que tal “secretaría” no tiene un equivalente en el Derecho del resto de Estados, al menos tal y como se configuran en la copropiedad francesa.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del *Décret* de 1967, la Asamblea debe previamente elegir una secretaría de la reunión o sesión que vaya a tener lugar (*bureau de séance*). Esta secretaría u oficina administrativa de la sesión se compone de un presidente —que no debe confundirse ni con el síndico ni con el presidente del Consejo sindical— y, eventualmente, de un secretario y/o de asesores o encargados del escrutinio. La elección del *bureau de séance* es obligatoria y constituye el primer punto del orden del día de cualquier Asamblea, bajo sanción de nulidad de ésta y de sus acuerdos, por la forma, sin necesidad de acreditar perjuicio alguno. Como regla general, el síndico provee lo necesario para el nombramiento de la secretaría, salvo acuerdo en contrario (art. 15 del *Décret* de 1967), si bien su actividad durante la sesión no debe ser obligatoriamente pasiva, pudiendo formular las recomendaciones o puntualizaciones que como consejero estime necesarias (21).

(20) CA París de 2 de diciembre de 1981, Dalloz, I. R. 1982, 439.

(21) Así, por ejemplo, con ocasión de la Asamblea general ordinaria para la aprobación de las cuentas, le corresponde realizar todas aquellas aclaraciones necesarias solicitadas por los

El presidente de la sesión debe ser designado obligatoriamente de entre los propietarios por mayoría simple al principio de la reunión (art. 24 de la *Loi* de 1965; art. 15 del *Décret* de 1967) (22). Ni el síndico ni sus empleados pueden presidirla (art. 22 de la *Loi* de 1965), aunque, salvo voto en contra por la Asamblea en ese mismo momento, el cargo de secretario será desempeñado por el síndico, que puede estar asistido por un empleado o colaborador (art. 30 del *Décret* de 1967).

— **Italia.** La Asamblea es objeto de regulación en los artículos 1135 y 1136 del *Codice Civile*, relativo el primero a las atribuciones de la misma, y el segundo a la constitución. La Asamblea es igualmente el órgano deliberante del condominio y reúne a todos los condóminos al menos una vez al año. Ésta puede ser convocada por el administrador o a petición de dos propietarios que a su vez representen una sexta parte de las cuotas de participación, aunque en este último caso, si el administrador rehúye realizar la convocatoria, puede ser convocada por cualquiera de los propietarios. La Asamblea es presidida habitualmente por uno de los condóminos.

Para que exista quórum es necesaria la concurrencia de las dos terceras partes de los propietarios que representen las dos terceras partes de las cuotas de participación. Aunque si tal quórum no se consigue se vuelve a realizar una nueva convocatoria, que debe reunirse dentro del plazo de diez días. En tal caso, para poder adoptar acuerdos eficaces será suficiente con que asista un tercio de los propietarios, que a su vez represente un tercio de las cuotas.

En cuanto a la adopción de acuerdos, la regla general es la del voto de la mayoría de los asistentes con la condición de que representen la mitad de las cuotas de participación, aunque en segunda convocatoria bastará el acuerdo correspondiente al quórum, es decir, el voto del tercio de los presentes y representados y de sus cuotas.

En otros casos es necesaria una mayoría cualificada aun en segunda convocatoria. Así, para la aprobación o modificación del reglamento de copropiedad, para el nombramiento o cese del administrador, o para aprobar la realización de obras excepcionales de gran envergadura, es necesario el acuerdo de la mayoría de los propietarios presentes que representen la mayoría de las cuotas. Ahora bien, para aprobar innovaciones destinadas a mejorar el funcionamiento de los servicios comunes o para la ins-

miembros presentes, evidentemente menos informados sobre este aspecto que el síndico (VIGNERON, G.: *Le Syndic de Copropriété*, Litec, París, 2005, pp. 113-114, con cita además de la CA París de 4 de abril de 1991, *Administrer*, enero, 1992, p. 64).

(22) Cass. 3.^a civ., 14 de enero de 1998, *Loyers et Copropriété*, comm. núm. 74; de la misma sala de 17 de febrero de 1999, *Administrer*, abril, 1999, p. 35.

talación de nuevos equipamientos colectivos (como el ascensor) es suficiente el voto favorable de la mayoría del total de los propietarios que representen los dos tercios de las cuotas de participación. Por último, para modificar los criterios de contribución a los gastos y cargas, o para la enajenación de elementos comunes o atribución del uso y disfrute de elementos privativos, es necesaria la unanimidad.

— **Holanda.** En el Derecho holandés, la Asamblea, regulada en el artículo 5: 125 BW, es la autoridad suprema de la asociación de propietarios y puede ser convocada por el administrador o por el presidente de la Asamblea (lo que constituye una particularidad del Derecho holandés de copropiedad frente al resto de ordenamientos). Este presidente también es nombrado por la Asamblea de entre los propietarios, salvo que el reglamento establezca otra regla diferente, por un tiempo en principio indeterminado (art. 5: 127 BW).

Así, la Asamblea adopta las decisiones por la mayoría absoluta de los votos emitidos, salvo que en el reglamento se encuentre prevista otra regla diferente. En general, los reglamentos imponen habitualmente la mayoría de dos tercios para adoptar algunas decisiones, como aquellas que se refieren a los gastos que exceden del presupuesto ordinario de la comunidad. No obstante, sigue requiriéndose la adaptación de un acuerdo unánime cuando se trata de aprobar o modificar el título constitutivo.

— **Reino Unido.** Como en toda sociedad, la *Commonhold Association* debe reunirse al menos una vez al año en una Asamblea general. El quórum de asistencia se encuentra fijado en el 20 por 100 de sus miembros, salvo que los estatutos de la sociedad prevean una regla diferente. Si no se consigue dicho quórum es necesario convocar una nueva Asamblea para la semana siguiente a la misma hora y en el mismo lugar, a menos que el Consejo de administración de la sociedad tome otra decisión.

La Asamblea es presidida por el presidente del Consejo de administración de la sociedad. Cada asociado dispone de un voto. Aunque las votaciones se celebran a mano alzada, los estatutos de la sociedad pueden establecer un sistema de emisión del voto de carácter formal. No obstante, a la hora de votar se computa un voto por "comunero", al que se le suma el valor del mismo.

Por lo demás, la Asamblea anual delibera, como en el resto de casos, sobre el examen y control de cuentas y la aprobación del presupuesto, la actividad de los administradores, su elección o remuneración, etc. Los acuerdos son adoptados por mayoría simple, mayoría de tres cuartas partes o por la unanimidad de los comuneros. Corresponde al reglamento de copropiedad precisar la mayoría exigida en cada asunto o cuestión, conforme a una mayoría ordinaria o extraordinaria.

2. Los gestores comunitarios: el administrador, Bestuurder, Amministratore, Syndic o Verwalter.

La coexistencia de varios propietarios sobre el mismo edificio origina inevitablemente relaciones de naturaleza jurídica entre los mismos, lo que, en la práctica, hace imprescindible la creación de órganos de administración. Tales órganos operan de forma instrumental ejecutando las decisiones de la comunidad, representándola judicial o extrajudicialmente y desarrollando la gestión corriente u ordinaria de la misma, labor dirigida fundamentalmente a la conservación y mantenimiento del edificio, como hemos visto.

En este punto, la labor del administrador es fundamental. La introducción de sistemas profesionalizados de gestión a partir del último tercio del siglo xx ha gravitado precisamente sobre la figura del administrador de fincas. Este tipo de profesional, corriente en los países de nuestro entorno, ha paliado y compensado la ausencia de pericia y capacitación de los copropietarios o la propia Junta o Asamblea, a la hora de abordar un ingente número de obligaciones complejas de muy diversa índole (civiles, jurídico-públicas, financieras, etc.).

Como regla general, las normas de condominio, es decir, las leyes civiles, no contemplan los requisitos de capacidad especial que debe acreditar el administrador para el desarrollo de la profesión —salvo la capacidad general para contratar—, dejando la concreción de las condiciones o del título formativo, académico o profesional habilitante, a las normas del Derecho administrativo. Íntimamente unido a este último aspecto se encuentra el de la obligatoriedad o no de la incorporación a un Registro público o a un Colegio Profesional, lo que se convierte en un control previo de idoneidad y, en el caso de los colegios, también de adecuación del servicio prestado por el administrador a la “*lex artis*”, a todo lo largo del desempeño de su actividad profesional.

Junto a tales requisitos de aptitud, registro o colegiación de naturaleza personal, notoriamente desiguales según el Estado en el que nos ubiquemos, existen otros de carácter tuitivo, que pertenecen más bien al ámbito del Derecho de consumo, y que se concretan en la exigencia de especiales garantías materiales. Ejemplo de tales garantías son la exigencia de un seguro de responsabilidad civil, la garantía financiera sobre los fondos depositados, la exigencia de cuentas separadas o el cumplimiento de ciertas formalidades en los contratos, etc. Al igual que ocurre con la acreditación de aptitud, el registro o la colegiación, tales garantías, dependiendo de cada Estado, son obligatorias, voluntarias o, sencillamente, no existen.

Este disímil y heterogéneo marco garantista debería igualmente ser objeto de una reordenación común, dada la importancia de la que se en-

cuentra dotado en beneficio del propietario o usuario del inmueble. Sin duda, es en el Derecho francés donde todos estos aspectos han sido objeto de una mayor atención, detalle y desarrollo, por lo que debe servir de referencia en cualquier proceso uniformizador en este ámbito.

Cuando la relación jurídica contractual que une al administrador con la comunidad de propietarios es a título gratuito ofrece pocas dudas su calificación como mandato, pero cuando es remunerada, como regla general, se califica la relación entre administrador y comunidad como un contrato de servicios que, en ausencia de pacto expreso en un sentido distinto, debe integrarse con las reglas del contrato de mandato, por lo que debe considerarse al administrador como un verdadero mandatario de la comunidad. Efectivamente, así las cosas, a falta de pacto expreso en un sentido diferente, tanto la doctrina como la jurisprudencia califican generalmente tal contrato como de mandato *sui generis*.

En este sentido, la gestión de negocios entendida como actividad económica sobre un patrimonio inmobiliario común justifica la aplicación de aquellas reglas, pues, dado que la Ley ha reglamentado minuciosamente caso por caso este modelo de gestión sobre la base del mandato civil, el contrato de mandato se habría convertido hasta cierto punto en el prototipo de la regulación legal de la gestión de negocios, circunstancia a la que no escapa la actividad profesional del administrador de fincas.

— **Alemania.** Como regla general, la administración de la propiedad privada, ya sea “propiedad de vivienda”, ya “propiedad parcial” (23), es responsabilidad de cada propietario.

El § 21 WEG dispone varios sistemas de administración del inmueble, esto es, la administración de la copropiedad puede encontrarse a cargo de los mismos propietarios, a la manera de la tradicional administración conjunta o por todos los comuneros, o bien puede designarse un administrador (*Verwalter*) que deberá ajustar su gestión a lo dispuesto en los § 26 a 28 WEG. El § 21 WEG configura el sistema de administración por todos los condueños como sistema general y subsidiario, para el caso de que nada se hubiera dispuesto para la administración del inmueble por acuerdo de los propietarios o en el propio reglamento.

Si la comunidad escoge nombrar un administrador podrá también instituir un Consejo de administración, en cuyo caso se estará también a lo dispuesto en el § 29 WEG.

(23) El contenido legal de la propiedad es habitualmente una vivienda, por eso la WEG habla de propiedad de vivienda. Sin embargo, es posible que la propiedad no se destine a vivienda, o que parte de sus habitaciones se destinen a un uso diferente del de vivienda. En tales casos, el § 1,3 WEG considera propiedad parcial a la propiedad privada sobre aquellas habitaciones o locales de un edificio no destinadas a ser habitadas con relación a las cuotas de participación en los elementos comunes.

En cuanto a la naturaleza de la relación jurídica que une al administrador con la comunidad, para la tesis mayoritaria, respaldada por el Tribunal Supremo alemán (BGHZ 151, 164), debe separarse nombramiento y contrato, como también se hace en lo mercantil, de acuerdo con el principio de abstracción tan propio del Derecho negocial alemán. Conforme a esta interpretación, deben aplicarse las reglas del mandato sólo cuando formalmente no se ha pactado de forma expresa un contrato de administración al efecto.

En el ordenamiento jurídico alemán ocurre algo parecido a lo que sucede en el Derecho español, es decir, aunque el contrato de mandato contiene el régimen propio de la gestión patrimonial, no toda relación que implique gestión patrimonial debe, *a priori*, ser calificada como mandato. Así, a la vista del § 662 BGB, el contrato de mandato se caracteriza por la gratuidad, y en su regulación se encuentran las normas fundamentales relativas a la gestión patrimonial. De otra parte, el § 675 BGB se refiere a aquella misma gestión, pero con carácter retribuido (24). En definitiva, cuando la relación es a título gratuito ofrece pocas dudas su calificación como mandato, pero cuando es remunerada, como regla general, se califica la relación entre administrador y comunidad como un contrato de servicios (§ 675 BGB) que, en ausencia de pacto expreso en este sentido, debe integrarse con las reglas del mandato (25). Y es que la gestión de negocios entendida como actividad económica sobre un patrimonio justifica la aplicación de aquellas reglas, pues –como resume LARENZ– dado que la Ley ha reglamentado minuciosamente caso por caso este modelo de gestión sobre la base del mandato, el contrato de mandato se habría convertido hasta cierto punto en el prototipo de la regulación legal de la gestión de negocios (26).

El régimen relativo al administrador de la copropiedad de viviendas se encuentra previsto en el § 26 WEG. Como regla general, los propietarios deciden, en virtud de un acuerdo mayoritario, el nombramiento del administrador, que se hará por un plazo renovable y, en todo caso, con un máximo de cinco años, sin que las causas de remoción puedan limitar-

(24) Señala el § 675 BGB que “*a un contrato de servicios o a un contrato de obra, que tiene por objeto una gestión de negocio, se aplican las disposiciones de los § 663, 665 a 670, 762 a 764, y si compete al obligado el derecho a denunciar sin observancia de plazo para ello, asimismo la aplicación respectiva del § 671.2*”. Las disposiciones citadas en dicho precepto se refieren al deber de notificar la negativa, desviación de instrucciones, obligación de información y rendición de cuentas, deber de entrega del mandatario, interés del dinero empleado, deber de anticipar fondos, resarcimiento de gastos, muerte o incapacidad negocial del mandante, muerte del mandatario, subsistencia y denuncia.

(25) WEITNAUER, H.: *Wohnungseigentumsgesetz*, Franz Vahlen, München, 2005, § 26.10.

(26) LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*, tomo II, traducido y anotado por Santos Briz, Edersa, Madrid, 1958, p. 341; en el mismo sentido, MEDICUS, D.: *Tratado de las relaciones obligaciones*, volumen 1.º, traducción de Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995, p. 573.

se en el Reglamento o en el contrato (27). Además, no existe obligación de nombrar administrador, pero si se decide nombrarlo, el nombramiento puede recaer en un administrador persona física como también en una persona jurídica. Ésta puede ser una sociedad civil o incluso una sociedad mercantil unipersonal, como cualquier otra que ostente responsabilidad limitada (28).

El cargo del administrador puede recaer en uno de los propietarios, que debe ostentar capacidad jurídica general. También puede recaer en un profesional, es decir, en un tercero extraño a la comunidad, aunque sea una persona jurídica (29). Asimismo, en situaciones de urgencia o necesidad, en el caso de no existir administrador, el juez deberá nombrar uno provisionalmente, siempre que lo solicite un propietario o un tercero que invoque un interés legítimo.

El administrador está facultado para ejecutar los acuerdos de los propietarios y atender al normal desenvolvimiento del inmueble, pudiendo actuar en casos de urgencia por iniciativa propia. Además, el administrador puede actuar en representación de la comunidad de propietarios para exigir, recibir y pagar las cuotas, cargas, intereses y cualquier otra liquidación concerniente a los intereses comunes de los copropietarios y, en general, cuantos asuntos conciernan a la comunidad de propietarios (§ 27 WEG). En cuanto a las facultades internas, el administrador se encuentra legitimado para actuar frente a los comuneros, como también frente a terceros, en todo su ámbito de competencias, exista o no una autorización de la Junta al efecto. A tal efecto, la prueba de su nombramiento –el acta o poder– es suficiente para acreditar sus amplias facultades de representación en este ámbito [§ 27 (5) WEG] (30).

Por lo demás, el § 28 WEG obliga al administrador a disponer el presupuesto o plan económico de la comunidad, así como a rendir cuentas una vez finalizado el ejercicio económico anual (*kalendarjahr*). El plan económico, o presupuesto, y las cuentas serán aprobados por la mayoría de los propietarios. Asimismo, el administrador deberá llevar, tras la reforma de 2007, un libro o registro de todas las decisiones adoptadas por la Asamblea general.

(27) La jurisprudencia alemana no admite la exigencia, ni siquiera en el reglamento, de una mayoría cualificada, distinta de la ordinaria o simple, para el nombramiento de administrador. Tampoco se puede hacer valer o depender el nombramiento del consentimiento de un tercero (BayObLGWEigt 1985, 60, citada por WEITNAUER, H.: ob. cit., § 26).

(28) *Ibidem*.

(29) BÄRMANN (J.) y PICK (E.): *Wohnungseigentumsgesetz*, C. H. Beck Vahlen, München, 2007, § 20.9.

(30) GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: *Representación de la Comunidad de Propietarios y Legitimación Individual del Comunero en la Propiedad Horizontal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 63.

En el Derecho alemán no se exige que el administrador cuente con un nivel de competencia o capacitación especial que justifique una determinada aptitud profesional o capacidad para contratar (31), como tampoco existe obligación de pertenecer a ningún colegio profesional, organización o corporación sectorial de base pública o privada, como requisito previo que capacite o habilite para el ejercicio profesional. Ahora bien, a la vista de lo dispuesto en los § 27 y 28 WEG, se desprende que el administrador debe tener al menos capacidad para actuar en el tráfico jurídico, esto es, aptitud que se identifica con la capacidad de obrar con arreglo al ordenamiento jurídico. Efectivamente, tal y como ha declarado la jurisprudencia federal, la capacidad del administrador, prevista en el § 27 (2) WEG para realizar o recibir pagos y cobros en nombre de la comunidad de propietarios, así como para ser receptor de cualquier declaración de voluntad en nombre de aquélla, tiene su fundamento en la seguridad del tráfico y, por ello, en la presunción de validez de tales prestaciones y declaraciones.

De otra parte, cuando la administración se lleva a cabo a través de personas jurídicas, esta confianza exige que la sociedad se encuentre al menos inscrita en un registro público, como el mercantil, por lo que al seguirse este criterio sólo las sociedades mercantiles pueden efectivamente administrar.

— **Bélgica.** El síndico de la copropiedad, como órgano ejecutivo, representa al sindicato y realiza la gestión ordinaria (art. 577-8 CC). En la medida en que la ley no impone ninguna restricción sobre la persona que puede desempeñar dicho cargo, puede recaer tanto en una persona física como jurídica, propietaria o ajena a la comunidad, es decir, en un profesional. Ahora bien, el ejercicio profesional del síndico se encuentra regulado con detalle a través de normas de Derecho administrativo (*Arreté royal* de 6 de septiembre de 1993, relativo al título profesional necesario para el ejercicio de la profesión de “agente inmobiliario”). En este sentido, se encuentra establecida una lista o registro de “agentes inmobiliarios acreditados”, quienes deben estar en posesión de un diploma de enseñanza o formación académica de grado superior, aunque no es exigible una formación específica.

El síndico se nombra por la Asamblea por un período máximo de hasta cinco años, según el reglamento, siendo su mandato renovable. A falta de reglas especiales en el reglamento de copropiedad, la designación, como el cese, se realiza por mayoría.

(31) WEITNAUER, H.: ob. cit., § 26, nota 5.

— **España.** En el Derecho español de propiedad horizontal, la figura del administrador, concebido en toda Europa como gestor y representante de la comunidad, ha quedado desnaturalizada por la existencia de la figura del presidente, a quien la LPH atribuye la representación judicial y extrajudicial del inmueble. De esta forma, el administrador de fincas español se encuentra dotado de un perfil distinto que lo diferencia en este importantísimo extremo de sus homólogos europeos. En efecto, debe observarse el carácter atípico del administrador español frente al resto de órganos de igual naturaleza en relación con todos los Derechos analizados, pues en España el presidente, elegido durante un año, juega un papel extraordinariamente importante, al ostentar la representación del inmueble, frente al administrador, al que tan sólo incumben las funciones gestoras de orden interno y de ciertas funciones representativas que le confiere la Ley, aunque puntualmente (arts. 20 y 21 LPH).

Nuestra tradición jurídica, los usos notariales y, especialmente, la entonces recientemente publicada y novedosa Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, pesaron decisivamente para configurar el cargo de administrador tal y como lo conocemos actualmente, introduciendo los elementos que lo diferencian respecto del administrador-representante o administrador único, que es la regla general en Europa.

— **Francia.** La comunidad, como entidad funcional, o la asociación o sindicato de propietarios, debe tener un representante para que actúe en su nombre. Éste obligatoriamente tiene que ser el síndico, que podrá ser un propietario (*syndic bénévole*) o un profesional ajeno a la copropiedad (art. 18 de la *Loi* 65-557). El síndico es el órgano de administración de la copropiedad por excelencia, y tiene carácter obligatorio, incluso cuando el sindicato se componga de dos personas (32), de tal forma que si la Asamblea general no procede a su designación deberá ser nombrado por el “Président du tribunal de grande instance”. Asimismo, el funcionamiento de una copropiedad sin síndico sería radicalmente nulo, pues los propietarios no pueden sustituir la intervención del síndico por la suya propia en la gestión del inmueble (33).

El estatuto del síndico, su naturaleza jurídica, a pesar de ello, no se encuentra claramente definido en la ley, como tampoco la relación que le une al sindicato. La ley atribuye al administrador unos poderes propios, un poder de gestión y administración ordinaria y un poder de adoptar iniciativas, de cuyo análisis cabe inferir una cierta desconfianza del legislador hacia él. En efecto, la delegación de poderes que le puede conferir la

(32) LAFOND (J.) y STEMMER (B.): *Code de la Copropriété*, Litec, París, 1986, p. 71.

(33) Cass. 3.^a civ., de 3 de junio de 1998, *Loyers et Copropriété*, comm. núm. 228.

Asamblea son limitados (arts. 18.2 y 21 del *Décret*). Además, no puede presidir la Asamblea (art. 22 de la *Loi* de 1965, *in fine*). Asimismo, con arreglo a esta última disposición, le está prohibido recibir y ostentar un mandato para representar a los propietarios.

Sin embargo, la naturaleza del síndico es, generalmente, la de un mandatario del sindicato. Efectivamente, en el Derecho francés el síndico ha sido tradicionalmente considerado como mandatario, y sus funciones, a falta de previsión en la ley especial, integradas con las reglas que regulan el mandato, consideradas generalmente como “derecho común de la representación”. En tal sentido, señala la doctrina que hay que tener presente que las diferencias entre mandato y representación en el Derecho francés no son tan nítidas como en nuestro Derecho, pues se confunden, circunstancia que inicialmente, tras la publicación del Código, por la influencia de la doctrina de aquel país, llevó a considerar la representación como elemento esencial del mandato, o al mandato como contrato que confiere la representación. Esta tesis se mantiene actualmente, si bien sujeta a ciertas reservas derivadas de la publicación de la propia Ley de copropiedad. La remisión al mandato en lo que concierne a sus atribuciones se justificaría en el hecho de que el síndico asume tales competencias directamente de una decisión de la Asamblea. Pero, de otra parte, el *règlement* de copropiedad y la *Loi* de 1965 también reconocen al síndico atribuciones propias al margen de las previstas para el mandato en el *Code* (34).

En tal sentido, el artículo 29 del *Décret* habla de mandato, pero el artículo 30 de la misma disposición se refiere a la “ejecución de la misión”, lo que parece dejar entender que se trata de un órgano de la copropiedad encargado de una misión legal. Esta dualidad –contrato vs. órgano– ha llevado a que en la doctrina existan varias escuelas con planteamientos diversos.

De una parte –como explica LAFOND y STEMMER– algunos pretenden reducir al máximo las funciones del administrador aplicándole estrictamente las reglas del mandato. El síndico tan sólo tendría unas competencias delegadas, como ejecutor o representante. Sin embargo, la jurisprudencia ha descartado aplicar las reglas del mandato en un buen número de supuestos. En este mismo sentido, la idea del mandato también sería incompatible con un buen número de reglas establecidas por la Ley o por la jurisprudencia, como la ausencia del carácter *intuitu personae* en sentido absoluto, la prohibición de sustitución, la limitación de la facultad de revocación, los poderes y atribuciones propias del síndico, etc. Asimismo, se ha hecho referencia a dicho cargo como un “mandato legal”, como un

(34) GIVORD (F.) y GIVERDON (C.): *La Copropriété*, 3.^a edición, Dalloz, París, 1988, pp. 360-361.

“contrato *sui generis*” o, finalmente, como un “órgano de la institución”.

En efecto, para otro sector doctrinal, por el contrario, el síndico puede considerarse como un órgano diferenciado del sindicato, cada uno con poderes diferentes. El límite de sus funciones se encontraría en el “interés de la copropiedad”, que puede ser apreciado por el síndico objetiva e independientemente de la idea que tengan de éste los diferentes condóminos. Por tanto, se le estaría reconociendo en este punto un gran poder o margen de iniciativa (35). El nombramiento se impone a todos los condóminos tras el acuerdo, sin que el cambio en la naturaleza jurídica del mandato suponga modificaciones a los efectos jurídicos de su ejecución. Por ello, nos encontraríamos más bien con un órgano a la manera de lo que ocurre en las sociedades mercantiles (36).

En resumen, tradicionalmente se ha venido considerando que la naturaleza jurídica del síndico es la de un mandatario del sindicato (37) y se acude a esa figura para explicar multitud de sus efectos, a pesar del hecho que en este último Derecho la comunidad de propietarios goza de personalidad jurídica. Por tanto, hay que tener en cuenta que la situación del síndico viene determinada en función de las reglas del mandato. En cierta forma, para la doctrina más clásica, hoy en revisión, dicho mandato tiene un carácter o naturaleza personal, lo que impediría ejercer sus funciones a través de una sociedad de administración. En efecto, es necesario destacar que esta noción del mandato está sujeta a importantes reservas desde la publicación de la *Loi* de 1965, por sus analogías con los términos que se usan para calificar a los representantes de las sociedades anónimas.

En este mismo orden de cosas, desde el punto de vista del ejercicio de sus funciones y de sus atribuciones, la idea de mandato sólo es aceptable en la medida en que el síndico obtiene sus poderes directamente de una deliberación o acuerdo de la Asamblea. Por otra parte, la *Loi* de 1965 reconoce al síndico competencias propias, lo que le confiere un poder autónomo que difiere profundamente de la noción tradicional del mandato.

Otra línea doctrinal ha abogado por otorgar al cargo una doble naturaleza, planteamiento que también ha tenido un cierto éxito en la jurisprudencia francesa, para la que el síndico sería tanto el “órgano” como

(35) LAFOND (J.) y STEMMER (B.): ob. cit., pp. 69-70.

(36) ZURFLUH (A.) y TRAISET FROT (T.): *Le Statut de la Copropriété*, Sirey, París, 1968, p. 233.

(37) El contrato sería un mandato revocable en cualquier momento, por aplicación del artículo 2004 del *Code Civil* francés: ATIAS, C.: *Droit Civil, Les Biens*, 10 edición, Litec, París, 1991, p. 273; BÉRAUD, R.: “La nature des fonctions du Syndic”, *Annales des Loyers*, 1955, pp. 31 y ss.; LARROUMET, C.: *Droit Civil, les Biens, Droits réels principaux*, tomo II, Edit. Economica, París, 1988, p. 450; VIGNERON, G.: ob. cit., p. 5; WEISMANN, M.: *Copropriété*, 14 edición, Delmas, París, 1992, p. 108.

“el mandatario” del sindicato (38), pero nunca de cada uno de los propietarios *uti singuli*, pues no les representa ni tiene con aquéllos relación contractual. De ello resulta que el síndico no puede actuar en nombre de los propietarios, judicialmente, pero por el contrario puede actuar contra los propietarios individualmente si ha efectuado avances de tesorería –pagos– en interés del sindicato. De esta ausencia de relación contractual entre los propietarios considerados a título individual y el síndico, la jurisprudencia extrae la consecuencia de que los comuneros no tienen acción directa contra el síndico en relación con la rendición de cuentas o para exigirle responsabilidad. Con la misma razón, el síndico no puede tampoco ser considerado responsable de las deudas de la comunidad.

En todos los casos, partiendo también de la noción de mandatario u órgano, se ha señalado que el síndico no puede ser considerado un empleado (*préposé*) de la comunidad o sindicato. Esta última observación es evidente no sólo porque las funciones de representación del síndico son distintas de las de un empleado en el sentido habitual del término, sino también porque los poderes que propiamente le confiere la Ley subrayan su independencia. Por tanto, resulta claramente que el síndico –incluso cuando su encargo se encuentra remunerado– no es considerado como un asalariado de la comunidad.

El síndico es por tanto el “agente oficial” del sindicato y, según el artículo 17 de la *Loi* de 1965, la ejecución de las decisiones del sindicato se confían a éste, bajo el eventual control de un Consejo Sindical. Es por tanto un agente u órgano ejecutivo, aunque subordinado en su relación con la Asamblea general; y si bien lleva a efecto las decisiones de aquélla, también realiza funciones que le vienen atribuidas como propias, a la manera de lo que ocurre con los órganos de administración de las sociedades mercantiles, lo que origina, en algunas decisiones, una cierta indeterminación (39).

Aunque el artículo 18 de la *Loi* de 1965 describe con enorme detalle las funciones que incumben al síndico, pueden establecerse, resumidamente, las siguientes categorías generales:

1. El síndico es el “agente de ejecución” del sindicato. En virtud de este título se encarga de asegurar la ejecución de las disposiciones del reglamento de copropiedad y de los acuerdos de la Asamblea.
2. El síndico se encarga también de la administración del inmueble y de proveer a su conservación, cuidado y mantenimiento. En caso de ur-

(38) GIVORD (F.) y GIVERDON (C.): ob. cit., p. 360.

(39) CAVANAC, C.: “Le pouvoir d’initiative du syndic de copropriété”, *Actualité Juridique de la Propriété Immobilière*, 1965, p. 182.

gencia, puede, por su propia iniciativa, ejecutar todos los trabajos necesarios para la seguridad del inmueble.

3. El síndico es el “representante” del sindicato y ostenta esta naturaleza cuando actúa en nombre del sindicato en todos los actos extrajudiciales o judiciales, en los supuestos establecidos en los artículos 15 y 16 de la *Loi* de 1965.

4. El síndico está obligado a convocar la Asamblea en los supuestos previstos en la Ley, así como la disposición de la Secretaría (*budget*) provisional de cada sesión y someterla inicialmente al voto de la Asamblea general.

Hay que tener en cuenta que se exige al síndico un nivel de competencia o capacitación suficiente para gestionar bienes de un tercero, mediante la obtención de una *carte professionnelle de gestion immobilière* válida por un año y renovable en las condiciones previstas en la Ley *Hoguet* número 70-9, de 2 de enero de 1970 (art. 3), y en el *Décret* número 72-678, de 20 de julio de 1972 (arts. 1, 5, 8 y 80 y ss.), definidores del estatuto jurídico administrativo del síndico (40). Esa es expedida por el prefecto del Departamento en el que el interesado ejerce la profesión.

Además, el titular de la carta profesional debe ser la persona física que ejerce la actividad de síndico en nombre propio o en representación de la sociedad, pero nunca el personal de la empresa en tanto encargados de aquélla. El síndico no puede además, sin un acuerdo de la Asamblea, hacerse sustituir por un tercero para cumplir sus funciones, como por ejemplo en el caso de absorción por otra sociedad.

Para acceder a la carta profesional de gestión inmobiliaria y, en consecuencia, a la profesión, es necesario acreditar una determinada capacidad, acreditando la titularidad de ciertos diplomas o tener una experiencia demostrable de varios años. Existen en el Derecho francés tres niveles de incorporación. Así, en primer lugar, se permite el acceso directo a través de la acreditación de algunas formaciones o titulaciones superiores universitarias específicas del ámbito inmobiliario. Bien, en segundo lugar, a través de acreditación de experiencia mediante un diploma al efecto. O, por último, a través de la acreditación de experiencia profesional sin la exhibición de tal diploma, para todas aquellas personas que hayan ejercido un empleo de estas características durante cuatro años o durante diez

(40) Haciendo un breve resumen, el síndico, para la obtención de la carta profesional de gestión inmobiliaria, debe presentar cada año justificación de su aptitud profesional, testimonio de la garantía financiera suficiente, testimonio del seguro de responsabilidad civil profesional y un certificado judicial acreditativo de su capacidad para ejercer. En la documentación del administrador éste habrá de hacer constar el número de esta carga, así como del organismo otorgante de la garantía financiera.

años en determinados organismos o realizando determinadas funciones.

De otra, la norma procura proteger a la comunidad de propietarios de los riesgos inherentes al depósito y disposición de todos los ingresos y créditos que el profesional está llamado a gestionar por cuenta de otro, concretamente del “sindicato” de la copropiedad (o comunidad de propietarios). A estos efectos, el síndico profesional debe poseer una *garantía financiera* suficiente, generalmente en forma de “caución” a través de una sociedad o mutua de caución, un banco o de un establecimiento financiero habilitado al efecto, cuyo montante se fija conforme a los criterios establecidos en los artículos 26 a 89 del *Décret* antes citado. Esta garantía se aplica a cualquier crédito que haya podido originar un pago o entrega por cuenta de la comunidad a cuenta de la gestión del inmueble. Asimismo, debe contar con un seguro de responsabilidad profesional para cubrir las consecuencias económicas de errores o eventuales faltas cometidas en el ejercicio de su función de síndico (art. 49 del *Décret*).

Por lo demás, el síndico tiene la obligación de abrir una cuenta bancaria separada a nombre del sindicato, en el que serán ingresados todos los importes recibidos por este último. Ahora bien, tratándose de un administrador profesional, la Asamblea puede renunciar a la apertura de dicha cuenta separada siempre que previamente se obtenga un acuerdo adoptado por la mayoría del total de los propietarios (mayoría absoluta), si bien fijará la duración máxima de esta dispensa, que podrá renovarse, si bien se finalizará en el momento en que se produzca el cese del administrador.

— **Italia.** La figura del administrador se encuentra regulada en el *Co-dice civile*, en diversos preceptos, que se refieren al mismo en multitud de ocasiones. Concretamente, en los artículos 1105, 1106, 1129 a 1133, 1135 y en los artículos 61 y ss. del Código (*Disposizioni di attuazione*).

La doctrina italiana, desde hace tiempo, reproduce la misma discusión en torno a la naturaleza jurídica del cargo que tiene lugar en nuestro Derecho, y se divide entre aquellos que tradicionalmente han considerado al *Amministrare* bien como un mandatario, bien como un *tertium genus* u “oficio de Derecho privado”, bien, más modernamente, como un verdadero órgano del condominio, tesis ésta que últimamente va abriéndose paso con un renovado vigor jurídico, sin perjuicio de que, desde la perspectiva contractual, la relación deba explicarse a través del mandato.

En efecto, la figura del administrador se ha encuadrado en el ámbito de las relaciones de representación, como mandatario del condominio (41). Otros, por el contrario, consideran que el administrador es un ver-

(41) VITO NAPOLI, E.: ob. cit., p. 447.

dadero órgano cuya naturaleza no responde a la filosofía del mandato, entendiendo que en el Código existen los suficientes elementos de juicio que permiten justificar su encuadramiento como tal (42).

También se ha considerado que el administrador constituye un *ufficio* de derecho privado asimilable al mandato, por el contenido “social” de la gestión en que consiste este encargo (Cass. 11 de enero de 1981, n. 850, Mass. 1981). En este mismo sentido –según PESCATORE–, el administrador del condominio –en el que no puede reconocerse un ente dotado de autonomía patrimonial, sino la gestión colegial o conjunta de intereses individuales, con abstracción de la autonomía individual– se configura como un oficio de Derecho privado dirigido a la salvaguarda del conjunto de intereses concurrentes, que es asimilable, por sus características singulares, aunque con notas diferenciadas, al mandato (43), aunque tal vez sólo sea en el *piccolo condominio* (comunidad con menos de cinco propietarios) donde realmente pueda reconocerse un verdadero mandato. En efecto, la teoría dominante ha visto en el administrador un mandatario con representación de los propietarios del inmueble, como un mandato *sui generis* con ciertos límites que el ordenamiento jurídico subordina a la manifestación de la libre autonomía de la voluntad, o como un mandato colectivo, caracterizado por una pluralidad de mandantes que constituyen una única parte mandante, siendo el contrato por el que viene conferido único, como único sería también el interés conferido (44).

No obstante, debe reconocerse que en la doctrina italiana, desde hace tiempo –a partir fundamentalmente de la tesis de BRANCA–, se reproduce la misma discusión en torno a la naturaleza jurídica del cargo, que para algunos autores se aproxima más bien, como ya hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente, a un verdadero órgano (45). Efectivamente, otro sector doctrinal considera que el administrador es un órgano necesario en el condominio entendido como colectividad, aunque este ente se encuentre privado de personalidad jurídica. Se trataría pues de un órgano representativo unitario, planteamiento al que puntualmente también se ha referido la jurisprudencia concluyendo que no serían de aplicación las normas del mandato (46).

(42) BRANCA, G.: ob. cit., pp. 550-551. Debemos, sin duda, a este autor la más completa elaboración de la teoría orgánica aplicada al condominio.

(43) PESCATORE (G.) y RUPERTO (C.): “Proprietà. Comunione”, en *Comentario del Codice Civile*, tomo I, Giuffrè, Milán, 1997, p. 1576.

(44) SENSALÉ, A.: *Osservazioni sulla natura giuridica del rapporto interno fra condomini ed amministratore*, Temi Napoletana, 1963, tomo I, p. 384.

(45) BRANCA, G.: ob. cit., p. 405.

(46) Cass. de 9 de mayo de 1966, núm. 1179; Cass. de 11 de junio de 1968, núm. 1853, Mass. 1968.

El nombramiento de administrador es obligatorio en todo condominio con un número superior a cuatro copropietarios (art. 1129 del *Codice*), por el plazo de un año y con la facultad de renovarlo por el mismo tiempo en virtud de prórroga tácita o de confirmación. Aunque el principio general es el del nombramiento del administrador en virtud de un acuerdo mayoritario de la Asamblea (47), suele referirse la doctrina italiana al nombramiento en virtud de reserva efectuada por el promotor en el reglamento, si bien se sostiene que es una situación transitoria hasta que el número de propietarios excede de cuatro, en cuyo caso la Asamblea puede decidir sobre su continuidad, pues una cláusula en sentido diferente quedaría invalidada *tout court* (48). El citado precepto también contempla la posibilidad de designación judicial del administrador, en aquellos casos en que la Asamblea no provea el nombramiento. Además podrá recaer en un propietario o en un tercero profesional ajeno a la comunidad.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1130 del *Codice* corresponde al administrador ejecutar los acuerdos de la Asamblea y procurar la observación del reglamento del condominio. Asimismo, dicho precepto le atribuye la regulación del uso de los elementos e instalaciones comunes y la prestación de los servicios, de forma que quede asegurado el mejor disfrute de los mismos. También le incumben la recaudación de los ingresos y la disposición de los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio y sus instalaciones, así como el resto de obligaciones inherentes a la conservación del inmueble. Por lo demás, el artículo 1131 del *Codice* confiere asimismo al administrador la importante función de representación judicial y extrajudicial de la comunidad, bien contra terceros, bien contra los propios condóminos.

No se exige al administrador una determinada cualificación ni la exhibición de un título habilitante para el ejercicio profesional. Sin embargo, la complejidad con que cada día se desenvuelve ha llevado a algunos sectores profesionales a aconsejar la intervención de la Administración pública competente en este ámbito reclamando una suficiente y necesaria reglamentación. Precisamente en esta última dirección existen diversas e interesantes propuestas, como la proposición de la constitución de un Registro *ad hoc*, de naturaleza corporativa realizada por la Asociación Italiana de Administradores de Condominios e Inmuebles (AIACI), además de algunas iniciativas parlamentarias en tal sentido (49). Sin embar-

(47) El artículo 1136 del *Codice* exige que el nombramiento cuente con la aprobación de la mayoría de los asistentes siempre que éstos representen al menos la mayoría del valor del inmueble.

(48) TERZAGO (G.) y CELESTE (A.): *L'Amministratore*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 40-41.

(49) Senado. *Disegno di legge* número 166, de 26 de julio de 1979.

go, la exigencia de una determinada cualificación con suficiente reconocimiento público, o de un control de naturaleza administrativa o, al menos, corporativa, no ha pasado de ser una mera recomendación o declaración de intenciones. Así pues, en el Derecho italiano, no se exige al *Amministratore* ni colegiación ni titulación, como tampoco existe la obligación de adscripción a ningún Registro público (50), si bien la cuestión sobre su necesidad o conveniencia se encuentra, como hemos puesto de manifiesto, de plena actualidad al hilo de sucesivas Propositiones de Ley en este ámbito (51). Es más, la Corte Constitucional italiana recientemente ha declarado inconstitucional las disposiciones de la Ley de la Región de Sicilia de 9 de diciembre de 2005, por la que se creaba el Registro de Administradores de condominios, por falta de competencia en dicho ámbito (52).

— **Reino Unido.** En la *Commonhold Association* la administración se encomienda al Consejo de administración, que además deberá contar con un secretario. El Consejo debe estar compuesto al menos por dos personas, salvo que los comuneros decidan aumentarlo. No deben formar parte del mismo, necesariamente, comuneros o asociados, sin que a éstos se les exija ningún requisito especial de capacidad, lo que permite nombrar tanto a propietarios como a profesionales del ámbito inmobiliario para tal cometido. Los miembros del Consejo de administración son nombrados por la Asamblea según las formas o modalidades determinadas en los estatutos. Su duración es determinada, en la medida en que el reglamento de 16 de julio de 2004 impone su renovación por tercios cuando se celebre cada Asamblea general. Estos mandatos son renovables, pero no tácticamente. Tras su nombramiento, los administradores integrados en el Consejo deben inscribirse en el Registro de sociedades y se les aplican las mis-

(50) Hay que tener muy presente en este marco que la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 30 de septiembre de 2005, n. 355, declaró nula la norma por la que se ordenaba la creación de un Registro público para la inscripción obligatoria de los administradores de fincas en la Región de Abruzzo mediante la Ley regional número 17, de 19 de noviembre de 2003, por la decisión de la autoridad administrativa de la región, que en esta materia excedía de sus competencias legislativas en el marco de la Constitución italiana.

(51) Efectivamente, una vez más, especialmente a raíz de la propuesta de Ley de la Región italiana de la Liguria en el año 2002, proponiendo el establecimiento de unas normas para el ejercicio profesional en la región y su adscripción obligatoria a un Registro profesional provincial que habilita para el ejercicio en todo el territorio regional, una vez superado un examen de habilitación, pero que acaba con el tradicional sistema de base sobre potentes Asociaciones de Administradores de Fincas (Proyecto de Ley núm. 391 y Memoria de la *Commissione del Consiglio Regionale della Liguria*, de 22 de julio de 2002, así como el proyecto de Ley núm. 2488 de la XIV Legislatura).

(52) *Corte Costituzionale*, sentencia de 2 de marzo de 2007, número 57 (GU de 7 de marzo de 2007).

mas reglas que a los administradores sociales. La relación que les une con la *Commonhold Association* es la de un contrato de servicios remunerados.

Por lo demás, un "secretario" es elegido por los miembros del Consejo entre uno de los administradores, aunque no necesariamente. Si sólo existe un administrador éste hará las funciones de secretario. Las funciones de este secretario son esencialmente administrativas, y le corresponde la representación legal de la sociedad, pesando sobre él la obligación de presentar en el Registro de sociedades toda la documentación de la *Commonhold Association*, como cualquier otra sociedad (lo que significa unir la auditoría de cuentas, una relación anual de actividades y demás libros exigidos).

Los administradores pueden a su vez adoptar decisiones urgentes en materia de gastos directamente, cuando se trate de obras necesarias. Además tienen la obligación de preparar el presupuesto anual y encargar la elaboración a un especialista, al menos cada diez años, de un estudio para la creación de un fondo de reserva destinado a financiar las obras de conservación del inmueble. En función de los resultados, los administradores pueden decidir la creación de tal fondo de reserva.

3. Consejo sindical, de administración o de gerencia: los órganos de control.

Como regla general, el Consejo de administración o Consejo asesor es responsable de negociar o cerrar los contratos relativos a servicios e instalaciones de la comunidad, así como realizar funciones de mediación. La responsabilidad del Consejo depende del encargo recibido. Asimismo, habitualmente un seguro de responsabilidad civil por cuenta de la comunidad de propietarios cubre la actuación o intervención de sus miembros (53). No se examina en este apartado el Consejo de administración del Derecho inglés en la medida en que se comporta como un verdadero órgano de administración. Existe como regla general, en toda comunidad, un órgano puramente consultivo que asiste al administrador y controla su gestión. La creación de este órgano o estancia similar es generalmente facultativa en Alemania, Bélgica, España e Italia.

— **Alemania.** El Consejo de administración previsto en el § 20 (1) y 29 WEG es un órgano facultativo cuya misión fundamental es apoyar al

(53) LANGEMAACK, H. E.: "Administradores de viviendas de propiedad particular (condominio) en Alemania", en *Libro de Ponencias del XIII Congreso Estatal de Administradores de Fincas*, Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Guipúzcoa y Álava, San Sebastián, 2004, pp. 141 y ss.

administrador en el ejercicio de sus funciones, así como controlar su gestión. Efectivamente, los propietarios pueden decidir por la mayoría de los votos la constitución de un Consejo de administración (*Verwaltungsbeirat*), que estará compuesto por un presidente y dos o tres propietarios que actuarán como vocales.

Aunque la formación del Consejo es flexible, el título de copropiedad o declaración de división puede ordenar la constitución de un Consejo permanente, como también el Reglamento, si bien para su creación bastará una decisión mayoritaria.

Este Consejo, con funciones también asesoras, actúa como intermediario entre la administración y los propietarios, pero no está dotado de funciones representativas. El presupuesto y las cuentas del ejercicio se pondrán en conocimiento de dicho Consejo para que efectúe su control, debiendo emitir un informe antes de que la Asamblea adopte un acuerdo sobre los mismos. Además, el administrador podrá convocar al Consejo cada vez que lo estime conveniente.

Por lo demás, si no existe administrador o éste se niega injustificadamente a convocar la Asamblea, ésta puede ser convocada por el presidente del Consejo de administración o por su sustituto, según dispone el § 24 (3) WEG. Corresponderá al presidente del Consejo de administración, y a uno de los propietarios, la firma del acta de la Asamblea.

— **Bélgica.** El conocido como “Consejo de gerencia” es un órgano facultativo, pudiendo crearse discrecionalmente por la Asamblea, que podrá decidirlo adoptando un acuerdo por la mayoría de tres cuartas partes de los propietarios (art. 577-7 CC). La Ley no establece indicación alguna sobre la composición del Consejo, aunque habrá que estar a las disposiciones que sobre este punto pueda tener establecidas el reglamento de copropiedad.

— **Francia.** En todo sindicato debe existir un Consejo sindical, salvo que la Asamblea decida, en virtud de la mayoría cualificada establecida en el artículo 26 de la *Loi* de 1965, no instituir el Consejo, es decir, cuando así lo hayan decidido los dos tercios de los votos, o bien, sencillamente, cuando resulte imposible constituirlo. El legislador francés se ha mostrado prudente a la hora de constituir el Consejo, teniendo en cuenta la voluntad de los condueños, o la imposibilidad de proveer dicho órgano, comprensiblemente inútil en pequeñas comunidades, circunstancias todas ellas que han sido previstas en el artículo 21 de la *Loi* de 1965. Por tanto, además del supuesto en que la comunidad decide no constituirlo por acuerdo válidamente adoptado al efecto, no existe Consejo sindical cuando la Asamblea no puede nombrarlo por falta de candidatos, o cuan-

do existiendo no se alcanza la mayoría necesaria para su designación.

El Consejo sindical tiene como misión fundamental asistir al síndico y controlar su gestión. A tal fin, el artículo 21 de la *Loi* de 1965 dispone que es misión del Consejo sindical poner en conocimiento del síndico o de la Asamblea todos aquellos hechos o circunstancias que conciernan al sindicato cuya supervisión o asistencia le vienen atribuidos (art. 22 del *Décret* de 1967). Los miembros del Consejo sindical son nombrados por la mayoría prevista en el artículo 25 de la *Loi* de 1965, esto es, mediante el voto favorable de mayoría de la totalidad de los copropietarios —una mayoría absoluta—. En segunda convocatoria bastará la mayoría de los votos de los propietarios presentes o representados prevista en el artículo 24 de la citada Ley. Su mandato se encuentra limitado a tres años, pero con la posibilidad de reelección. Concretando sus atribuciones, el Consejo tiene una destacada función de control de la contabilidad del sindicato, la elaboración del presupuesto provisional, la distribución de los gastos y las condiciones en las que son concluidos y ejecutados los contratos y trabajos relativos al inmueble, examen que se lleva a cabo de acuerdo con lo previsto en el reglamento o en los acuerdos adoptados por la Asamblea en tal sentido, para lo que debe notificársele cualquier documento relativo a las tareas llevadas a cabo por el síndico y, en general, relativas a la administración del edificio.

Junto a esta función destaca la importante misión de asistencia a la labor del síndico, en un amplio sentido, desde efectuar avisos hasta cualquier recomendación relativa a los contratos y servicios prestados por el personal de la copropiedad o de las empresas contratadas, etc. Por lo demás, puede ostentar misiones o funciones delegadas por la Asamblea. La tendencia en la jurisprudencia de aquel país, de manera general, es la de limitar las atribuciones del Consejo sindical a las que le han sido conferidas por la Ley. Por tanto, deben declararse nulas las decisiones de la Asamblea de habilitar al Consejo para designar al síndico, o delegar la aprobación de las cuentas y suprimir las sesiones periódicas de aquélla, o autorizar el ejercicio de actividades en el inmueble, etc. (54). Además, el Consejo debe rendir cuenta a la Asamblea de la ejecución de su misión.

El Consejo es presidido obligatoriamente por un *presidente* que no es nombrado por la Asamblea, sino por el propio Consejo, y que no debe confundirse ni con el síndico ni con el presidente que se designa en la secretaría de cada Asamblea. Las funciones de este presidente del Consejo sindical son, por un lado, la convocatoria de la Asamblea general por sí mismo cuando lo solicitan una cuarta parte de las cuotas de los propietarios, o cuando el síndico no lo ha hecho (art. 8 del *Décret* de 1967); y por

(54) GIVORD (F.) y GIVERDON (C.): ob. cit., p. 413.

otro, la recuperación de los fondos, archivos y documentos de la copropiedad del anterior síndico cuando éste cesa o finaliza su mandato por cualquier causa (55).

— **Italia.** Junto a la figura del administrador y de la Asamblea existen otros órganos que no se encuentran previstos expresamente en la regulación del condominio, pero que pueden existir facultativamente, de tal forma que podemos hablar de un sistema flexible de administración del inmueble sin más limitaciones, evidentemente, que las establecidas en la propia ley, fundamentalmente en orden a las atribuciones que ésta dispone. Este es el caso del Consejo, órgano consultivo colegial intermedio entre el administrador y la Asamblea, pero también de asistencia y control del primero, justificado especialmente cuando el número de propietarios del condominio es elevado. Si bien dicho órgano no ha sido incorporado al *Codice Civile* de 1942, puede ser creado por la Asamblea o encontrarse previsto en el reglamento del condominio, aunque sus actos no pueden suponer derogación de lo previsto en los artículos 1129 a 1131 del *Codice*. La jurisprudencia ha señalado que no se trata de un órgano obligatorio ni tiene relevancia externa, siendo el número de consejeros o componentes meramente indicativo (56).

El Derecho italiano también prevé la posibilidad del nombramiento de un curador especial. En efecto, el artículo 65 de las *disposizioni di attuazione* que contiene el *Codice Civile* señala que cuando por cualquier causa falta el representante legal de los condóminos, y se intenta iniciar o continuar un proceso contra los copropietarios, puede solicitarse el nombramiento de un curador especial, que deberá convocar a la Asamblea para recibir instrucciones. Esta figura tiene una clara justificación ante la ausencia de administrador, representante judicial del condominio, pues en este caso la demanda debería dirigirse contra la totalidad de los propietarios. Por tanto, interviene cuando el condominio intenta demandar a uno de los propietarios, que, a su vez, ha sido nombrado administrador del inmueble y ostenta dicho cargo, a menos que por la Asamblea se proceda a la revocación y nombramiento de otro nuevo.

(55) Sobre este punto resulta muy interesante la *Recommandation* número 13, relativa al *Conseil syndical* de la *Commission nationale relative a la Copropriété*, sobre el papel que cumple este órgano colegiado en el seno de la copropiedad por apartamentos.

(56) Trib. Milán de 31 de mayo de 1978, número 5086.

V. Bibliografía

- BÄRMANN (J.) y PICK (E.): *Wohnungseigentumsgesetz*, C. H. Beck Vahlen, München, 2007.
- BÄRMANN (J.), PICK (E.) y MERLE (W.): *Wohnungseigentumsgesetz*, C. H. Beck Vahlen, München, 2000.
- BÉRAUD, R.: "La nature des fonctions du Syndic", *Annales des loyers*, 1955.
- BOURNIAS, A.: "Les formes juridiques de la propriété d'étage ou d'appartement en droit comparé", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1979.
- BRANCA, G.: *Comentario del Codice Civile*, libro III, dirigido por SCIALOJA y BRANCA, Zanichelli-Foro italiano, Bolonia-Roma, 1965.
- CAPITANT, H.: *L'indivision, répétitions écrites de droit civil approfondi*, Cours de droit, París, 1927.
- CAVANAC, C.: "Le pouvoir d'initiative du syndic de copropriété", *Actualité Juridique de la Propriété Immobilière*, 1965.
- GIVORD (F.) y GIVERDON (C.): *La Copropriété*, 3.^a edición, Dalloz, París, 1988.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: *Representación de la Comunidad de Propietarios y Legitimación Individual del Comunero en la Propiedad Horizontal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- IONASCU, A.: "La propriété par appartements", *Études offertes à René Rodières*, Dalloz, París, 1981.
- JULLIOT, C.: "Le nouveau statut de la copropriété des immeubles divisés para appartements", *Journal des Notaires et des Avocats*, París, 1938.
- LAFOND (J.) y STEMME (B.): *Code de la Copropriété*, Litec, París, 1986.
- LANGEMAAK, H. E.: "Administradores de viviendas de propiedad particular (condominio) en Alemania", *Libro de Ponencias del XIII Congreso Estatal de Administradores de Fincas*, Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Guipúzcoa y Álava, San Sebastián, 2004.
- LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*, tomo II, traducido y anotado por Santos Briz, Edersa, Madrid, 1958.
- LARROUMET, C.: *Droit Civil, les Biens, Droits réels principaux*, tomo II, Edit. Economica, París, 1988.
- MARTIN, R.: "La naissance de la copropriété", en *Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière*, 1990.
- MEDICUS, D.: *Tratado de las relaciones obligaciones*, volumen 1.^o, traducción de Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995.
- PERETTI-GRIVA, D. R.: *Il Condominio di case divise in parte*, UTET, Turín, 1942.
- PESCATORE (G.) y RUPERTO (C.): "Propietá. Comunione", *Comentario del Codice Civile*, tomo I, Giuffrè, Milán, 1997.
- RESCIGNO, P.: "Proprietà", *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXVII, Giuffrè, Milán, 1988.
- SALIS, L.: "Il Condomini negli Edifici", en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por VASSALLI, tomo V, volumen 3.^o, 2.^a edición, UTET, Turín, 1959.
- SAMUEL, G.: "English Private Law in the Context of the Codes", *The Harmonisation of European Private Law*, M. Van Hoecke, M. y F. Ost (eds.), Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2000.

- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: "La Eurohipoteca", *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Civitas, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ LORENZO, A.: *Derecho Privado Europeo*, Comares, Granada, 2002.
- SELFÁ PEDRÓS, E.: "La propiedad por pisos. Su regulación como propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960", RGD, número 16, 1960.
- SENSALE, A.: *Osservazioni sulla natura giuridica del rapporto interno fra condomini ed amministratore*, Temi Napoletana, 1963-I.
- TERZAGO (G.) y CELESTE (A.): *L'Amministratore*, Giuffrè, Milán, 2004.
- TIMMERMANS, R.: "Le Droit de la copropriété en France, en Belgique et aux Pays-Bas et les perspectives de l'unification du droit d'appartement en Europe", *Notarius International*, volumen 8, 3-4, 2003.
- UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAL LATIN (UINL): *Copropriété & Commonhold, apartment ownership in the European Union, copropriété dans l'Union Européenne*, Ámsterdam, 1996.
- VIGNERON, G.: *Le Syndic de Copropriété*, Litec, París, 2005.
- VITO NAPOLI, E.: *Il Condominio negli Edifici*, Cedam, Milán, 2000.
- WEISMANN, M.: *Copropriété*, 14 edición, Delmas, París, 1992.
- WEITNAUER, H.: *Wohnungseigentumsgesetz*, Franz Vahlen, München, 2005, § 26.10.
- ZURFLUH (A.) y TRAISET FROT (T.): *Le Statut de la Copropriété*, Sirey, París, 1968.

EL DERECHO CIVIL ANTE LA ENFERMEDAD Y LA MUERTE

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. EL CREPÚSCULO DE LA VIDA Y EL DERECHO. **I.** EL REINO DE VEJECIA: LA ANCIANIDAD Y LA MUERTE. **II.** EL SISTEMA DE TUTELA DE AUTORIDAD. 1983-84. **III.** AÑO 2003: NUEVOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. **Primero.** Características del nuevo sistema. **Segundo.** El poder preventivo de protección. **1.** *La continuidad del poder caso de incapacidad del poderdante.* **2.** *El artículo 1732 del Código Civil.* **3.** *La designación combinada.* **Tercero.** El documento de voluntades anticipadas. **Cuarto.** El llamado testamento vital. **Quinto.** El panorama legal: a modo de preguntas y respuestas. **1.** *Para qué el poder preventivo de protección.* **2.** *El artículo 223 del Código Civil.* **3.** *La "autotutela".* **4.** *El "testamento vital".* **5.** *El testamento de siempre: artículo 667.* **6.** *El administrador del patrimonio protegido. El guardador de hecho.* **7.** *La extracción de órganos a personas fallecidas.* **IV.** PANORAMA DESDE EL PUENTE. **V.** APUNTE BIBLIOGRÁFICO CON FINALIDAD INVESTIGADORA. **Primero.** La monografía de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ. **Segundo.** El estudio de DURÁN CORSANEGO. **Tercero.** La protección patrimonial de las personas con discapacidad. SERRANO GARCÍA. **Cuarto.** Discapaces, discapacitados y protección jurídica. **Quinto.** El coste de la muerte. FRANCISCO MARCOS. **Sexto.** La defensa jurídica de las personas vul-

nerables. CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO. **Séptimo.** Los cuidados paliativos al paciente moribundo. El coma profundo: la determinación de la muerte. ROMEO CASABONA y DOMÍNGUEZ LUELMO. **Octavo.** Los protocolos de consentimiento informado. SÁNCHEZ GONZÁLEZ. **Noveno.** Los cuidados paliativos. LORA GONZÁLEZ. **Décimo.** La protección de las personas y los grupos vulnerables. FERRER LLORET y SANZ CABALLERO. **Decimoprimero.** Dependencia e Incapacidad. PEREÑA VICENTE. **Decimosegundo.** El inminente peligro de muerte y el artículo 700 del Código Civil.

Introducción. La vida crepuscular y el Derecho Civil

En los años setenta fue tomando cuerpo la consideración de que el sistema legal de protección a los que comienzan a “perder facultades” y desde luego “a los que por la enfermedad o la deficiencia física o psíquica persistente que padecen no son capaces de gobernarse por sí mismos”, era inadecuado, resultaba insuficiente, cuando no injusto: la familia española –se decía– había perdido, o cuanto menos debilitado, sus características tradicionales de extensión, robustez, cohesión y sentido de la solidaridad; en muchos casos acudir al organismo tutelar era excesivo y no resultaba infrecuente que personas incapaces estuvieran internadas *sine die* en establecimientos de salud mental sin autorización judicial. Ciertamente los notarios sabemos de situaciones de “locos en intervalo lúcido” –antigua expresión del Código Civil–, de personas necesitadas de adecuada protección, de ser asistidas debidamente (tener apoderado para atender situaciones económicas difíciles), de quienes padeciendo trastorno psíquico estaban internados sin autorización judicial en establecimientos de salud mental, donde la atención y el tratamiento posiblemente no eran los ajustados a su estado específico. No trato de “volar por encima del nido del cuco”, pero sí apunto situaciones reales que la doctrina había ido destacando progresivamente, de modo que el movimiento fraguado en los setenta se plasmó al poco tiempo en reformas legales, debido a la persistencia y a la solidez de su argumentación.

I. El reino de vejez. El Derecho ante la ancianidad y la muerte

¿Cuándo columbramos este reino?, se preguntaba CAJAL en *El mundo visto a los 80 años; memorias de un arteriosclerótico*. ¿Nos hallamos o no en un país para viejos?

No se sorprenda el lector por la pregunta, que una oscarizada película titula con afirmación: no la he visto, como tampoco la protagonizada por el mismo actor, intérprete eutanásico de otra, ampliamente difundida. Eutanasia que –por cierto– parece pretender otra vez aferrarse “a la legalidad” (*sic*).

La vejez, la ancianidad, ha llegado a contemplarse –con agudeza– como un auténtico estado civil (GARCÍA CANTERO) y yo voy a detenerme en el *crepúsculo de la vida* para contemplar el tratamiento que del Derecho Civil recibe actualmente.

II. La reforma legal de 1983 y 1984: el sistema de tutela de autoridad

Desde luego “nadie añorará la supresión de las figuras del protutor y del Consejo de familia pues su fracaso en la práctica resulta evidente y probado” (RAMS ALBESA). Ciertamente, eran decimonónicas y desajustadas a la realidad familiar actual. Y por otra parte la separación entre la tutela y los supuestos de personas que por su grado de discernimiento sólo necesitan ser asistidas por un curador, ha sido acertado. Ahora bien, como ha demostrado el tiempo transcurrido desde 1983, en términos generales el sistema implantado –expone PARRA LUCÁN– “adolece de rigidez y de falta de flexibilidad, lo que lo ha hecho insuficiente para la adecuada protección de quienes la necesitan y es que sólo un 15 por 100 de los que están necesitados de tutela han sido declarados judicialmente incapacitados”. Prolifera por tanto –como mal menor– la figura del guardador de hecho, cuyos actos en interés del menor o del presunto incapaz –dice genéricamente el art. 304– no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

El diseño legal de un sistema de control monocromático de tipo judicial, intervencionista e imperativo (en palabras de MARTÍNEZ DÍE), no ha funcionado, al menos respecto a los mayores de edad incapaces (no hablo de los menores de edad), con lo que se responde a la duda que exponía SANCHO REBULLIDA ya en el año de la reforma, 1983: ¿los órganos judiciales podrán soportar el peso que la nueva regulación de la tutela-curatela les echa encima? No están en condiciones, afirmaba LEÑA FERNÁNDEZ pocos años después con rotundidad.

III. Nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad en el año 2003

Ciertamente la reforma citada permitía –en los arts. 223 y 227 del Código Civil– abordar problemas reales sin necesidad, momentánea al me-

nos, de *volcarse* en el sistema de tutela judicial, pero el tiempo ha mostrado su insuficiencia –no inutilidad– por la parquedad regulatoria (“reglas de administración”, por ejemplo) y escaso calado. Se hacía necesaria una revisión a fondo del sistema protector. Veámoslo.

Primero. Características del nuevo sistema.

Se trata de un sistema protector no judicializado, con una filosofía diferente a la de la tutela judicial de 1983 y por tanto –dice PARRA LUCÁN– habrá que esperar para comprobar su encaje en la realidad. Un nuevo *experimento* en definitiva.

Por de pronto destaco aquí y ahora: el patrimonio protegido (para que la persona con discapacidad cuente con medios económicos a fin de atender a sus necesidades vitales. Exposición de motivos); la autotutela: posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de designar tutor en previsión de su propia futura incapacitación; y como complemento, la reforma del artículo 1732 Código Civil, con objeto –dice la misma Exposición de Motivos– de establecer que la incapacitación judicial posterior del mandante no extinga el mandato si así lo dispuso, sin perjuicio de que el juez lo acuerde al constituirse la tutela o posteriormente a instancia del tutor.

Aparte, se reforma el artículo 831 “con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad”; así como se permite que el testador grave con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta para así beneficiar a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (arts. 782 y 808). Supuestos de importancia práctica, estudiados por mí en ocasiones anteriores, por lo que me detengo en estos momentos en:

Segundo. El poder preventivo de protección.

1. ¿Se han “otorgado” poderes por personas de más que dudosa capacidad de obrar, pero el *relajamiento* del notario en su apreciación se ha debido (*sic*) a “imperiosas necesidades de atención económica, máxime si el apoderado-apoderados parientes cercanos de aquél son”? ¿Desde tiempo ha vienen otorgándose poderes por persona capaz que luego la pierde, en ocasiones paulatina y gradualmente y de hecho el poder subsiste y *se emplea* en la práctica hasta que aquél fallece? He sido testigo de que la pregunta primera ha sido contestada con afirmación rotunda cuando en determinados foros jurídicos la cuestión se ha planteado. La segunda venía siendo objeto de atención a fin de que en pura ortodoxia, la *perseverantia consensus* no impidiera la prolongación del poder, si así lo preveía el poderdante, una vez producida su incapacitación, sin merma de la intervención judicial si a la incapacitación se llegaba.

2. El artículo 1732, después de la Ley 41/2003 permite lo segundo, lo que abre un amplio abanico de actuaciones para el profesional: la apreciación notarial de la capacidad del poderdante; la separación entre el supuesto del poder para actuar ya y el del que sólo desplegará sus efectos cuando aquél sea incapaz (acreditado ello por el necesario certificado médico, por de pronto). Su contenido: actos y negocios de carácter patrimonial y que admitan la representación (para otro tipo de actos habrá que acudir a la autotutela y a los documentos de voluntades anticipadas). Y la revocación *ex lege* en el supuesto del artículo 102 CC, así como la conveniente previsión de que exista alguien en concreto con facultad revocatoria... (en este sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.). Y –como señala DE PABLO CONTRERAS– el mandante sujeto a curatela sí puede revocarlo, con asistencia del curador.

3. En último término lo frecuente es, en buena lógica, designar al apoderado preventivo su tutor o curador si se produjera la incapacitación judicial.

Tercero. El documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas. ¿A qué me refiero?

El actual artículo 223 al instaurar la autotutela se refiere también a “cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes”, con lo que admite la posibilidad de que se disponga: todo lo referente a su cuidado, personal o asistencial, con inclusión de tratamientos médicos, internamiento en centros especializados, en residencias... Para AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ en el estado legal actual no será eficaz el deseo de: “ser internado en un centro de salud mental cuando lo considere *x*”, sin contar con la autorización judicial (orden público), y es que al artículo 211 del CC –reformado por la actual Ley de Enjuiciamiento– hay que estar.

Desde luego –como apunta SERRANO GARCÍA–, si existe tutor, la rendición anual de cuentas al juez necesariamente incluirá “lo atinente a la persona del incapacitado”.

Sea lo que fuere, la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, en su artículo 11 posibilita que en el documento de instrucciones previas: una persona mayor de edad manifieste anticipadamente su voluntad “sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Puede designar además un representante que sirva como su interlocutor con el médico o el equipo sanitario...”.

Caso de confluir, el poder a otorgar debe distinguir las facultades relativas al ámbito personal (representación ante cuidadores, residencias, mé-

dicos, hospitales, ...) y las de carácter patrimonial, propias del apoderamiento preventivo.

Posibilidades de *autoprevisión*, plétora de posibilidades, a las que hemos llegado desde la parquedad del sistema de 1983-84, muy propio de la *pendularidad* hispana y que las Autonomías han regulado con profusión, lo que exige reposo al jurista para precisar la función y finalidad de estas figuras: la autotutela despliega sus efectos en el caso de la incapacitación de la persona; el documento de instrucciones previas no tiene por qué hacerlo necesariamente. Y —como ya he señalado— los poderes preventivos se dirigen esencialmente a la protección patrimonial de la persona, sin perjuicio de confluir en la misma persona o no el sujeto protector.

Cuarto. ¿Y el llamado testamento vital?

Como precisa DOMÍNGUEZ LUELMO: es más correcto hablar del documento de instrucciones previas que de testamento vital (el *living will* norteamericano), porque en puridad no estamos ante un testamento jurídicamente hablando. Precisado lo anterior, me ciño aquí a transcribir un a modo de modelo-fórmula empleado profesionalmente y que en su caso se ofrece a quien en principio desea evitar el “encarnizamiento terapéutico” y lejos del auxilio-ayuda a la “muerte digna” (terminología susceptible de manipulación pro eutanásica). Estamos ante una disposición “para antes de morir”, por tanto, la de un *enfermo terminal*.

“Yo, mayor de edad, y con Documento Nacional de Identidad número, en plenitud de mis facultades mentales, libremente y sin que afecte a lo que dispongo en mi testamento. DECLARO:

Si llego a encontrarme en una situación en la que no pueda tomar decisiones sobre mi cuidado médico, a consecuencia de mi deterioro físico y/o mental, por encontrarme en uno de los estados clínicos enumerados en el punto 3 de este documento, y si dos médicos independientes coinciden en que mi estado es irreversible, mi voluntad inequívoca es la siguiente:

1. Que no se prolongue mi vida por medios artificiales, tales como técnicas de soporte vital, fluidos intravenosos, fármacos o alimentación artificial.

2. Que reciba los cuidados y tratamientos paliativos necesarios para aliviar en todo lo posible mi dolor, malestar, sufrimiento psíquico y dolor físico causados por la enfermedad o por falta de fluidos o alimentación, aunque puedan acortar la duración de la vida, siempre que no se apliquen fármacos letales.

3. Los estados clínicos a los que hago mención más arriba son:
 - Daño cerebral severo e irreversible.
 - Tumor maligno diseminado en la fase avanzada.
 - Enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o del sistema muscular en fase avanzada, con importante limitación de mi movilidad y falta de respuesta positiva al tratamiento específico si lo hubiere.
 - Enfermedades o situaciones de gravedad comparables a las anteriores.
4. Me reservo el derecho de revocar esta declaración en cualquier momento, en forma oral o escrita.

Madrid,"

"Yo,, Notario de Madrid, Capital de su Ilustre Colegio,
DOY FE.-----

Conozco y tengo por legítima la firma que antecede de ---
Madrid,"

Con lo que sin duda conviene plasmar el contenido expuesto en escritura pública, con poder que incluya instrucciones y facultades en lo personal y en lo patrimonial, como ya he señalado.

Omnicompresiva y digna de considerarse por su claridad es la configuración plural de posibilidades de protección preventiva que regula la Ley aragonesa de 2006, de Derecho de la Persona, en su artículo 95: "... en previsión de ser incapacitada judicialmente podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares..., así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes, incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación. También podrá establecer órganos de fiscalización y designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal".

Quinto. El panorama legal ante la distintas situaciones en torno a la discapacidad. Preguntas y respuestas.

1. Con vistas a mi deterioro físico y/o intelectual, quiero prever que mi patrimonio funcione: para esto se ha regulado el mandato de protección *ex* artículo 1732. El poder constará en escritura pública (art. 1280, 5.º), en la que conviene explayar la causa, el contrato de mandato y las consecuencias fundamentales del hipotético incumplimiento futuro por el mandatario, así como la persona de control en su caso que fiscalice su actuar e incluso pueda revocar el poder. El apoderado –a pesar del art. 1716–

debe ser mayor de edad (según AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ), dada la trascendencia de su cometido y su responsabilidad, que a la vista del citado precepto resulta inadecuada al caso.

2. Sin perjuicio de lo anterior, ¿es cierto que puedo adoptar disposiciones relativas a mi propia persona o bienes, en documento público notarial?: así es, en base al actual artículo 223, previéndolo para el caso de ser declarado judicialmente incapaz en el futuro.

3. ¿Y puedo designar tutor para mí mismo? Efectivamente, por medio de la autotutela, apuntada en el mismo artículo 223. Y es factible combinar ésta con las instrucciones previas del apartado 2: por ejemplo, nombrar a persona de confianza que fiscalice la actuación cotidiana del tutor (mas no sustituir a la autoridad judicial para los actos de los arts. 271 y 272, que son imperativos; ni tampoco cabe excluir la necesidad de la autorización judicial en esos supuestos). Control que puede referirse –como se dijo– al cuidado personal o asistencial, tratamientos médicos, internamiento en centros especializados, residencias...

4. Un paso más: “Si entro en coma irreversible, mi cerebro no rige, el tumor...”; ¿qué en cuanto a los remedios paliativos, terapias prolongadas o por el contrario medicación letal...? El documento de instrucciones previas es lo aconsejable, y en ese sentido un a modo de modelo se ha plasmado anteriormente, al tratar del llamado testamento vital.

5. Lo que nada tiene que ver con el testamento acto de disposición de bienes para después de la muerte (art. 667). Caso de testamento abierto notarial ya el profesional deslindará hipótesis y centrará las fases, los momentos y el instrumento jurídico-formal idóneo.

6. ¿Y el administrador del patrimonio especialmente protegido (art. 5, Ley 2003). Y si existe “guardador de hecho” de un menor o de un presunto incapaz? (art. 303 Código Civil)...

7. ¿Pueden extraerse órganos y piezas anatómicas de personas fallecidas? ¿Cabe evitarlo; es posible prever algo al respecto?

Además de lo que en base a la Ley de 2002 apunté, la Ley de 1979 y el actual Reglamento de 1999 contestan afirmativamente: siempre que se realice la extracción en centros sanitarios expresamente autorizados por el Ministerio de Sanidad y se compruebe el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o el de las funciones encefálicas, y el certificado de defunción sea suscrito por tres médicos. La extracción cabe siempre que

el difunto no hubiera dejado constancia expresa de su oposición; presunción de consentimiento tácito, por tanto, que hay que tener muy en cuenta y que a más de uno ha causado estremecimiento.

IV. Panorama desde el puente

Me he detenido, como comprueba el lector atento, en el crepúsculo de la vida a fin de tratar de exponer la problemática jurídica que plantea en la realidad.

El panorama que se presenta hoy al jurista es el de un caleidoscópico de disposiciones, en las leyes civiles y en los Derechos autonómicos, cuya aplicación práctica no es por de pronto sencilla. “¿Huevos o presunto?: todo xunto”, dicen popularmente los portugueses, cuando precisamente hay que evitar la mezcolanza y tratar de asesorar con tacto y delicadeza a la persona mayor, la que se le va debilitando “la capacidad de gobernarse por sí misma”.

Y si empezaba cinematográficamente termino con idéntica alusión: en la “La Familia Savages”, un anciano que estuvo viviendo con persona que no era su esposa y con la que en un determinado momento firmó –ante notario– un “acuerdo no conyugal” –*sic*–, carece de hogar, hasta que sus dos hijos –que no recibieron un trato paterno modélico precisamente y que vivían de espaldas uno con otro– se hacen cargo del padre hasta su muerte natural. Sí, sin Consejo de familia, sin protutor, sin..., pero se esfuerzan por dar a su progenitor, enfermo mental, el cariño y la dedicación que como hijos *deben* al padre. Un ejemplo a seguir y a poner de relieve.

Hoy, sin perjuicio de la política social que cada Comunidad Autónoma despliega, en España las personas de más de sesenta y cinco años suponen casi ocho millones de habitantes. Un grupo –puede leerse en “ABC” del 14-abril-2008– con pensiones muy bajas, principalmente las viudas... Dios quiera que el fluir de sus vidas no lleve en el futuro aguas turbulentas.

V. Apunte bibliográfico con finalidad investigadora

La bibliografía hispana es extensa, tanto respecto a obras generales como monografías, estudios e incluso artículos periodísticos acerca de cuestiones concretas.

Voy a ceñirme a las más recientes, al abarcar –o tratar de hacerlo– la mayoría de los estudios doctrinales anteriores y porque realizan exégesis de la legislación última. Son las siguientes:

Primero. El mandato y el poder preventivo de protección (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: “Incapacitación y mandato”. *La Ley*, 2008). Además de lo dicho en el texto, destaco lo que sigue.

Realiza el estudio sobre la base del reformado artículo 1732 CC, señalando que “el colectivo de Notarios... aconsejaba y propiciaba su otorgamiento” (p. 61). Yo desconocía tal consejo del *colectivo notarial*.

Al tratar de la reforma la Ley 41/2003 apunta la insuficiencia del actual artículo 1732, apartado último (p. 215), para considerar que el poder presupone siempre la existencia del contrato de mandato (como en el *Code*), por lo que a las reglas de este contrato hay que estar en lo que no sean incompatibles (son más adecuadas las de la responsabilidad del mandatario, a fin de controlar su actividad; p. 223). En este sentido la ubicación del reformado 1732 en la sede del mandato es importante.

Considera la conveniencia de la previsión del mandante de incluir en el contrato los mecanismos de control adecuados para fiscalizar la actuación del mandatario (p. 227). Si así se estima, la configuración notarial, a mi entender, debe ser celebrar el contrato de mandato y *dentro de él*, como colofón, otorgar el poder ex 1732, de modo que el nexo causal aflore dada la importancia de la causa, y la previsible incapacidad posterior. El 1280,5.º CC no puede olvidarse (para la autora, la forma notarial es necesaria para la validez del negocio representativo en estos casos; p. 257).

A falta de adecuada previsión por el mandante, el juez adoptará lo que considere para proteger al *presunto* incapaz, pero ello –dice en las pp. 273 y 274– implica necesariamente el inicio del proceso de incapacitación del mandante.

Lo mismo será necesario –señala en la p. 276– para revocar el poder, excepto que el mandante lo haya previsto ya o nos hallemos en el supuesto del artículo 102 CC (p. 278).

En último lugar, la renuncia del mandatario y salvo previsión en el sentido de que exista un posible sustituto, no debe llevar a la aplicación sin más de los artículos 1736-1737. A su juicio, el ministerio fiscal o el juez, caso de inexistencia de un órgano de control previsto, han de intervenir (p. 279).

Segundo. *La autotutela*, por Emilio DURÁN CORSANEGO (E. Ramón Areces, 2007). II premio Æquitas.

Prologado por Blanca ENTRENA PALOMERO, notaria y coordinadora de la Fundación, pone de relieve el autor que la figura –como decía CASTÁN VÁZQUEZ– estaba presente en la realidad y las notarías (p. 120). Transcribiendo algunos modelos y fórmulas (pp. 120 a 124).

Afirma la necesidad de la escritura pública (el art. 223 exige “documento público notarial”), señalando la inadecuación del testamento, así

como la necesidad de que el notario autorizante remita un testimonio al Registro Civil correspondiente por razón del nacimiento del otorgante (art. 223; pp. 182 a 187).

La autorregulación no supone para el autor que sea eficaz la prohibición de la intervención judicial (en base al art. 216 CC); ni la hipotética dispensa de la obligación del tutor de rendir cuentas (p. 192).

Tercero. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad* (Ley 41/2003). Autor, Ignacio SERRANO GARCÍA. Iustel, 2008.

Con referencia a la Ley citada, señala que –salvo los estudios de DÍAZ ALABART *et alii*– falta un tratamiento global y sistemático de la misma (p. 24), que es lo que trata el autor de hacer.

Pone el acento en la confusión terminológica (p. 90), para precisar más adelante que además de los menores, la otra clase de incapacitación es la de los mayores y se produce “cuando la persona que no está bajo la patria potestad prorrogada o rehabilitada, padece una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que le impide gobernarse por sí misma” (p. 103).

Destaca la crítica de LEÑA FERNÁNDEZ al sistema de tutela judicial (p. 167) y en la realidad –que pone de relieve Blanca ENTRENA PALOMERO– de que la incapacitación de los padres se va demorando hasta que es imprescindible ante una inaplazable necesidad económica (p. 168).

Trata de la autotutela (pp. 198 a 221), para estudiar a continuación el nuevo contrato de alimentos (arts. 1791 a 1797 del Código Civil): negocio ¿consensual? oneroso, lo estudia el autor frontalmente a partir de la página 237. El “vitalicio” supone –en palabras del art. 1791– proporcionar vivienda, manutención y “asistencia de todo tipo” al alimentista, y así lo destaca el autor (p. 245).

El mandato preventivo ocupa las pp. 256 y ss. Considera que el auténtico poder preventivo es el del segundo inciso del artículo 1732, *in fine*, para luego realizar apreciaciones de carácter histórico y de Derecho comparado, sin profundizar en los problemas prácticos que la parquedad legal exige afrontar (y que he tratado de poner de manifiesto en páginas anteriores). Sí que estudia la cuestión de ¿a quién rinde cuentas, cuando el mandante es un incapacitado? (pp. 296 y ss).

El documento de instrucciones previas ocupa las páginas siguientes. Lo trata en base a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (transcribiendo su art. 11) y destacando que no debe olvidarse el llamado “consentimiento informado” que estableció la Ley General de Sanidad de 1986 (p. 302).

La relación con el “internamiento en un establecimiento de salud mental” del artículo 271 CC ya la apunté en el texto del presente estudio (p. 308).

en el del profesor SERRANO) y destaca dentro de la exposición que el autor realiza.

No así, a mi entender, acaece con la atención que presta a la delegación de la facultad de mejorar *ex* artículo 831: ni profundiza en la *ratio* de la norma, ni en sus precedentes y razón de ser (GARCÍA GOYENA), ni las citas doctrinales (acertadas en general, destacando las de VALLET, RIVAS MARTÍNEZ, LEÑA FERNÁNDEZ...) son suficientes para obtener el resultado que exige la atención reiterada –y las sucesivas redacciones– del legislador a una norma como la del 831: cómo ha ido evolucionando la redacción hasta llegar a la actual posibilidad de que el cónyuge fiduciario pueda hacer de ambos un solo patrimonio y distribuirlo y mejorar a hijos y ascendientes comunes, como considere en interés de la familia y del más necesitado de protección (la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 destaca el carácter de “medio *indirecto* de protección a las personas con discapacidad”).

Otras citas doctrinales, francamente, no parecen ser suficientes –repi-to– para destacar, poner de relieve, resaltar la importancia, y el riesgo, que la delegación fiduciaria implica, hoy por hoy (y alguna otra, en concreto la número 349, resulta incompleta; lo puedo afirmar al haber sido personalmente el coordinador de ese tomo IV al que el profesor SERRANO alude).

¿Y la coordinación –comparación–exégesis de conjunto 831-1056,2.º–, usufructo universal del cónyuge fiduciario *ex* testamento? Falta calado, como también es escaso en materia de administración de la herencia: aunque la idea general que expone (patrimonio en reposo-patrimonio dinámico; disposiciones-inversiones en el caudal; previsiones del testador-voluntad de los legitimarios) es acertada, el desarrollo es insuficiente y escaso el aporte doctrinal (pp. 352 a 356).

A continuación el estudio del autor acerca del patrimonio especialmente protegido (pp. 358 y ss.) y la sustitución fideicomisaria que grava la legítima en beneficio de la persona judicialmente incapacitada (actuales arts. 808, 813, 782 del Código Civil) de las pp. 443 a 484, plantea pocas cuestiones dudosas a las que aporte solución (alguna concreta como la de si el incapacitado puede verse gravado en su legítima estricta al disponerse en su favor como destinatario primero del bien o bienes exclusivamente como fiduciario, recibe solución con escaso bagaje argumentativo y fundamentación; p. 449).

La donación y el legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual; la dispensa de colación con beneficiario persona con discapacidad, y la nueva causa de indignidad sucesoria, ocupan las últimas páginas del estudio cuyo comentario termino (a partir de la p. 490). Sin olvidar la atención que le presta a “la nueva tutela del artículo 239” (pp. 513 y ss.).

Termino, efectivamente, el repaso a la obra, en la que he destacado algunos de los aspectos que merecen ponerse de manifiesto. Juicio crítico que he procurado realizar con objetividad del estudio del catedrático de Valladolid. Y no porque el Pisuerga pase por allí, sino porque lo merece, destaco unas palabras que de su pluma fluyen en la p. 334: la reforma del Código Civil por la Ley 13/2005 respecto al derecho a contraer matrimonio “va contra el Derecho natural o contra la naturaleza de las cosas, según se admita o no la existencia del Derecho natural”.

Cuarto. Sólo un 15 por 100 de los necesitados de tutela están declarados judicialmente incapacitados.

Ángeles CASO –en un artículo semanal, “Psiquiátricos”, de 2006, actualiza lo que personalmente puse de manifiesto en 1976 en el Congreso Notarial de La Manga del Mar Menor–: “los locos a la calle”. Dice la escritora que fue en los años ochenta cuando se cerró la mayor parte de los psiquiátricos públicos en España; mientras el sistema sanitario se ocupa de los enfermos físicos, los mentales en muchos casos vagan por las calles, se medio ocultan y... en ocasiones matan, desaparecen. Tarde o temprano el debate tendrá que saltar. Pero... no salta.

Quinto. *El coste de la muerte. Competencia y consumo en el Mercado de Servicios Funerarios.* Por Francisco MARCOS (Aranzadi, 2006).

No son proclives los juristas –menos los españoles– a abordar el tema del presente título. Pero en este caso vale la pena introducirse en la obra, que, combinando el análisis económico con las perspectivas jurídicas, nos introduce en cuestiones como: el mercado funerario; ¿quién es el titular del derecho de disposición del cadáver?; ¿cabe modificar la voluntad del fallecido acerca de su sepelio...?; ¿de dónde ha de provenir el dinero para el pago de los servicios funerarios? Servicios funerarios, empresas funerarias, compañías de seguros, protección de los consumidores... Son temas que merecen el estudio en directo de la obra, original y práctica a la vez.

Sexto. *La defensa jurídica de las personas vulnerables.* Consejo General del Notariado. UIMP, julio-agosto 2007.

Editado por CIVITAS y el Consejo General del Notariado, se publican en el 2008 las ponencias integrantes del Seminario desarrollado acerca de materias tan sugerentes como:

1. El patrimonio especialmente protegido.

VARELA AUTRÁN, B., señala que “es una pena no se contemple la situación de las personas con inteligencia límite, las que sólo teóricamente se hallan por debajo del grado de minusvalía sí contemplado (déficit síquico igual o superior al 33 por 100)”.

2. “El envejecimiento progresivo de la población es una realidad”, puesta de manifiesto por BERROCAL LANZAROT, A. I.: “todo hace prever que para el año 2010, el 5 por 100 de los españoles tendrá más de ochenta años”.

3. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., estudia, aparte de otras materias, específicamente lo que denomina la “pretutela”: la que se dirige a los menores o mayores con una incapacidad persistente sujetos a la guarda de hecho, a la patria potestad prorrogada, o a la tutela y supone un acuerdo de los padres, o guardador o tutor para que la institución tutelar preste asistencia y servicios a los primeros en previsión de una posible asunción de la tutela o guarda futura (a ella se refieren hoy disposiciones administrativas del País Vasco y Cataluña).

4. La figura anterior constituye el objeto de la ponencia desarrollada por RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M. Transcribe el concepto que de la misma da el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas de Discapacidad, que agrupa más de tres mil quinientas asociaciones): la relación entre la familia y la entidad tutelar, una vez que aquélla ha decidido que en un futuro ésta sea el tutor de su hijo, con el fin de promover el conocimiento mutuo entre la entidad y la persona a tutelar.

5. RIERA ÁLVAREZ, J. A., estudia la renta vitalicia, los contratos de alimentos y los seguros de dependencia, instituciones que califica de prevención patrimonial, fijando como idea central el estado de dependencia de las personas a que se refiere el artículo 2 de la Ley 39/2006.

6. “La hipoteca inversa” es estudiada por SERRANO DE NICOLÁS, A., o como dice: más correctamente debería llamarse “hipoteca en garantía de préstamo o crédito vitalicio” o compendiadamente “hipoteca vitalicia”.

7. Otras ponencias desarrollan el microcrédito; el tratamiento tributario; la atención a las situaciones de dependencia a la vista de la reforma de la jurisdicción voluntaria...; formando el conjunto de estudios más completo y actualizado acerca de la defensa jurídica de las personas dependientes, vulnerables...; de aquellas que —como expone en la presentación del Seminario el presidente del Consejo General del Notariado, José MARQUEÑO DE LLANO— se encuentran en situaciones de dificultad o inferioridad o prevén llegar a estarlo, como vemos en las notarías prácticamente a diario.

Séptimo. Los cuidados paliativos al paciente moribundo. El coma profundo: la determinación de la muerte.

En el libro *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Madrid, 2008, el profesor ROMEO CASABONA destaca, de un lado, la conclusión del Código de Ética y Deontología Médica de 1999: el médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del

paciente siempre que sea posible, y cuando ya no lo sea de aplicar las medidas adecuadas para conseguir el bienestar del enfermo, aun cuando de ello pudiera derivarse, a pesar de su correcto uso, acortamiento de la vida (art. 27,1; p. 229). De otro y respecto a los trasplantes de órganos, la necesidad de comprobar que el donante ha muerto (muerte cerebral; de ahí el art. 5 de la Ley a que me he referido en el texto) conjugándolo con que temporalmente y de forma artificial se mantienen las funciones vitales de respiración y circulación sanguínea, con el fin de que el órgano a trasplantar conserve su viabilidad biológica (p. 236).

En el mismo libro, el profesor DOMÍNGUEZ LUELMO expone su parecer acerca del reciente Registro Nacional de Instrucciones Previas (RD 124/2007, de 2 de febrero).

Adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, se parte de la previa inscripción de las instrucciones previas en el Registro Autonómico correspondiente (véase el pormenorizado análisis del autor en las pp. 430 y ss.).

A mi entender, son más precisas y profundas las apreciaciones anteriores que las que se encuentran en las obras actuales del Derecho Civil (entre las últimas puede verse: *Derecho privado de la Persona*. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., pp. 357, 58 y 59. 3.^a edición, 2008. Colex. Madrid).

Octavo. Los protocolos de consentimiento informado.

Acerca de su función y su posible desnaturalización, la catedrática SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, estudia (*Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2008) lo que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, define como la conformidad... de un paciente... después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación médica que afecte a su salud (p. 316).

El problemático contenido de los PCI ocupa las pp. 321 y ss.: su contenido legal y el fáctico con un estudio jurisprudencial completo. La referencia a algunas cláusulas particularmente discutibles, con la posibilidad de que sean “poco menos que una autorización en blanco” y diversas sentencias que han concretado aspectos dudosos, se reflejan en la pp. 332 y ss.

De las conclusiones a que llega (pp. 337 a 341) destaco la que literalmente dice: en orden a la liberación del facultativo de responsabilidad, el consentimiento informado es condición necesaria, pero no suficiente: ha de haber actuado de acuerdo con las exigencias de la *lex artis ad hoc*... Se refiere, por último, a lo que la jurisprudencia llama “un daño desproporcionado” (SAP de Alicante de 8 de noviembre de 2005).

Noveno. Los cuidados paliativos.

Rafael LORA GONZÁLEZ ofrece en esta obra (E. TOROMÍTICO, 2007) un estudio completo de aquéllos con estudio, por ejemplo, de estrategias

para mejorar la comunicación con el paciente y una guía de recursos espirituales. Todo ello para que el enfermo terminal sienta cariño y consuelo aportado por los médicos, psicólogos, capellanes y la familia, la que a su vez necesita todo el apoyo psicológico adecuado.

Décimo. Protección de personas y grupos vulnerables.

Jaume FERRER LLORET y Susana SANZ CABALLERO (coordinadores), Tirant lo Blanch, 2008.

Tratan de la protección de la mujer, del niño, de los discapacitados, de las minorías nacionales y de los inmigrantes; de los apátridas, asilados y refugiados.

Señala BIEL PORTERO, Israel, que el marco normativo internacional carece hoy de valor jurídico vinculante. Lo que terminará si la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad consigue ver la luz (p. 159).

Lo que ha acaecido en diciembre de 2006: con la Convención de 2006, el Derecho Internacional –señalan CARDONA LLORENS, Jorge y SANJOSÉ GIL, A.– se ha dotado de instrumentos para evitar el abuso de los discapaces y para proteger sus derechos al prohibir su discriminación, y para hacerlo efectivo: “los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas... para hacer que la sociedad, incluso a nivel familiar, cobre mayor conciencia de los discapaces y fomente el respeto de sus derechos...” (art. 4), pp. 203 y 204.

Decimoprimer. Dependencia e Incapacidad. Montserrat PEREÑA VICENTE.

Con el impulso de la Fundación ÆQUITAS aparece esta monografía (E. Centro de Estudios Ramón Areces, SA) en 2008, que se centra sobre todo en la autotutela y los poderes preventivos.

Destaco en la autotutela su opinión afirmativa de que el menor emancipado tiene capacidad para realizar el negocio de autotutela y –con MARTÍNEZ-PIÑEIRO– por sí solo, sin ser asistido por sus padres o curador (con lo que interpreta flexiblemente los arts. 223 y 323 CC); p. 49. Es más, considera que a partir de los catorce años puede el menor designar tutor para sí mismo (como puede otorgar testamento, salvo el ológrafo); p. 51.

Y como quien puede lo más puede lo menos, estima que en escritura pública puede designarse no sólo al tutor, también al *curador* (p. 55).

En cuanto al apoderamiento preventivo, expone que hoy, con la Ley en la mano, no pueden los padres nombrar un apoderado que represente al hijo si pierde la capacidad o si ya la ha perdido. La Ley aragonesa expresamente lo prohíbe (p. 91).

Sí puede, a su juicio, el menor emancipado conceder un poder preventivo caso de que el ámbito de éste sea el de los artículos 323 y 324 CC (p. 92).

En la línea de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (a quien tiene en cuenta, mas no la monografía que he considerado en primer lugar en el Apunte Bibliográfico que estoy realizando), el régimen general del negocio del apoderamiento es el aplicable, al no crear la Ley una especie diferente de apoderamiento: lo que nos conduce, en su opinión, al mandato y por ello no cabe exigir –como hubiera sido aconsejable y considera el *Code*– que el mandatario reúna las condiciones de idoneidad que se exigen para ser tutor (p. 93). Más adelante, y en términos de generalidad, alude a las conclusiones del Congreso de Notarios de Francia de 2006, para decir: el mandato de protección es una alternativa de protección a medio camino entre el mandato y la tutela, con un amplio margen a la autonomía de la voluntad; no es una panacea (p. 106). Y no lo es, pero para el jurista es infinitamente mejor contar con él que no hacerlo.

Decimosegundo. El inminente peligro de muerte y el artículo 700 del Código Civil.

Domingo IRURZUN GOICOA estudia el testamento en inminente peligro de muerte. “Pretestamento” como califica y explica, fundadamente, por qué.

Trabajo con doble virtud: profundo como todos los del autor, ameno y sugestivo como pocos. Escribir en Derecho es difícil, más lo es que atraiga, subyugue, se lea “de un tirón”.

Se publica en este mismo número de la Revista. He tenido la fortuna de leerlo con anterioridad.

TESTAMENTOS Y PRETESTAMENTOS

(“... sin necesidad de Notario”. Artículo 700 CC)

DOMINGO IRURZUN GOICOA
Notario

SUMARIO

PRIMERA PARTE

TESTAMENTOS Y PRETESTAMENTOS

INTRODUCCIÓN.

- I. GENERALIDADES SOBRE EL TESTAMENTO.**
 - A)** Idea de lo que es el testamento.
 - B)** Ambigüedad del término “testamento”.
 - C)** El testamento es acto y es documento.
- II. EL ACTO TESTAMENTARIO Y SUS REQUISITOS ESENCIALES.**
 - A)** Requisitos de fondo.
 - B)** Requisitos de solemnidad.
 - C)** Efectos del acto testamentario otorgado: la relevancia.
- III. DE LA RELEVANCIA A LA EFICACIA: EL TESTAMENTO PÚBLICO.**

- IV. EL TESTAMENTO NOTARIAL Y SUS REQUISITOS.
 - A) Los requisitos del acto y su expresión documental.
 - B) Los requisitos del documento.
 - C) Eficacia del testamento notarial.
- V. EL TESTAMENTO Y SUS CLASES EN EL CÓDIGO CIVIL.
- VI. TESTAMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS O PRETESTAMENTOS.
 - A) Testamentos públicos.
 - B) Testamentos privados o pretestamentos.
 - C) Testamento notarial y testamento judicial.
 - D) Sus correlativos títulos sucesorios.

SEGUNDA PARTE

EL PRETESTAMENTO DEL ARTÍCULO 700 CC

I. EL MODELO LEGAL Y SUS REQUISITOS.

1. Requisitos simultáneos.

- A) *Presupuesto: inminencia de muerte.*
 - a) La idea de inminencia.
 - b) Inminencia de muerte del que va a testar.
 - c) Existencia real o sólo subjetiva.
 - d) Causas posibles de la inminencia de muerte.
- B) *Requisito de fondo: declaración de voluntad.*
- C) *Requisito de forma: cinco testigos.*
 - a) Presencia de testigos, momento y número.
 - b) Idoneidad.
 - c) Conocimiento del testador.
 - d) Apreciación de su capacidad.
- D) *Requisito eventual: puesta por escrito.*
 - a) La cédula: momento para su redacción.
 - b) Su naturaleza y requisitos. La unidad de acto.
 - c) La forma de redactarla y las solemnidades.

2. Requisitos posteriores.

- A) Conservación de la relevancia.
- B) La caducidad y su verdadero significado.
- C) El expediente judicial.

- II. EL MODELO LEGAL, INTEGRADO POR LA JURISPRUDENCIA.**
 - A)** La regulación del Código y su acogida doctrinal.
 - B)** Integración jurisprudencial del modelo legal.
- III. RECAPITULACIÓN SOBRE EL MODELO LEGAL.**
 - A)** Cómo nace este pretestamento.
 - B)** Cómo se ha de regular.
 - C)** Cómo se debe aplicar tal régimen.

TERCERA PARTE EL MODELO JURISPRUDENCIAL

- I. EL MODELO JURISPRUDENCIAL Y EL NUEVO REQUISITO.**
 - A)** Nuevo requisito, nuevo modelo.
 - B)** Y, ¿por qué razón surge este nuevo requisito?
 - C)** A modo de interludio: sobre un testamento frustrado.
 - D)** Breve consideración crítica sobre el nuevo requisito.
- II. EL MODELO JURISPRUDENCIAL APLICADO POR LOS TRIBUNALES.**
 - A)** Audiencia de Burgos: sentencia de 9 de junio de 1995.
 - B)** Tribunal Supremo: sentencia de 27 de junio de 2000.
 - C)** Búsqueda de una explicación adicional a ambas sentencias.
 - D)** Consideración crítica de tal interpretación.
- III. CAUSA Y FUNCIÓN DE LOS PRETESTAMENTOS.**
- IV. SU APLICACIÓN AL PRETESTAMENTO DEL ARTÍCULO 700.**
 - A)** Recapitulación de unas consideraciones previas.
 - B)** La relación entre el testamento notarial y este pretestamento.
 - a)** *El pretestamento del artículo 700 y el testamento notarial.*
 - b)** *El testamento notarial y el pretestamento del artículo 700.*

PRIMERA PARTE

TESTAMENTOS Y PRETESTAMENTOS

Introducción

Este trabajo se inició con un propósito muy sencillo. Su autor escribía para tratar de comprender cómo era posible que un testamento del que el Código decía que se otorgaba sin necesidad de notario, hubiera podido ser entendido por la jurisprudencia como necesitado de un requisito de validez consistente en acreditar que, para su otorgamiento, hubiera sido imposible conseguir la asistencia de un notario.

Y confesaba tener el prejuicio de creer y haber creído siempre que el testamento del artículo 700 de nuestro Código Civil es un testamento que se otorga sin necesidad de notario. Y que tal prejuicio, producto de una mente sencilla, ingenua, crédula, acaso un tanto simple (1), temía que le pudiera inhabilitar para escribir con una mínima altura jurídico-científica. Pero que escribía, consciente de ello, porque le interesaba saber cuál era la verdad (2).

Para ello pensó un plan que partía de construir el “modelo legal” del testamento en inminente peligro de muerte según el Código, con los requisitos que éste le exigía, completado con las puntualizaciones interpretativas que doctrina y jurisprudencia hubieran podido realizar, mediante el análisis de una extensa bibliografía y muy elevado número de sentencias del Tribunal Supremo acopiadas al efecto. Todo ello referido, en especial, a los primeros años de la vigencia del Código Civil (3).

El intento comenzó a materializarse con la elaboración de un plan y la clasificación y estudio de la jurisprudencia, lo que ocupó un buen número de páginas.

(1) En el sentido que indica la séptima acepción de la palabra en el Diccionario de la Real Academia.

(2) La postura de oposición a la exigencia de la indicada “imposibilidad” es hoy día muy poco frecuente. Es un alivio y a la vez un acicate para el autor de estas notas saber que hay dos ilustres juristas que hacen una decidida y rotunda defensa del testamento sin necesidad de notario, que son el profesor LACRUZ BERDEJO y el notario SIMÓ SANTONJA. El primero ya la mantuvo en sus *Notas al Derecho de Sucesiones* de Julius BINDER, Editorial Labor, 1953; y la reiteró en LACRUZ BERDEJO y SANCHEZ REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones, Parte General*. Librería Bosch, Barcelona, 1961. Tomo I. SIMÓ SANTONJA, Vicente-Luis, en su “Testamento en peligro de muerte”. *Estudios de Honor del profesor Castán Tobeñas*, 1969. Tomo II, p. 574.

(3) Por fortuna, se contó para ello con la eficacia, laboriosidad, cariño y generosidad que desplegó el personal de la Biblioteca del Colegio Notarial de Madrid, a las órdenes de Urbano Blanco Gea, sin cuyo esfuerzo y colaboración nada de lo que se ha hecho en este estudio hubiera sido posible. Para tales colaboradores, la justa y necesaria expresión de mi profundo, vivo y permanente agradecimiento.

Una primera sensación de extrañeza la suscitó la lectura de la reseña de varias sentencias del Tribunal Supremo de los primeros años que siguieron a la promulgación del Código Civil (4).

Esta extrañeza, que se confirmó con la consulta de otras muchas sentencias, nacía de ver su empecinamiento en querer explicar los requisitos de un testamento nuncupativo y excepcional, como es el del artículo 700, mediante su comparación “razonable” (5) con los de otro tipo de testamento, el notarial, que era escrito y común, absoluta y diametralmente distinto en lo esencial. Parecía un camino equivocado.

Comenzó a apuntar el desánimo al comprobarse la falta de homogeneidad en la terminología, la ambigüedad de muchas de las ideas que se manejaban y, en general, la impresión de que no se había sabido captar de verdad por qué fue creada la singular institución que es el testamento en inminente peligro de muerte que, por cierto, ya había despertado en la doctrina de la época una gran desconfianza y una no menos notable suspicacia.

El desánimo no podía conducir al abandono de quien intuía que tales inconvenientes se obviaban con un esfuerzo dirigido por el propósito de encontrar las ideas fundamentales, que fueran la clave sobre el testamento, su naturaleza y su función, y para fijar sus elementos compositivos mínimos, los que tienen que existir de modo necesario para que una declaración de voluntad adquiera el relieve preciso para convertirse en un acto de última voluntad, dirigido a regular la propia sucesión del otorgante.

A todo ello debía unirse un objetivo que era hallar la “razón suficiente” que hubiera podido inducir a los legisladores de 1888 a la introducción en el Código de un testamento, no sólo excepcional, sino tan extraño y tan “anormal” como el que nos ocupa. Y deducir, después, las consecuencias oportunas. Había que buscar, y encontrar, el verdadero camino.

En esa búsqueda, se imponía un cambio en el plan primitivo. El nuevo se podía desarrollar en tres partes: la primera, dedicada a los fines que se acaban de indicar. Sobre esta base, la segunda parte recogería el primitivo plan, relativo al testamento en inminente peligro de muerte, fijando, primero, lo que es, a nuestro parecer, su “modelo legal”, para examinar después, ahora ya de modo mucho más sencillo (6), la jurisprudencia que lo

(4) Las contenidas en una curiosa e interesante obra: *JURISPRUDENCIA DEL CÓDIGO CIVIL (1888-1926)*. Recopilada por Rafael GARCÍA-ORMAECHEA Y MENDOZA, Madrid, 1928.

(5) Las voces “razonable”, “razonablemente” o “racional” o “racionalmente” se emplearon hasta el hastío –y aún se siguen empleando por la jurisprudencia y por la doctrina–, cuando lo que de verdad parece razonable es abandonar la comparación entre dos testamentos antagónicos.

(6) Fundamentalmente porque, como habrá ocasión de exponer, resulta superfluo en la mayor parte de los casos, en concreto todos aquellos en los que la jurisprudencia mira a este testamento como si fuera subsidiario del testamento notarial abierto. Por otra parte, ya lo ha

interpreta, supliendo las deficiencias que encuentra en él y llegar a la aparición de lo que llamamos el “modelo jurisprudencial” y al estudio de sus causas, justificación y fines. Con ello se entraría por último en la tercera parte, en la que se analizarían sus efectos en algunas resoluciones judiciales posteriores, cuya doctrina parece muy difícil de aceptar. Cerrando un círculo se volvería de nuevo al punto de partida, al problema que suscitó el interés del autor: el testamento del artículo 700, que es otorgado sin necesidad de notario que lo autorice.

Esta modificación en el contenido a desarrollar y su amplitud implicaron un viraje radical del estudio, que le daba un calado mucho mayor: los testamentos privados. El cambio de objetivo exigió modificar su título; y el elegido, hay que reconocerlo, resulta un tanto sorprendente y provocativo. Pero, al subsistir, aunque degradada, la que fue idea principal, debía ir seguido de un subtítulo orientativo: “... sin necesidad de Notario. (art. 700 CC)”.

Y hora es ya de emprender la tarea con que nos hemos de enfrentar. Para asentar los cimientos que permitan una edificación sólida, conviene partir de lo más elemental. Comenzamos, por tanto, con la idea del testamento.

I. Generalidades sobre el testamento

A) Idea de lo que es el testamento.

Cualquier profano a quien se pregunte qué es el testamento podrá contestar que es lo que le permite designar las personas a las que quiere dejar sus bienes para el día en que falte.

En términos más técnicos, pero sin diferencia sustancial, se puede decir que es el medio establecido y preferido por la ley para que sea la voluntad del hombre la que regule su propia sucesión una vez haya fallecido. Porque, en efecto, el testador designa y llama en él a las personas que quiere sean sus sucesores, pero puede dar a su testamento un contenido mucho más rico añadiendo otros innumerables pormenores de la sucesión misma que está en su mano establecer.

En una y otra versión hay una idea clave: la de que el testamento nunca tiene verdadero valor en vida del testador. Durante ella, el testamen-

hecho innecesario, por su abundancia y excelente sistematización, el magnífico estudio de GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, en el tomo IX, volumen 1-B, en especial pp. 189-190, en la obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigida por Manuel ALBALADEJO. Ederesa, 1987.

to es “tan sólo virtual”. Porque su eficacia, puntualicemos, su verdadera eficacia típica, que es la que le hace regular la sucesión, sólo surge y es actual una vez fallecido el testador y, por ello, se predica siempre de la que sea su última voluntad, es decir, respecto de su postrer testamento. Porque el testamento es iterable, se puede repetir y el nuevo hace desaparecer al anterior, lo revoca. La eficacia *mortis causa* sólo se atribuye a la última voluntad.

Hay otras eficacias de rango inferior y muy limitadas. Así, por ejemplo, la de que la eficacia de un testamento sólo se revoca por una voluntad nueva y distinta que se ha de expresar también y de forma necesaria en testamento, y no de otro modo.

B) Ambigüedad del término “testamento”.

Pero esa idea elemental del testamento se fija tan sólo en la función para cuyo desempeño está llamado y el fin práctico al que se ordena, sin entrar en lo que sustancialmente “es”.

Si se atiende a este nuevo aspecto, se advierte pronto que el término “testamento” es ambiguo. Basta para ello una ojeada al articulado del Código para comprobar que se aplica indistintamente tanto al acto en el que se expresa la voluntad reguladora de la sucesión como al documento en el que se recoge y da forma escrita a dicha voluntad.

Y esto es confundir situaciones distintas y la confusión, lo mismo que la ambigüedad, suele ser semillero de errores que pueden llegar a ser de trascendencia suma.

Diferenciar acto testamentario y documento testamentario no es ni un capricho, ni una sutileza, ni una pirueta doctrinal, sino la consecuencia viva, real y fecunda del hecho innegable de que uno y otro pueden nacer a la vida jurídica en momentos muy separados en el tiempo y que transcurran años entre el nacimiento del acto y su documentación (7).

C) El testamento es acto y es documento.

Porque el término “testamento” se emplea en dos sentidos: el primero para referirse al acto en que un sujeto declara su voluntad cuyo contenido está dirigido de modo deliberado a regular su propia sucesión dentro

(7) La distinción acto-documento la destacó y llenó de contenido Rafael NÚÑEZ LAGOS con sus trabajos doctrinales publicados en la *Revista de Derecho Notarial* en 1953 y 1957, que después fueron recogidos en sus *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1986. Más tarde, Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, en *Documento y El documento en el Código Civil* que, con otras obras suyas de gran interés, se integraron en *Escritos jurídicos*, que publicó el Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

de los límites admitidos por el ordenamiento (8); el segundo concierne al documento en el que se contiene, recoge, muestra, enseña y conserva aquella declaración de voluntad que fue otorgada en el primero (9).

Recogiendo enseñanzas de RODRÍGUEZ ADRADOS, se puede decir que entendemos por documento el medio vehicular que, de ordinario mediante la grafía que se le incorpora, enseña y muestra las declaraciones de voluntad de una persona que suele ser su autor y permite dejar constancia permanente de ellas.

El acto puede ser incorporal, caso de la declaración verbal, pero el documento es siempre una cosa corporal y mueble incluso dentro de las modernas tecnologías. De ordinario, al documento-cosa se le añade, de un modo artificial, la grafía, la escritura.

La separación entre el acto y el documento operaba ya en el Derecho Romano, según resulta de lo que revela D'ORS (10) cuando se refiere a la voluntad del testador (*nuncupatio*) con todas las disposiciones en ella contenidas y a las "*tabulae testamenti*", las tablillas donde se escribía con punzón aquella voluntad y que, ya desde el siglo IV, era llevado al registro municipal, judicial o imperial.

El ejemplo práctico extremo de la plena separación que existe entre acto y documento lo viene a consagrar con valor de paradigma y con claridad meridiana, precisamente, el testamento que regula el Código con el nombre de testamento en inminente peligro de muerte, motivo inicial de este trabajo: el acto es oral, ya que la propia ley admite que no se pueda llegar a escribir; y el documento, cuando se produce, es muy posterior al acto, del que le pueden separar meses.

La causa principal de la ambigüedad radica en que, por regla general, cuando se habla de testamento, la mirada rutinaria se dirige de modo inmediato a lo que es su paradigma, el testamento notarial abierto, el más frecuente y común, y el que regula el Código con mayor detalle y precisión.

Y este proceder resulta desacertado a efectos comparativos porque en el testamento notarial abierto, por su propia perfección técnica, el documento público absorbe y subsume en sí al acto en que se expresa la voluntad del testador, y porque la producción del acto y su documentación ocurren simultáneamente. Y ello hace muy difícil su diferenciación.

(8) Resulta de lo expuesto que pertenece a la clase de los negocios jurídicos, pero parece preferible continuar con el aspecto más amplio y genérico de "acto".

(9) Contra esta distinción se manifiesta con energía el profesor LEÓN ALONSO, José R.: "Supervivencia de la forma nuncupativa. Unidad de acto y testamento como documento y como negocio". *Revista de Derecho Notarial*. Año XXXII. Números CXXV-CXXVI. Julio-Diciembre 1984, pp. 173-208.

(10) D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidad de Navarra, SA, 1968, p. 268.

En todo caso, es claro que la ambigüedad existe y que enmascara la distinción acto-documento, lo cual es causa de una confusión que en modo alguno conviene mantener, y que con toda sencillez desaparecerá si, en lo sucesivo, nos referimos a ellos con distintas denominaciones.

A este fin proponemos las de acto testamentario y de documento testamentario.

Pero tanto el acto como el documento testamentario, para serlo, han de reunir ciertas características o se deben dar en ellos determinadas circunstancias, a las que se suele llamar requisitos.

Entendemos por *requisito*, siguiendo a GUASP (11), aquella circunstancia o conjunto de circunstancias que deben darse en un acto para que produzca los efectos a que normalmente va destinado.

Llamamos la atención sobre las últimas palabras, relativas a los efectos, que lejos de ser ambiguas, tienen la amplitud necesaria para admitir efectos de diversas clases. Por ejemplo, anticipando lo que luego va a ser aplicado aquí, para incluir, en su caso, tanto a los requisitos propios de la relevancia como los de la eficacia.

Los requisitos esenciales son aquellos de los que en ningún caso se puede prescindir, los absolutamente necesarios para que el acto o el documento sean lo que pretenden ser: un acto testamentario y un documento testamentario.

Veamos, pues, estos requisitos del acto testamentario en sí, abstracción hecha de cuál sea su clase; después serán examinados los requisitos esenciales del acto testamentario notarial abierto y ello permitirá contrastar sus diferencias de un modo casi gráfico.

II. El acto testamentario y sus requisitos esenciales

En atención a esta característica que ha de tener el acto, al examinar a continuación los requisitos esenciales que deben darse en él, se hace preciso separar los de fondo y los de solemnidad.

Conviene señalar a tal fin que los requisitos de fondo son los mismos siempre en cualquier testamento, con independencia de su clase. Por el contrario, los requisitos de solemnidad varían según cuál sea la clase de testamento de que se trate.

Y es imprescindible hacer una advertencia acerca de algo que no siempre se tiene en cuenta: que una cosa es que los requisitos esenciales deban existir para que el acto exista y otra, muy diferente, el cómo y el

(11) GUASP DELGADO, Jaime: *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968, p. 269.

cuándo se ha de acreditar que tales requisitos se dieron al producirse el acto, cuando se otorgó. Ya se verá que ello depende del momento en que aparezca el documento testamentario.

A) Requisitos de fondo.

Son mínimos, ya que sólo necesita:

— 1.º La expresión, que puede ser oral o escrita, de la voluntad de un sujeto dirigida a regir su propia sucesión para el momento en que fallezca. Esta expresión es el “otorgamiento” del acto y su contenido, la regulación de este cauce sucesorio, puede ser de enorme variedad.

El otorgamiento es ejecución y puesta en práctica de un serio y deliberado propósito de testar. La propia voluntad testamentaria, solemnidades aparte, siempre y en todo caso debe quedar diferenciada de lo que se haya podido decir en una simple conversación, o de modo condicional, o a título de ejemplo o en broma (*iocandi causa*), casos todos ellos en los que no se da el citado propósito.

El testador puede, con brevedad, limitarse a designar a la persona o personas que quiere sean sus sucesores o entrar en cómo quiere que le sucedan, con una gama muy amplia de posibilidades que la ley pone a su alcance.

La jurisprudencia ha admitido que el contenido del acto regulador de la sucesión puede ser muy amplio, y se reconoció carácter de testamento a actos de contenido no patrimonial, como el reconocimiento de los antiguos hijos naturales o el nombramiento de tutor. E incluso los de fondo negativo, para revocar de modo expreso un testamento anterior, sin más, lo que equivale a ordenar que la sucesión se defiera por el cauce legal, sin testamento.

Es una jurisprudencia consolidada y firme, nunca contradicha, que ha contado con el beneplácito de la doctrina y el de la práctica notarial, no obstante hallarse en contra de lo dispuesto en el artículo 667, que piensa en el testamento como acto de disposición de bienes.

Y por ello es lícito pensar que no deba haber inconveniente en que la voluntad que se expresa en el acto testamentario se limite designar persona o personas para exheredarlas, es decir, para que sean excluidas de la sucesión del testador aunque fueran llamadas a ella por la ley. Por supuesto que tal exheredación no podría alcanzar al Estado, pues es de esencia que toda persona que fallece tenga un sucesor.

— 2.º Que esa expresión de la voluntad proceda de una persona física identificada y capaz.

El acto no puede ser imputado a un sujeto sin que éste haya sido identificado como su autor, presupuesto de la autenticidad que ha de tener el contenido del testamento que otorga.

Por otra parte, el testador ha de ser capaz, según la ley, ha de tener la capacidad de obrar necesaria para que el acto que otorga tenga la eficacia que le corresponde. En nuestro Derecho puede emitirse el acto testamentario por toda persona que tenga al menos catorce años y se halle en su cabal juicio.

B) Requisitos de solemnidad.

El acto testamentario dotado de los requisitos de fondo que se acaban de ver ha de tener, además, otros distintos, exteriores a él, que se le añaden desde fuera, los requisitos de solemnidad que, a pesar de ello, son tan imprescindibles al acto como los de fondo.

En palabras de la STS de 9 de marzo de 1908, “la voluntad conocida del testador no basta en ningún caso, por sí sola, para que sea reputada voluntad testamentaria si no resulta expresada en la forma prevenida por la ley”.

Ya del propio texto de la sentencia se puede deducir que no es única esa “forma” que la ley exige para que sea en verdad testamentaria la voluntad que se dio a conocer al otorgarse el acto, y que es la solemnidad de que venimos hablando.

En efecto, los requisitos de solemnidad, en general, varían de unos testamentos a otros, según la clase a que pertenezcan conforme al tratamiento que les dé el Código. Y, a su vez, estas clases pueden haber surgido de las circunstancias en las que el acto se haya producido conforme a las previsiones legales.

Unas veces la solemnidad consiste en la exigida presencia de un funcionario público que actúa como tal desarrollando una cierta actividad, sea el notario, el agente diplomático o consular que ejerza en el extranjero las funciones notariales o el juez de Primera Instancia, en su caso y momento.

En otras ocasiones, es la persona dotada de autoridad en el ámbito en que el acto se produce, como son, a título de ejemplo, el contador de un buque de guerra o el capitán de un mercante, jefes y oficiales del Ejército con categoría al menos de capitán, comisario de guerra, etc. Esa persona puede, otras veces, careciendo de verdadera autoridad, ostentar un cargo de cierta responsabilidad en determinados ámbitos, como capellán o médico, que le permite actuar con igual carácter.

Más modesta es la solemnidad que sólo consiste en la presencia de testigos, sobre todo cuando su número se ve reducido a dos, como ocurre

en casos extremos, como los de batalla o acción de guerra o en el de naufragio.

Por último, si es que existe y no se trata del único caso de excepción de toda solemnidad esencial, está el caso del testamento ológrafo, en el que se puede entender que consiste en la autografía del acto escrito expresivo de la voluntad, con la fecha en que se otorga y la firma del testador, exigidos aquí de modo imprescindible en absoluto.

C) Efectos del acto testamentario otorgado: la relevancia.

La voluntad expresada en un otorgamiento, como el que se acaba de ver, en el que no hay la menor seguridad ni garantía de que el testador sea quien dice ser, o de que goce de la capacidad que es exigida en Derecho para testar, ¿qué efectos podrá producir?

Con toda evidencia no son los de eficacia, ni siquiera los de esa eficacia “aplazada” que tienen, conjuntamente, el acto y el documento testamentarios.

Pero sería un grave error que tal imposibilidad llevase al ordenamiento jurídico a desconocerlos por entender que carecen de todo efecto. No es así.

Por el contrario, el acto testamentario en que concurran, o en el que parezca que han concurrido, los requisitos esenciales que han quedado expuestos, debe ser tenido en cuenta por el Derecho sobre la base de entender que sus carencias pueden tener remedio en el futuro y que el acto ha provocado un cambio en la realidad jurídica.

Un acto es relevante en Derecho cuando se le reconoce que existe al ser causa de un cambio de la realidad jurídica.

Ese cambio da lugar a unas consecuencias concretas que surgen con cierto alcance jurídico, ya en la esfera del propio otorgante autor del acto, ya en la de otros sujetos. Éstas pueden ser ya consideradas como propio efectos jurídicos, lo que implica y equivale a decir que la relevancia es el reconocimiento de existencia en Derecho porque implica una cierta eficacia, acaso rudimentaria, sólo potencial, pero eficacia. Aceptamos, pues, sin el menor titubeo, la tesis de FALZEA (12).

Así, en el caso de los llamados testamentos excepcionales, en que apenas existe un acto mínimo de otorgamiento y sólo le acompaña una insignificante solemnidad, y en que el acto otorgado, además, es oral, se atribuye un deber a los que fueron testigos en él, el de escribir la voluntad otorgada, a que se refiere el artículo 702, “siendo posible”. O que el tes-

(12) FALZEA, Angelo: *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano, 1941, p. 26. En la página siguiente contrapone eficacia “potencial” y “actual”.

tamento militar se formalice por los testigos ante el auditor de guerra (art. 719). Si el acto ya se otorgó por escrito, dar a éste el destino señalado para que, en su momento, pueda ser aportado al expediente judicial que ha de tramitarse (art. 718). Que, caso del testamento marítimo, se anote en el libro de navegación. Etc.

En todo caso, ya escrito el acto testamentario, la persona en que se ha depositado o lo tenga en su poder, podría convertirse en indigna para suceder al causante si, caso previsto en el artículo 756,6.º, lo ocultare, dejando de presentarlo en el expediente judicial a que nos hemos referido. El acto testamentario es, por tanto, relevante y produce una cierta eficacia.

Hay que dejar constancia clara, sin embargo, de que si bien la relevancia tiene un valor que no se puede ignorar ni desconocer, hay que añadir que tal valor está teñido de debilidad y su existencia es precaria.

III. De la relevancia a la eficacia: el testamento público

El acto testamentario está dirigido a la consecución de un determinado cometido que consiste en que la voluntad que ha sido declarada produzca los concretos resultados jurídicos, consistentes en la regulación de la sucesión hereditaria del sujeto. Pero ese cometido, esos resultados no los logra por sí solo, como acabamos de ver.

El paso de la relevancia a la eficacia se consigue dando otro que lleva desde el acto al documento si el acto fue oral. Y, de estar ya escrito, desde él al documento auténtico, al documento dotado de una determinada forma que la ley ha establecido, la escritura pública, el llamado testamento notarial, que es un instrumento público, que ha sido adornado con una forma esencial que documenta un negocio jurídico *mortis causa* que consiste en el acto individual de una persona física que emite una declaración de voluntad conscientemente dirigida a regular la sucesión hereditaria del propio sujeto otorgante.

Esta es la evolución que podemos llamar interna, que conduce a la aparición del testamento público de carácter notarial, pero que no se aprecia con claridad desde el exterior.

Pero la evolución propiamente dicha se ve con nitidez en los casos en que, adquirida por el testamento privado una cierta entidad jurídica independiente que se caracteriza por la relevancia, la mantiene durante un cierto tiempo, pasado el cual se halla ante una alternativa:

— O la relevancia se pierde (con lo que el testamento privado se extingue y desaparece, y se dice que ha caducado).

— O ha de tomar el camino que le puede conducir a la eficacia, con-

virtiéndose en el verdadero testamento que quiere ser y que, por el momento, aún no es. Este camino es un expediente judicial que se ha de incoar, tras la prueba de que el testamento privado ha conservado su relevancia, es decir, no ha caducado en el momento en que el expediente es incoado. Este expediente está destinado a comprobar si el testamento privado merece o no ser un verdadero testamento.

Acreditado que goza, con las necesarias garantías, de todos los presupuestos, requisitos y solemnidades que la ley exige para el caso de que se trata, el testamento privado pasa de la relevancia a la eficacia, porque nace un testamento nuevo, un testamento público al que llamaremos testamento judicial, como más adelante se verá. Si el juez lo declara así, es sin perjuicio de tercero, en expediente de jurisdicción voluntaria. Como es natural, siempre cabe discutir en juicio contradictorio esta decisión judicial (sea o no verdadera decisión jurisdiccional).

Pero ahora tenemos que ocuparnos del testamento público notarial. No sin advertir que tiene dos modalidades, abierto y cerrado, pero que sólo al primero hemos de referirnos. En adelante, pues, siempre que se emplee la expresión “testamento notarial” se sobreentiende referida al notarial abierto, ya que sólo éste interesa a nuestros fines (13).

IV. El testamento notarial y sus requisitos

Por ser documento, el testamento notarial se escribe (14), dura y permanece escrito y así es conservado y custodiado. Sin embargo, aunque el acto testamentario quede envuelto en el ropaje documental, ello no obsta para que siga teniendo su propia entidad diferenciada dentro del documento. Por eso es preciso distinguir requisitos del acto y requisitos del documento.

Según cita de VALLET (15), a quien seguiremos en esta materia, SA-

(13) No está de más mencionar que el testamento notarial cerrado está en desuso desde hace muchas décadas. Cientos de notarios han terminado su carrera sin haber autorizado ninguno. El autor de estas líneas se considera una excepción: autorizó un testamento cerrado, por cierto, en el primer destino que sirvió.

(14) Véase RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 2006, p. 366. “El testamento abierto notarial no es nuncupativo, sino escrito. Es una forma totalmente escrita bajo pena de nulidad”. En este punto sorprende sobremanera que autor tan sólido y prestigioso como GONZÁLEZ PORRAS se refiera –aunque sea de modo incidental– al testamento notarial como “testamento nuncupativo ordinario” en la obra que se cita en la anterior nota 6, p. 218.

(15) VALLET DE GOYTISOLO, Juan, a quien seguimos en esta materia casi al pie de la letra, se ocupa de ella en su *Panorama del Derecho de sucesiones*. Editorial Civitas, Madrid, 1984, tomo II, pp. 45 y ss.

NAHUJA daba el nombre de solemnidades a los primeros y reservaba el de "formalidades" para algunos de los requisitos del documento. Una antigua sentencia niega que tal distinción exista (16).

A) Los requisitos del acto y su expresión documental.

- 1.º Presencia de notario competente.
- 2.º Presencia de testigos, en su caso.
- 3.º Lugar y data.
- 4.º Declaración de la voluntad testamentaria.
- 5.º Unidad de acto.
- 6.º Firma de los asistentes.

De todos ellos, sólo el relativo a la unidad de acto necesita explicación.

La unidad de acto respondía a la idea de que en el acto del otorgamiento no hubiera interferencia alguna de otros actos extraños a él y en este sentido era exigida ya en el Derecho Romano.

Hoy, a nuestro parecer, tiene un sentido relativamente nuevo y distinto. Creemos que es un requisito esencial del acto que, al constar en el documento, da a éste una gran originalidad. Ya que el puro acto de otorgamiento que el autor de la declaración hace ante el notario testamentario notarial se funde en el texto del documento que éste redacta y autoriza. La unidad de acto se potencia con la fusión que se produce entre el otorgamiento y la autorización, la fusión de lo que es la voluntad que declara el testador y de lo que el notario documenta (17).

El requisito había planteado graves dudas sobre cuál era su momento inicial si se le ponía en relación a lo que es el acto en que el testador declaraba su última voluntad. Quedaron despejadas cuando se admitió la inveterada práctica notarial del período preparatorio del testamento.

En la práctica el otorgamiento del testamento viene precedido por un contacto entre testador y notario en el que el primero, que está animado

(16) La S. de 16 de febrero de 1891 negó la diferencia diciendo que "la ley no distingue entre las [formalidades] exigidas para este caso [por el art. 697 para el testamento notarial abierto] y las solemnidades propias de los testamentos". No parece ser sino la simple consecuencia de no plantearse con rigor el problema de qué es necesario para que exista el acto testamentario en sí mismo, y qué para la eficacia del documento que lo formaliza.

(17) La unidad de acto no es más que una suerte de *factio iuris*. En ella se consideran producidos simultáneamente actos que nacieron en realidad de modo separado, como actos distintos en momentos diferentes, aunque consecutivamente muy próximos. Es ver un acorde donde realmente existe un arpeggio. La secuencia "lectura-consentimiento-firma-autorización" está compuesta por actos distintos que se producen uno detrás de otro. Pero conviene destacar la idea de su íntimo enlace y conexión y el Derecho "finge" que se han producido a la vez. En "unidad de acto".

por el serio propósito de testar, expone su situación familiar y formula la voluntad empírica que tiene formada. En el desarrollo de la labor asesora del notario, esta voluntad se va concretando y depurando en su adaptación a la ley que se le ha de aplicar y, logrado el acuerdo, el notario queda encargado de su redacción.

Una vez aceptada la existencia de un período preparatorio del testamento, el asunto se zanjó con la Reforma del Código Civil por la Ley 30/1991, tras de la cual su artículo 699 indica de modo expreso y concluyente que la unidad de acto se inicia con la lectura del testamento.

En consecuencia, comprende la lectura, el otorgamiento o declaración del testador de que es conforme con su voluntad ya declarada, su firma o corroboración gráfica de éste, y la firma de los demás asistentes, los testigos en su caso y la dación de fe, firma, rúbrica y sello del notario, que entrañan y constituyen la autorización.

B) Requisitos del documento.

La “forma” documentadora que es el testamento notarial precisa que en ella consten ciertos datos, las consignaciones a que se refería SANA-HUJA con el nombre de “formalidades”. Son los siguientes:

— 1.º Presencia de notario competente. El acto testamentario notarial exige la presencia de un notario que sea hábil para actuar en el lugar en que el acto se produce. La competencia territorial de los notarios se rige por la Legislación notarial.

— 2.º Concurrencia de los testigos instrumentales si fueren necesarios por darse alguno de los casos que prevé el artículo 698.

— 3.º Lugar, hora, día, mes y año en que sucede el acto.

— 4.º Identificación del autor del acto, del testador, como presupuesto de la autenticidad del contenido del testamento que otorga. En sentido estricto es el caso del testador a quien el notario conoce. En su defecto, se admite:

4.1. El conocimiento del testador por dos testigos que, a la vez, por su parte, han de ser conocidos por el notario (son los llamados “testigos de conocimiento” para diferenciarlos de los instrumentales).

4.2. El aseguramiento de la identidad del testador por los medios supletorios que indican el artículo 685 del Código y el 23 de la Ley del Notariado.

4.3. Por último, conforme dispone el artículo 686, si la identificación del testador no fuera posible por ninguno de tales medios, el notario reseñará los documentos que el testador haya presentado con tal fin y sus se-

ñas personales. Es clara la intención del Código de procurar, a todo trance, que el testamento no deje de otorgarse por tal causa, pensando, sin duda, que siempre será posible, en su día, acreditar la identidad del testador. Sorprende que, sin ella, pueda tal testamento ser eficaz. Pero lo es. Así resulta del propio precepto, pues “si fuere impugnado el testamento por tal motivo”, el que defiende su validez podrá probar la identidad del testador; la carga de la prueba queda a su cargo.

— 5.º Apreciación de la capacidad del testador, en la fecha del acto que es a cargo del notario, que la hace “a su juicio” (art. 696).

— 6.º Lectura y otorgamiento. El testamento ha de leerse en voz alta para que el testador oiga lo que el testamento dice que es su voluntad, a fin de que, al oírla, pueda comprobar si lo leído y escuchado está conforme con lo que ya había manifestado al notario en la fase preparatoria para que redactara el testamento. Si está conforme, otorga. La conformidad del testador con la lectura, que menciona el artículo 695, es la expresión misma de su voluntad, el propio verdadero otorgamiento, esencia del acto que se solemniza.

— 7.º Daciones de fe individualizadas de la identificación o del conocimiento, juicio de capacidad, lectura en voz alta del testamento por el notario (18), de la conformidad del testador con ella y de que es su última voluntad y las firmas o del modo en que, en su caso, se hayan suplido. Y

— 8.º Dación final de fe y autorización.

C) Eficacia del testamento notarial.

Lo que caracteriza al testamento notarial es su eficacia. Ahora bien, no es la misma para todo el testamento. Lo que el notario dice en el documento testamentario del que es autor origina efectos de distinto alcance:

1. Certeza jurídica plena que se produce salvo declaración de falsedad obtenida en el adecuado procedimiento judicial, previa la correspondiente querrela, y recae en los siguientes hechos:

- a) Lugar y fecha completa del otorgamiento.
- b) Lectura en voz alta del testamento.
- c) Conformidad expresada por el testador.
- d) Firma por el testador y testigos, en su caso.

(18) Esta es la práctica notarial constante. Aunque el Código no exija que la lectura en voz alta la haga el notario, siempre se ha entendido así.

2. Presunción "*iuris tantum*" de veracidad, destruible por medio de pruebas concluyentes apreciadas judicialmente. Se aplica a juicios del notario respecto a las declaraciones del otorgante.

- a) Juicio sobre la identidad o conocimiento del testador.
- b) Juicio o apreciación de su capacidad.
- c) La voluntad declarada, consciente y libre de vicios como violencia, dolo o fraude.
- d) La legalidad de las disposiciones o contenido de la declaración de voluntad del testador.

V. El testamento y sus clases en el Código Civil

El Código distingue varias clases de testamentos. Conforme al artículo 676: "El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado". Y el artículo siguiente, 677, dice: "Se considerarán testamentos especiales, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero".

Algunas de estas clasificaciones carecen de rigor. El artículo 676, tras haber contrapuesto el testamento común frente al especial (en realidad, a los especiales), añade extrañamente en su segundo párrafo lo que parece ser una subdivisión del común, que: puede ser ológrafo, abierto o cerrado, que responde a un criterio distinto, pues los dos últimos son modalidades del testamento notarial o público, como de modo expreso reconocen, respectivamente, los artículos 694 y 706.

Por su parte, la distinción entre testamentos abiertos y cerrados atiene a la circunstancia de que la voluntad del testador sea manifiesta o, por el contrario, sea secreta, y se mantenga oculta a las personas que asisten a su otorgamiento; no puede negarse que es muy curiosa y puede revelar matices de la psicología del testador, pero su fondo es coyuntural y de escasa relevancia. Sólo tiene interés en orden a la idoneidad de los testigos (art. 682) y a que va a dar lugar a diferentes sistemas en cuanto a la forma de su otorgamiento y a unos diversos procedimientos de conservación y custodia.

Al escaso relieve de tal criterio de clasificación hay que añadir su misma impropiedad, pues debe hacerse notar que el artículo 721 se refiere a un testamento militar cerrado y el 722 a testamentos marítimos abiertos o cerrados, y ni el militar ni el marítimo son testamentos comunes, sino especiales.

En cambio, es justo resaltar la importancia que tiene contraponer por un lado, los testamentos comunes, que son el testamento notarial y el ológrafo, que la ley permite otorgar a cualquier persona capaz y en cualquier

momento y circunstancia y, por otro, los que no son comunes, porque sólo pueden ser otorgados por las personas que se hallen en unas muy concretas circunstancias, como ocurre con los testamentos especiales y, grado sumo, en los que suelen calificarse de excepcionales.

A estos últimos testamentos y a su razón de ser o causa de su creación por el ordenamiento jurídico se refiere la STS de 10 de julio de 1944 al decir: “La propia ley, para proveer a circunstancias extraordinarias, establece formas especiales simplificadas [de testar] en las cuales se facilita la expresión de la última voluntad a ciertas personas y en determinadas circunstancias”.

Pero en ellos surge la dificultad de compaginar su existencia, debida a unas situaciones anormales que no permiten grandes exigencias y requieren alguna simplificación, con la necesidad de que cumplan los requisitos y garantías que es indispensable que les sean exigidos en función de sus trascendentales efectos, regular una sucesión *mortis causa*.

La dificultad parece hacerse insuperable porque el Código carece de normas definitorias de los requisitos que todo testamento, en cuanto tal, deba tener. Estudia con todo rigor y detalle el testamento más frecuente, el testamento notarial, y fija con precisión sus requisitos y solemnidades; pero los otros testamentos de que hablamos sólo han merecido una regulación de gran pobreza que suscita incontables dudas. La jurisprudencia llamada a resolverlas, al equivocar el modelo elegido para ello, no sólo no las ha resuelto, sino que las ha incrementado.

Pero la clasificación por la que muestra su abrumadora preferencia la doctrina es la que se apoya en la forma pública o privada de los testamentos, entendidos en su acepción de documento. Lo explica su solidez y utilidad por razón de sus respectivos efectos. Por todo ello la doctrina se inclina a entender que es más sólida y más útil la clasificación presidida por el criterio de la forma, la de testamentos públicos y privados (19).

VI. Testamentos públicos y privados o pretestamentos

El Código no recoge de modo expreso este criterio de diferenciación ni su terminología. Pero lo acepta de hecho cuando, en su articulado, aplica sus efectos y consecuencias a los testamentos que regula.

(19) En materia de testamentos, la palabra “público” puede emplearse referida a su forma, a su autor o a su contenido. En el primer caso, que es el trascendente, se contrapone a privado, y es al que aquí vamos a referirnos. En el caso del autor, es importante en el testamento notarial, como se verá, porque hay un autor del documento y un autor del acto de otorgar o declarar la voluntad. Cuando se aplica al contenido, como ya se dijo, apenas es algo más que una pura anécdota.

Son testamentos públicos aquellos cuyo otorgamiento se hace en presencia de ese funcionario u oficial público que es el notario; los privados, que, sin su concurso, se otorgan ante personas que ostentan o desempeñan determinados cargos, sólo ante testigos e incluso sin nadie más que el testador.

Dado nuestro propósito, antes expuesto, vamos a referirnos aquí tan sólo a lo que diferencia a los testamentos públicos o privados, eligiendo entre los públicos al notarial abierto y entre los privados al testamento en inminente peligro de muerte, como representante de todos los testamentos privados que no son comunes. Queda fuera el testamento ológrafo, por su carácter de testamento común, aunque habrá referencias a él.

A) Los testamentos públicos.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 704 del Código Civil, en nuestro Derecho el testamento público por excelencia es el testamento notarial, sea abierto o cerrado.

El testamento es un acto solemne porque para su validez es requisito imprescindible una determinada forma que la ley impone a los ciudadanos. Y con tal rigor que la forma es la que viene a dar el ser a la cosa. *Forma dat esse rei.*

Una de las más importantes misiones de esta forma esencial es la de que quede asegurada la autenticidad del testamento, en aras de su elevada trascendencia social y jurídica. Y las solemnidades que, como luego se verá, han de integrar, además, esa forma, tienden a garantizar, de una parte, la libre manifestación de la verdadera voluntad y, de otra, la de asegurar la identidad y la conservación del testamento. En frase de SANAHUJA (que recuerda VALLET), “que es auténtica, segura y permanente la última voluntad”.

Parece natural que, teniendo el Código una sección que titula “De la forma de los testamentos”, se recogiesen en ella los efectos de los diversos testamentos que regula, por razón de la forma que para su eficacia se exija.

Pues no es así y lo hace en la que titula “Del testamento abierto”, cuyo primer artículo, el 694, comienza diciendo que el testamento abierto debe ser otorgado ante notario. Y es más adelante y después de regular la caducidad de unos testamentos de tipo excepcional y con formas muy simplificadas, donde aparece el artículo 704, con el siguiente texto:

“Art. 704. Los testamentos otorgados sin la autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

De la forma negativa en que el precepto está redactado resulta, tácitamente, *sensu contrario*, que los testamentos que autoriza el notario son eficaces; y que lo son por la autorización misma y desde el mismo momento en que se produce.

Sensu directo, el precepto dice que los no autorizados por notario son ineficaces hasta un momento posterior que resulta ser aquel en el que la autoridad judicial los advera y homologa para decretar después su elevación a escritura pública y protocolización.

El testamento notarial es, por tanto, la forma pública esencial de la que ha de estar revestido para tener eficacia. Es esa forma la que le da el ser.

La eficacia del testamento notarial nace, conjuntamente, de la actuación del notario, por la autorización en sí misma que le da forma pública, y por las “formalidades” que, como vimos, acompañan a dicha autorización y han de expresarse en el propio texto del testamento que redacta, junto a lo que es contenido sustancial, la declaración hecha por el testador con todos los requisitos esenciales del acto.

Pues entonces, si el testamento ha de estar autorizado por notario para ser eficaz, los otorgados sin esa autorización, a los que esa eficacia se le niega, ¿qué son? Son otra cosa... lo vamos a ver a continuación.

B) Los testamentos privados o pretestamentos.

Los testamentos que la doctrina llama privados, y nos hemos atrevido a denominar pretestamentos, son los que conforme al Código carecen de autorización notarial, han llegado a la vida por un acto humano de voluntad, y que, en cuanto tal puede tener cabida en alguna de las modalidades establecidas al efecto en la ley.

Podrá no ser testamento pero el acto otorgado contiene una declaración de voluntad que pretende regular la sucesión para el caso de muerte del propio sujeto. Admitido esto, tal declaración es una semilla o embrión de testamento.

Y ante ella el Derecho no puede cerrar los ojos, ni ignorarla ni desconocerla y tiene que aceptar, ha de reconocer que ha producido una modificación de la realidad jurídica. Para ello sólo se necesita que tal declaración encaje en alguna de las modalidades que regula la ley y parezca hallarse en las circunstancias y cumplir los requisitos exigidos.

Por ello nos hemos atrevido a dar a esos llamados testamentos privados, que no lo son pero tienden a serlo, la denominación nueva, la de “pretestamentos”. Son testamentos *in fieri*, están “haciéndose”, se hallan en período de formación. El acto que se otorga, por su contenido, que es expresión de la voluntad testamentaria, pero no produce por sí mismo, *ab*

initio, los efectos jurídicos de un testamento. Porque, en puridad, no lo es “todavía”.

No es otra cosa la que expresa SÁNCHEZ ROMÁN (20) cuando, en esta materia y respecto a la necesaria elevación a escritura pública y protocolización, dice que “es un requisito indispensable, sin el que tal testamento no es válido o no llega a su estado legal de perfección”.

El pretestamento, al adquirir relevancia, es investido como testamento *in potentia*; después, más adelante, una vez sea ya “perfecto” logrará eficacia, si logra superar ciertas pruebas a que, de modo necesario, se ha de someter y en virtud de las cuales quede acreditada su condición de testamento *in actu*.

Pero para ser pretestamento y lograr relevancia ha de consistir en una voluntad testamentaria regida por ciertos presupuestos y requisitos.

Y es que, además, el testamento privado no sólo es un testamento incompleto o en formación, como un acto complejo, necesitado de otros requisitos o concausas posteriores para ser el testamento que quiere llegar a ser. Porque ni siquiera la propia relevancia que con él surge es firme y definitiva, sino sólo provisional, y amenazada de extinción por su eventual caducidad.

La consecuencia, trascendental, es que un pretestamento para producir sus naturales efectos ha de convertirse en público de un modo absolutamente imprescindible. Ello implica, aunque no suele advertirse: que se den en él de modo necesario tres fases distintas (21):

La *primera fase* es aquélla en que nace el acto, un acto de la voluntad capaz de gozar de una cierta sustantividad que cambia la realidad jurídica antes existente, que se producirá si en aquel acto se han dado los presupuestos y requisitos que la ley haya establecido con tal fin, es decir, lo necesario para ser relevante en Derecho. Por eso llamamos a esta fase *fase de relevancia*.

Pasa a continuación a una *segunda fase*, a la que llamamos de “*conservación de la relevancia*”, cuyo único requisito es negativo, que no se haya producido la caducidad.

(20) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, 1910. Tomo VI, volumen 1.º, p. 506.

(21) Que existen estas fases, y sus consecuencias, es algo que no se suele tener en cuenta, lo que da lugar a una grave confusión, fuente inagotable de errores, como tendremos ocasión de ver. Lo que se olvida es que hay –tiene que haber– unos requisitos para una y otra fase, para que el testamento privado pueda *otorgarse* según dispone la ley, y otros requisitos, para que aquella expresión de una voluntad dirigida a producir en su día los *efectos de un testamento* llegue a producirlos, es decir, sea una voluntad válida y eficaz en la que se den los requisitos que se exigen para el testamento propiamente dicho.

Con la falta de caducidad se entra en la *tercera fase*, que es la *fase jurisdiccional*, mediante la incoación del expediente judicial de adveración y homologación.

Tal vez el hecho de que el Código, sin la menor alusión a su función sustantiva, se haya limitado a una simple remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, sea la causa de la degradación que sufre (22). En verdad, su importancia es vital, y el juez adquiere rango de protagonista.

Este expediente es de imprescindible tramitación para todo tipo de testamento privado. En él se examinarán los requisitos que el acto testamentario necesitaba para adquirir relevancia según su clase, y se dieron los de validez y eficacia, como son la identidad y la capacidad del testador, para ser un verdadero testamento (23).

Si la resolución del juez es estimatoria, el pretestamento queda convertido en testamento público judicial, título sucesorio material.

Si el fallo judicial fuera desestimatorio, no sólo no se produciría la eficacia, sino que se extinguiría la relevancia inicial.

C) Testamento notarial y testamento judicial.

Consecuencia de cuanto se acaba de exponer es que, en nuestro Derecho, los testamentos públicos son dos:

El testamento notarial se otorga ante un funcionario público, que es el notario, que autoriza una escritura pública en la cual comparece el testador para expresar su voluntad testamentaria, que consta en el cuerpo del documento acompañada de una serie de declaraciones y asertos del notario autorizante a través de los cuales se dota a aquella voluntad de las garantías precisas de autenticidad, en especial, la identidad y capacidad del testador, y el cumplimiento de todas cuantas formalidades exige para ello la ley.

Así pues, el testamento notarial se caracteriza por ser público desde el mismo momento en que el testador otorga su voluntad, que ha de regir su propia sucesión hereditaria. Otorgamiento y autorización son simultáneos. La escritura matriz, instrumento público, es el título sucesorio material. La primera copia autorizada, que suele ser expedida a instancia del

(22) Es curioso, y no deja de producir extrañeza, que el procedimiento para examinar los requisitos de eficacia de un testamento ológrafo ya relevante por haber cumplido los exigidos para esa relevancia, se regulen en los artículos 689 a 693 del Código Civil, y que los procedimientos, con función análoga, de los demás testamentos privados se hayan remitido a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(23) Respecto de los testamentos llamados excepcionales, dice Mucius SCAEVOLA (*Código Civil*. Segunda edición a cargo de MORENO MOCHOLÍ. Reus. Madrid, 1950. Tomo XII, p. 526) que "son letra muerta si no reciben su confirmación de la autoridad judicial".

sucesor o sucesores, instrumento público también, es el título sucesorio formal habilitante para el tráfico jurídico, unido a la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad, que acredita su vigencia como último testamento otorgado por el causante.

La "toma de razón" en dicho Registro se practica mediante la comunicación que el notario autorizante obligatoriamente debe cursar, conforme dispone el Reglamento Notarial en el artículo 3.º a) de su Anexo II.

El testamento judicial (como nos atrevemos a calificarlo) es el que el juez, en una resolución con forma de auto y en el expediente establecido a tal fin, sin perjuicio de tercero, declara formalmente averado y homologado como verdadero testamento el que, en su calidad de testamento privado (o pretestamento) se había sometido a su consideración.

Para declararlo así el juez, una vez realizadas todas las alegaciones, testimonios, peritajes y, en general, las pruebas de todas clases que estime pertinentes, ha podido comprobar que en dicho pretestamento se han cumplido todos aquellos presupuestos, requisitos sustantivos y solemnidades previstos en la Ley para el caso.

En el expediente han de tenerse en consideración y se han de resolver las mismas cuestiones sobre las que se pronuncia el notario al autorizar el instrumento público testamentario, en relación con los requisitos propios del otorgamiento del acto que se documenta.

Pero con la grave diferencia en contra del juez de que aquí se han de hacer en relación a una realidad pretérita, con todas las dificultades que ello implica, mientras que el notario hace todas sus aseveraciones, apreciaciones o juicios respecto de lo que ocurre en su presencia.

Y, además, la difícil tarea del juez abarca también cuestiones que al notario le son ajenas por completo, como por ejemplo, la verdad de la existencia de las circunstancias coyunturales que han permitido la declaración de voluntad otorgada o la aplicación de la caducidad de ésta, aparte los problemas de procedimiento propios del expediente incoado (24).

El auto estimatorio de la averación, como documento público, es el título sucesorio material. La elevación a escritura pública y la protocolización que el propio auto ha de decretar, hay que entender se refieren al pretestamento averado, como medio de unificación de la conservación y custodia de los testamentos públicos. La copia que el notario autorice será el título sucesorio formal.

(24) A diferencia del notario, que puede, en ciertas ocasiones, excusar su ministerio, el juez está obligado inexcusablemente a resolver por el artículo 1.7 del Código Civil. Parece claro que, dada la trascendencia de la materia, el juez con dudas ha de inclinarse a la desestimación y resolver en contra de la averación. Junto a su grave dificultad, todo ello pone de relieve la enorme importancia de este expediente y el papel estelar que la Ley pone a cargo del juez en toda esta materia de averación de testamentos privados.

El propio artículo 3.º del citado Anexo II del Reglamento Notarial dispone también la toma de razón en el mismo Registro: “c) De la protocolización de los testamentos ológrafos y de los abiertos otorgados sin autorización de Notario...”. Decretada por el juez la adveración del “pre-testamento” y su elevación a escritura pública, cuando ésta se formalice el notario autorizante tendrá que hacer la correspondiente comunicación al mismo Registro (25).

No parece innecesario concluir con la mención de una nada pequeña diferencia que existe entre las dos clases de testamento que acabamos de mencionar.

El testamento notarial tiene al otorgarse, como ya se ha dicho, una eficacia *sui generis*. Pues por ser un acto *mortis causa* no va a producir realmente sus efectos verdaderos y típicos hasta que se produzca lo que suele llamarse *conditio iuris*, es decir, la muerte del testador, a la que preferimos calificar de concausa de eficacia, tal como enseña FALZEA en la obra antes citada.

No sucede así en los testamentos judiciales, ya que, nacidos por la adveración judicial del expediente, su eficacia plena y típica es inmediata, porque en tal momento ya ha muerto el testador.

D) Sus correlativos títulos sucesorios.

La doctrina distingue el título sucesorio material, causa o razón de ser por la que una persona puede convertirse en sucesor hereditario de otra; y el título sucesorio formal, que es el documento que le permite acreditarlo así, y será habilitante para justificarlo, en su caso.

Veamos ahora, para concluir esta primera parte, qué relación tienen con las dos clases de testamentos públicos que hemos visto.

El testamento notarial abierto da lugar a la aparición de dos documentos, ambos públicos: la matriz, el original donde constan las firmas de cuantos asistieron al otorgamiento junto a la del notario, y su copia autorizada que, complementada con otros documentos auxiliares, acreditará la existencia del título material y permitirá adquirir la cualidad de sucesor hereditario. Solicitada porque quien tenga derecho a ella o justifique interés legítimo, la expide el notario custodio del protocolo en que figura el original de aquel testamento, y que puede no ser el mismo que lo autorizó.

(25) Es interesante advertir, respecto del testamento ológrafo, que la letra b) de la misma norma permite su toma de razón en el Registro antes de su adveración por el juez, es decir, en su primera fase de relevancia, cuando aún no es más que un pretestamento. Pero se le exige al testador, para ello, que lo pida así en acta notarial en la que “se expresen la fecha y el lugar de su otorgamiento, además de las circunstancias generales a que se refiere el artículo siguiente”.

Pues bien, el primero de ellos es el título sucesorio material, en que el testador designa y llama a los que quiere que le sucedan. La copia autorizada, en unión de los documentos que acreditan la vigencia de ese testamento y el óbito del testador, habilitará al llamado para adir la herencia y convertirse en sucesor del causante (26).

En el testamento judicial, el título sucesorio material es el auto que advierte y declara verdadero testamento el que se aportó al expediente. Que su elevación a público y protocolización notarial se ordenen también no es sino el medio para lograr su conservación y custodia y la expedición del título sucesorio formal. Este es el carácter que adquiere la copia notarial del expediente protocolizado.

SEGUNDA PARTE

EL PRETESTAMENTO DEL ARTÍCULO 700 CC

“Artículo 700. Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.”

El 702 dice que, siendo posible, deberá escribirse, pero que, no siéndolo, valdrá aunque los testigos no sepan escribir. El 703.1, que quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte. Y el 703.2, por último, tiene el siguiente texto: “Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente”.

El testamento a que el Código se refiere en el artículo 700 y que se otorga sin necesidad de notario es, por ello, como se ha visto en la primera parte, un testamento privado, es decir, en nuestra denominación, un pretestamento.

(26) El sucesor que actúa en la vida acreditando esa cualidad mediante la exhibición de la copia del testamento, puede darse cuenta de la distinción entre ambas clases de título sucesorio con una sencilla observación. Le basta fijarse en que, al final de la copia que se expidió a su instancia y en el párrafo que precede a la firma del notario, consta la fecha en que se libró, fecha del documento, *título sucesorio formal*, muy posterior a la que figura en el testamento que en ella se transcribe que es la fecha en que se otorgó ante el notario la última voluntad del testador, la designación como sucesor que es el *título sucesorio material*.

Según vimos, la vida de los que se suelen denominar testamentos privados pasa por tres fases sucesivas, la primera de las cuales es el otorgamiento del acto, la que denominábamos “de relevancia”.

Para iniciar el camino explicado en la Introducción se ha de comenzar por lo que calificamos de modelo legal.

¿Qué es lo que queremos decir con la expresión “*modelo legal*”? Sin la menor vacilación respondemos que el modelo legal es el que se refiere al acto testamentario en el momento en que es otorgado, conforme está recogido en el texto de dicho artículo 700 complementado con el 702. De ellos dijo con acierto el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de febrero de 1891: “Los artículos 700 y 702 del Código Civil guardan entre sí íntima relación y hay que apreciarlos juntamente”.

I. El modelo legal y sus requisitos

1. Requisitos simultáneos.

La simple lectura del artículo 700 da una idea muy clara: si una persona quiere testar cuanto se halla en inminente peligro de muerte la ley le permite hacerlo por la urgencia del caso, sin necesidad de notario, ante cinco testigos tan sólo.

Reflexionando sobre esta idea se aprecia que hay algo central en ella, que es el acto de testar y dos circunstancias que la rodean, una que es la particular situación del sujeto, y otra, la exigencia de que estén presentes cinco personas más, como testigos.

Si se tiñe de sentido jurídico resulta que hay: 1.º Una situación que es ajena al acto, pero que le es básica y atañe al sujeto que lo va a otorgar, la inminencia de muerte que le está amenazando y se alza como “causa” única justificativa de la existencia del precepto. 2.º Un acto, “el acto esencial” que es la declaración del que testa, expresando su voluntad de regular su sucesión hereditaria. Y 3.º Que esa declaración se haga en presencia de cinco personas, que se califican de testigos y que han de ser idóneos, hábiles o aptos conforme a la ley, con el fin de dar solemnidad al acto de testar.

Esta valoración jurídica comporta que los tres elementos son imprescindibles para que exista el acto a que se refiere el artículo 700. Todos ellos deben darse para que el Derecho lo tenga en cuenta y lo considere jurídico. Todos son esenciales, pero tal vez no tengan la misma consideración, si se refieren a aspectos distintos de un acto único. En efecto, en sentido amplio son requisitos esenciales del acto, pero cada uno de ellos es distinto de los otros. Al primero, preferimos calificarlo de presupuesto,

porque precede al acto, reservando el término requisito para los otros dos, el acto en sí y la contemporánea presencia de los testigos.

A) Presupuesto: inminencia de muerte.

a) La idea de inminencia.

Recordando lo dicho, con carácter general, en la primera parte sobre los requisitos esenciales del acto testamentario se observa que hay ahora un “plus” no exigido allí, el que hemos llamado presupuesto ocasional. Es lógico, porque al acto testamentario en sí se le añade aquello que la ley considera imprescindible para que el acto testamentario tenga el sentido excepcional con el que va a ser regulado. Y que será requisito esencial en este tipo de acto testamentario.

Es evidente que no se trata de un testamento común, porque no se pone a disposición de todo testador, sino sólo de quien se halle en una especial situación sin duda excepcional, que es hallarse ante la inminencia de la muerte. Es un requisito previo al acto, un verdadero presupuesto de éste, que sólo cabe si se da, en cuanto se dé y mientras se dé esta anómala particularidad.

La idea de muerte preside el texto del artículo 700 del CC, que emplea respecto de ella el término “inminente” (27).

En el hombre la muerte es segura. Pero a lo largo de su vida hay momentos en que puede ser improbable, posible, probable y próxima o inminente. Que en cada uno de esos momentos pueda la muerte sobrevenir o no, es lo que se llama contingencia. La muerte no es contingente; pero sí lo es que pueda suceder en un determinado momento de la vida. *Certus an, incertus quando*.

El adjetivo “inminente” se aplica a lo que sucede o puede suceder muy pronto, de un momento a otro, y tiene, en lo etimológico, un doble sentido: de un lado, es lo que amenaza; de otro, lo próximo, lo cercano. Pueden compatibilizarse sin dificultad. Lo inminente amenaza de un modo urgente porque está próximo.

En la frase textual del artículo 700 se enfatiza el valor de la inminencia al colocarla al comienzo de la frase, incluso a costa de la gramática, porque es claro que lo inminente es la muerte, no el peligro.

La inminencia de la muerte es, más que un requisito, un verdadero presupuesto de carácter ocasional o coyuntural del acto y se refiere a la circunstancia ambiental en que el acto se ha de producir. Se le podría

(27) “La palabra más expresiva y más adecuada”, dice Mucius SCAEVOLA, *Código Civil*. Segunda edición a cargo de MORENO MOCHOLÍ. Reus. Madrid, 1950. Tomo XII, p. 504.

considerar como el escenario “único” en el que ha de surgir el acto para que reciba propia valoración jurídica.

b) Inminencia de muerte del que va a testar.

Va de suyo que la inminencia de muerte se predica de quien quiere o desea testar, porque verdadero testador es, en rigor, quien testa o ya ha testado.

Esa inminencia de la muerte viene a acentuar lo que hasta aquel momento pudo haber sido sólo una intención, a considerar con calma. El deseo, inconscientemente acallado tal vez, se transforma en ansia. A la pasividad le sigue la prisa. Hay que testar. No caben ya esperas.

En lo sustantivo, esto es lo fundamental: la única cuestión que interesa. Si no hay una persona que quiera testar con urgencia verdadera porque se halle en inminente peligro de muerte no cabe el testamento del artículo 700, pues se parte de esta precisa circunstancia que es su razón de ser, su requisito “esenciadísimo y capital” (28), su *causa*.

De hecho es el punto central alrededor del que todo gira, la clave que permite dar sentido a este modo de testar y que, a la vez explica la regulación que recibe; es la estrella que nos orienta sobre cómo se ha de suplir lo que en ella se haya omitido.

A nuestro juicio, para resolver cualquier duda que pueda surgir en los muchos aspectos que deben examinarse en un testamento privado o pretestamento excepcional como el que nos ocupa, no hay más orientación que la resultante de dos focos:

— Cuáles son los requisitos mínimos que se han de dar en el acto testamentario para que en Derecho merezca tal concepción, y

— Cuál es la causa concreta que determina esa excepcionalidad que se proclama, que ha de estar en estrecha vinculación con la posibilidad de cumplimiento de los citados requisitos, así como con la realización de los fines que con ella se quieren obtener.

Con palabras de CLEMENTE DE DIEGO (29), “y a tenor de este criterio y espíritu han de resolverse las cuestiones que se susciten”.

(28) Así lo califica CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, 7.^a edición. Reus, SA, Madrid, 1973, p. 119.

(29) CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Instituciones de Derecho Civil español*. Madrid, 1932. Tomo III, p. 87. La frase completa, tratando del testamento del artículo 700, dice así: “Obedece este testamento, como los especiales en general, a una necesidad, a saber: al deseo muy justificado de posibilitar y facilitar el ejercicio de la facultad de testar (que es de derecho natural, como suele decirse) a las personas que en las singulares excepcionales circunstancias en

Lo que aconseja al legislador la creación de una forma de testar en situación tan crítica –y tan inadecuada, se podría añadir– es esa necesidad que la inminencia de la muerte ha hecho surgir en quien quiere otorgar su última voluntad.

Y esto no se puede dejar de tener en cuenta ni por un solo instante. No puede ser resuelto con justicia ni un solo problema de los muchos que esta forma testamentaria puede suscitar si se olvida la extraordinaria circunstancia en que se emite la declaración de voluntad testamentaria.

Nos da ejemplo el propio legislador al prevenir cuanto estima necesario para que la voluntad declarada pueda convertirse, tras un procedimiento judicial, en un verdadero testamento, en testamento público. O que quede sin efecto, caducando, antes incluso de que se inicie tal procedimiento.

Su valor como requisito imprescindible del acto de testar no ha sido ni es discutido por nadie. Consideramos ocioso hacer mención de la jurisprudencia o doctrina sobre la materia.

No obstante, existen cuestiones en las que el debate se ha planteado.

c) Existencia real o sólo subjetiva.

Lo polémico es si la inminencia ha de ser real y objetiva o basta con que sea creída o temida de modo subjetivo por el testador o su familia.

La jurisprudencia en el primer sentido es abrumadora, y lo mismo cabe decir de la doctrina (30); pero no faltan casos en los que, una u otra, admiten que puedan surgir excepciones y que no puede excluirse que el testador o su familia crean o teman de buena fe hallarse ya ante la temida circunstancia.

Tratándose de una cuestión de hecho y que, como tal, es aceptada por todos, nuestra opinión es que el problema, aunque deba ser planteado antes de testar, no es entonces cuando ha de resolverse.

Lo había entendido así con acierto la STS de 7 de octubre de 1904: “Cuando, a juicio del Tribunal sentenciador, no resulte probado que el testador estuviese en las críticas circunstancias que exige el artículo 700, el testamento es nulo”.

La doctrina es impecable. Será el testador o sus allegados quienes aprecien, en primer término, si el estado del testador es el querido por la

que se encuentran no podrían hacerlo o, a lo sumo, con enorme dificultad; de aquí que se rebajen las formalidades ordinarias en lo preciso para aquella posibilidad, manteniendo y exigiendo también lo preciso para garantizar la exactitud y verdad de última voluntad. Y al tenor de este criterio y espíritu han de resolverse las cuestiones que se susciten”.

(30) Como resumen baste una sola cita: Hay nulidad si falta la acreditación de su otorgamiento en una situación urgente, inmediata y extrema que hiciera temer un próximo y fatal desenlace. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2) de 2 de junio de 1998.

ley, para decidir que acudan los cinco testigos. Pero si se equivocaron o no, si había o no verdadera inminencia de muerte, tan sólo los Tribunales han de decidirlo.

De forma brevísima se refiere a esta cuestión BERCOVITZ (31) con cita de la STS de 2 de julio de 1977, “que deben concurrir circunstancias urgentes y extremas de peligro razonable e inmediato de perder la vida, que puede provenir de cualquier causa”. Y añade, citando a la de 4 de octubre de 1957, que “la inminencia de la muerte ha de valorarse conforme a un criterio razonablemente justificado, sin necesidad de diagnóstico médico. La justificación de la urgencia y necesidad ha de hacerse después y la prueba de esas circunstancias son cuestiones de hecho reservadas a la Sala de instancia”.

Si se hubiere otorgado el acto sin darse el presupuesto de que se está hablando (y no se ha producido ninguna de las dos causas de caducidad establecidas en el art. 703), será el juez, conforme a lo alegado y probado en el expediente de adveración, quien decidirá sobre tal hecho. Y el expediente será cerrado con la denegación de la adveración que se pretendía.

El otorgamiento del acto de testar sin el presupuesto que le da viabilidad, carece de relevancia.

Si no se ha producido la caducidad y quedare probada la inminencia de muerte al otorgarse el acto, el juez continuará la tramitación del expediente incoado.

d) Causas posibles de la inminencia de muerte.

En verdad no es propiamente una cuestión que haya sido objeto de debate, sino un problema que parece conveniente y oportuno poner de manifiesto ahora.

El caso más frecuente para sentir la cercanía de la muerte es, sin duda, la enfermedad, pero ni el Código se refiere a ella ni excluye ninguna otra de las causas que la pueden provocar dando lugar a que se sienta su inminencia. Ello es tan obvio que nunca se menciona.

Pero este silencio del Código hay que tenerlo en cuenta y debe ser valorado. Ambas cosas se pueden hacer con sólo preguntar: ¿qué significa que no haya alusión alguna a la causa de esa inminencia de muerte que amenaza al testador? No cabe más que una respuesta. Ese silencio se debe a que no importa la causa. Lo único que cuenta es la inminencia de muerte, con independencia de su causa.

(31) En la obra de que es coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código Civil*. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2006.

Y aunque se deba considerar que la amenaza proceda de enfermedad del testador, como causa más frecuente, ninguna otra puede ser excluida.

Más aún. Del hecho de que se diga en el artículo 702 que “valdrá el testamento *aunque* los testigos no sepan escribir” se puede deducir que el propio Código presupone que sepan escribir los testigos o alguno de ellos, pero, a su pesar, no sea posible tal escritura. El uso de la adversativa “aunque” prueba que dicha imposibilidad de escribir puede deberse a otras causas. Y, por cierto, alguna de ellas sin salir de la propia alcoba del enfermo, como un prolongado apagón de luz.

Pero también debe ser amparada la voluntad de testar si la amenaza de muerte se debe a un accidente producido en un descampado durante una excursión, por el hundimiento de la grada de un estadio, en un accidente de caza, en un tren que descarrilla o choca con otro, o porque un autobús se incendia en la carretera, o en una inundación, incendio o terremoto... (32).

Olvidar todo esto ha llevado a la creación de problemas falsos, a uno de los cuales hemos de referirnos por extenso más adelante, o a dejar de plantear otros reales, como era el de la vecindad de los testigos en el lugar del otorgamiento del acto, antes de que el artículo 681 fuera reformado en la Ley de 1991, lo cual podía ser injustamente discriminatorio.

B) Requisito de fondo: declaración de voluntad.

En singular, porque creemos que no hay otro, el requisito de fondo, esencia del acto testamentario, es la declaración de voluntad del testador, en cuanto tal, la que va dirigida a regular su sucesión.

Doctrina y jurisprudencia suelen diferenciarla de ciertas manifestaciones que se pueden realizar con muy diversos propósitos, exigiendo que exprese un serio y deliberado propósito de testar. Y es cierto que así debe ser, pero siempre que no se entienda que, de modo necesario, tenga que estar precedido de otros actos distintos.

El deliberado propósito de testar puede nacer por sí mismo y se revela en la indubitada decisión de regular *in actu* la sucesión, que el testador pone de manifiesto.

Esta voluntad la puede expresar de forma verbal o escrita, pero de los textos del Código que vimos, es fácil deducir que la forma es, cuando menos, predominantemente oral. Y creemos más que dudoso que pueda consistir en la entrega por el testador de un escrito cuando nos hallamos en

(32) Es curioso que SÁNCHEZ ROMÁN no parezca plantearse siquiera tal posibilidad cuando estudia lo relativo a la versión escrita que den los testigos de la voluntad del testador. Véase *loc. cit.*, p. 510.

un acto testamentario regulado como abierto (en el que los testigos quedan enterados de su contenido), sin existir la seguridad de que los cinco puedan leer tal escrito, aunque para muchos autores no parezca existir este problema.

La frase final del artículo 703.2.º, “ya se haya otorgado por escrito ya verbalmente”, parece que se está refiriendo más que a un verdadero otorgamiento por escrito, al hecho de que la declaración oral haya recibido forma escrita por la redacción que haga alguno de los testigos.

Como es natural, la jurisprudencia ha exigido siempre esta declaración de la voluntad del testador.

“Para la validez del testamento a que se refiere el precepto [700] es necesario, aparte otras circunstancias, que el testador [...] exprese su voluntad ante cinco testigos. [...]” (STS 7 octubre 1904.)

“Para la validez y eficacia de los testamentos en peligro de muerte, es condición indispensable y esencial, a tenor del artículo 679, que el testador manifieste en presencia de las personas que deben autorizar el acto y quedar enteradas de lo que en él se dispone, cuál es su última voluntad, la que no puede presumirse legalmente.” (STS 11 febrero 1907.)

“No es eficaz como testamento en peligro de muerte la nota expresiva de la voluntad del causante, fallecido inopinadamente cuando se preparaba a otorgar testamento abierto ante el Notario y cinco testigos, tres de ellos rogados a ese acto.” (STS 9 marzo 1908.)

*Aunque la parte final del párrafo transcrito puede plantear alguna duda, parece que en el caso de autos se pretendió convertir en el escrito donde los cinco testigos recogen la voluntad testamentaria de quien se halla en inminente peligro de muerte, lo que sólo era una nota escrita donde se contenía la voluntad que el causante pensaba exponer al notario para la confección de un testamento abierto en preparación. Es decir, que lo ocurrido en realidad es que **no hubo un verdadero otorgamiento**, al faltar la expresión de la última voluntad en presencia de los cinco testigos idóneos que han de recibirla.*

El contenido de la declaración de voluntad ha de ser el que vimos al hablar del testamento en general, pero en la práctica, por las especiales circunstancias que se exigen, el testador se suele limitar a un contenido breve o muy breve, señalando las personas a las que llama como sucesores. Así, por ejemplo: “Todo para mi mujer”. “Que me hereden mis hijos por partes iguales”, etc. A veces, se fijan también cantidades o se añade algún legado.

La STS de 12 de diciembre de 1921 confirmó la de la Audiencia en un caso en que el Juzgado había mandado protocolizar un testamento que no se pudo escribir y que fue otorgado, ya en su domicilio, por un accidentado, y en el cual “dijo: dejó ocho mil duros a Teresa, dos mil a Encarnación, diez mil a Manuel Todo y diez mil a Francisco Núñez de Madrid”, y habiendo pronunciado estas palabras falleció poco después.

Este requisito de fondo es, como vimos, la verdadera esencia del acto testamentario, pero no es suficiente por sí sola. Aparte de que haya de estar revestida de la solemnidad que exija su clase, por pequeña que sea, ha de comprobarse que la declaración ha de tener garantías de veracidad y autenticidad. Como dice DE DIEGO en la frase arriba citada, “para garantizar la exactitud y verdad de la última voluntad”. Se estudiarán estas garantías al tratar de los testigos.

C) *Requisito de forma: cinco testigos.*

Por supuesto, hablamos de requisitos de solemnidad, como antes en los de fondo, de los que se requieren en esta modalidad testamentaria de que tratamos, para la que el artículo 700 sólo pide el que se cita.

No es ociosa esta indicación pues, como veremos, se ha pretendido el cumplimiento de requisitos propios de otras formas testamentarias aplicables a circunstancias de una total normalidad, es decir, completamente distintas. Lo exige así el sentido común y la STS de 1.º de mayo de 1909 cuando se refiere a que no es necesario que se cumplan *a priori* todas las solemnidades cuya falta produce la nulidad en los demás, sino aquellas esenciales por medio de las cuales consta la voluntad del otorgante.

La presencia de testigos en el acto del otorgamiento es requisito de solemnidad prescrito con carácter simultáneo y necesario y ello ha de probarse de modo imprescindible.

Con ello se presentan no pocas cuestiones que hay que examinar, y son: presencia, número, momento, simultaneidad, idoneidad y cometido de los testigos.

a) Presencia de testigos, momento y número.

El artículo 700 exige que se teste ante cinco testigos idóneos. Cinco testigos han de estar con el testador, presentes cuando éste otorga su última voluntad, los cinco conjuntamente para oír y enterarse de la declaración que se formula. Hay que recordar que el 700 se halla sito en la sección titulada “Del testamento abierto”, en el que no sólo la existencia de la voluntad, sino su propio contenido, se da a conocer a quienes asistan al acto.

Los cinco testigos, simultáneamente, tienen que estar presentes en el momento en que la voluntad se otorga.

La jurisprudencia ha sido rigurosa con unanimidad en la estricta exigencia de este requisito de solemnidad que es la presencia de testigos.

Con valor de paradigma, baste citar la STS de 6 de noviembre de 1929 que, entre otras causas, declara nulo el testamento porque no estaba probado que los testigos oyeran simultáneamente todas las disposiciones por boca del testador, ni que fueran en número de cinco.

Más conflictivos son aún otros aspectos, como el de su idoneidad, o los relativos al conocimiento del testador y la apreciación de su capacidad.

b) Idoneidad.

En cuanto a la idoneidad que se exige a tales testigos, no hay ninguna discrepancia en la jurisprudencia ni en la doctrina de los autores en estimar aplicables los artículos 681 y 682.

La jurisprudencia puede darse por resumida con el texto de la STS de 8 de febrero de 1963 cuando dice que en el testamento en peligro de muerte, las condiciones de los testigos “han de interpretarse con criterio restrictivo”.

Sin objeción en cuanto al 682, respecto de la primitiva redacción del 681 (modificada por la Ley 20/1991) cabe pensar que su estricta y rigurosa aplicación habría provocado la nulidad de otorgamientos que deberían ser perfectamente legítimos, como los actos de última voluntad ante la inminencia de la muerte que pueden darse en un accidente de caza en la Sierra de Cazorla o en uno de esquí en una pista del Pirineo. En estos casos, o en otros similares ya aludidos, la exigencia a los cinco testigos de estar domiciliados o tener su residencia en el lugar del otorgamiento hubiera podido imposibilitar que se testase, en especial si, además, se les exigía el conocimiento del testador.

La idea fundamental de la inminencia de muerte y la excepcionalidad del supuesto nos llevan a estimar que debería mirarse con gran benevolencia la idoneidad de los testigos (33).

En esta materia, es curioso advertir que, antes de ser reformado, el 694 exigía en el testamento notarial abierto que supiera firmar al menos uno de los tres testigos instrumentales que debían estar presentes. Aquí, en un acto donde no asiste el notario, puede ocurrir que ninguno de los cinco testigos sepa firmar.

(33) En sentido radicalmente contrario la STS de 10 de junio de 1966, en la que, decretada la de nulidad por falta de domicilio de dos de los testigos, dice que “lo decisivo” es el hecho de su residencia habitual.

Si se tiene en cuenta, además, que el 701, para el caso de epidemia, el Código habla de “tres testigos” sin exigirles idoneidad de modo expreso, (aunque hayan de tenerla, al menos la prevenida en el 682), cabe pensar en que acaso no sea un disparate admitir una cierta flexibilidad judicial a la hora de decidir sobre la idoneidad de los testigos en esta clase de otorgamientos.

Antes de cerrar la cuestión relativa a la idoneidad de los testigos presentes en el otorgamiento de esta excepcional forma de testar, procede preguntarse, ¿puede testificar en él un notario competente para el ejercicio de su función en el lugar donde se realiza aquel otorgamiento?

Ni en el modelo legal de que nos ocupamos, ni en el resto de nuestro ordenamiento hay norma alguna que lo impida si goza de los demás requisitos que se exigen a otros. No obstante, en el modelo jurisprudencial al que pronto hemos de referirnos, va a surgir una extraña “incompatibilidad” que no le va a permitir testificar.

Los testigos tienen una función propia a desarrollar, que es la de ser requisito de solemnidad de esta forma de testar; pero a ella se pueden añadir otras misiones o cometidos, a las que nos hemos de referir después, en un apartado independiente.

Veamos antes, sin embargo, otras dos cuestiones.

c) Conocimiento del testador.

Para que una declaración de voluntad pueda ser imputada al sujeto que dice ser su autor, hay que comprobar quién es, en verdad, este autor, hay que identificarlo. Si se le desliga de su autor o se ignora quién sea éste, tal declaración no puede tener valor alguno. Cosa distinta es la determinación del momento en que deba ser comprobada la autoría.

El artículo 685,2.º *in fine* pone expresamente a cargo de los testigos de este otorgamiento la obligación de conocer al testador. Y la jurisprudencia constante siempre se ha expresado en el mismo sentido, sin excepción.

En el fondo no es más que un mimetismo que el Código consagra sobre el valor modélico del testamento notarial como ejemplo para los demás actos de última voluntad y que, al propagarse a la jurisprudencia sin medida, como se verá, ha originado muy malas consecuencias.

Porque, ¿y si los testigos no conocen al testador? ¿Y si sólo algunos lo conocen y otros no? ¿Será nulo por ello tal otorgamiento? ¿Quién, cuándo y cómo va a declarar esta nulidad?

Sólo estas preguntas, unidas a ese carácter que hemos visto llamar “provisional” de este testamento mientras no se le eleve a escritura pública y se protocolice, ya dan respuesta a la cuestión.

La nulidad la habrá de decretar el juez, en su caso y momento. Por-

que, le conocieran o no los testigos, puede haber pruebas concluyentes en el expediente, tanto en un sentido como en otro. Y es a esas pruebas a lo que el juez ha de atenerse. Y si las pruebas no fueran concluyentes y subsistiera la duda acerca de la verdadera identidad de quien testó, el juez, en Justicia, debe denegar la adveración, a nuestro parecer.

Cabría considerarse suficiente que dos de los testigos conocieran al testador, que podrían adquirir así el carácter de ser, también, testigos de conocimiento. O que, como cinco es el número mínimo de testigos exigidos, pero no se señala un máximo, se podrían añadir otros dos en aquella segunda calidad. No parece ser esta la solución.

TORRES GARCÍA (34) se pronuncia, de forma absoluta y sin la menor duda, por la posibilidad de aplicación analógica del artículo 686-1.º, de modo que habrán de ser los testigos quienes, en la cédula en la que se recoja por escrito la voluntad del testador, harán constar tal circunstancia y los datos que cita el referido precepto, o sea, los documentos que hubiere presentado el testador para identificarse y sus datos personales.

En plena conformidad creemos que si aquel artículo está dictado para el testamento notarial, con mucha mayor razón ha de ser aplicable por analogía al caso que nos ocupa. Incluso aunque no hubiere cédula, por no haberse podido redactar en el momento oportuno, bastará en este caso la declaración de los testigos que lo hagan constar así, en el momento de deponer en el expediente de adveración. Y el juez proveerá.

d) Apreciación de su capacidad.

El testador ha de ser capaz en el momento en que testa. Su capacidad no puede estar ni mermada ni disminuida por la particular circunstancia en que se encuentra el sujeto. La inminencia de la muerte no puede tener repercusión alguna en la capacidad del testador. Como es natural, la jurisprudencia ha sido siempre implacable en la exigencia de la necesaria capacidad del testador.

“Son esenciales requisitos en el testamento *in articulo mortis* el conocimiento y capacidad necesaria del otorgante...” (STS 31 enero 1911.)

“El Código [...] establece en su artículo 666 que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al tiempo de otorgar el testamento.” (STS 16 noviembre 1918.)

(34) TORRES GARCÍA, Teodora F.: *Comentario del Código Civil*. VVAA. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1991. Tomo I, pp. 1728 y ss.

“... respecto de los expresados extremos, entre los cuales ha de estimarse comprendido el de la opinión que les merezca [a los testigos] el estado de las facultades mentales del otorgante en el momento de otorgar sus disposiciones.” (STS 6 junio 1923.)

La apreciación o juicio de los testigos sobre si el testador tiene más de catorce años y está en su cabal juicio cuando testa no parece cuestión que pueda plantear problemas ni aun a testigos analfabetos.

Pero es muy posible que ignoren que tal juicio haya de formularse y no lo consignen en la cédula que lleguen a redactar. Pero, exista o no la cédula o versión escrita del acto otorgado, siempre será la declaración de los testigos y las demás pruebas que se aporten en el expediente o que se realicen de oficio, las que han de convencer al juez de que el testador era capaz en el acto del otorgamiento.

Porque es allí, en el expediente judicial de adveración, donde se tiene que decidir acerca de la capacidad del testador en el momento en que otorgó su declaración testamentaria.

D) *Requisito eventual: puesta por escrito.*

Lo calificamos de eventual porque, según el artículo 702, sólo se escribe “siendo posible”. Si puede ser imposible escribirlo, es claro que no se trata de un requisito necesario, que no puede faltar. Ahora bien, cuando sea posible, habrá de cumplirse porque en tal caso es ya un requisito necesario. El precepto expresa un tono que es, sin duda, imperativo: “... se escribirá...”.

A raíz de la promulgación del Código, se hablaba de “redactar la cédula” al hecho de poner por escrito la voluntad expresada en forma oral por el testador y no parece haber razones para cambiar esta denominación.

Pero la parquedad del Código al establecer el régimen de esta forma de testar origina una grave indeterminación sobre aspectos de notable importancia, comenzando por el de saber “cuándo y por qué” no es posible “redactar la cédula, pero también a quién le corresponde tal redacción, y cómo ha de hacerse, y lo mismo en lo que atañe a su contenido o a su forma, necesidad o no de lectura, de firmas, etc.

Por contener una alusión poco frecuente a lo que se podría llamar sentido general de la redacción que nos ocupa, conviene destacar el texto de la STS de 5 de noviembre de 1902, cuando dice que “escribir un testamento no es lo mismo que otorgarlo con sujeción a determinadas formalidades, ni menos aún, equivalente a tanto como hacerlo perfecto”.

a) La cédula: momento para su redacción.

Para saber a qué se refiere el Código con la frase “no siéndolo” (es decir, no siendo posible escribir la voluntad del testador), hay que entender que se tiene que estar refiriendo al *momento en que tal voluntad se está declarando*.

Porque es evidente que después de él, con posterioridad, más tarde o más temprano, *siempre* se podrá escribir, quienquiera que sea el que deba hacerlo. La imposibilidad de redactar la cédula tan sólo puede darse con referencia al acto testamentario en sí.

Es este momento el que importa y sólo éste. Y se ha de ver, además, contemplado siempre en esa circunstancia de esa máxima urgencia en que surge y que es lo que preside y ha de presidir en todo caso la solución de cualquier cuestión que se suscite.

Este fue el criterio mantenido en la STS de 10 de junio de 1914, que confirmó el de la Audiencia al apreciar la imposibilidad de escribir en el momento de su otorgamiento el testamento de un presbítero ante siete testigos, de los que cinco resultaron concurrentes al acto.

Y en la de 27 de febrero de 1925 se declaró que el testamento en peligro de muerte no tiene sólo como requisito esencial la concurrencia de cinco testigos idóneos, sino que es necesario que su escritura se realice siempre que sea posible seguidamente y sin interrupción alguna a las manifestaciones verbales del testador, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, para que así resulte la unidad de acto.

Aunque sea a costa de alguna repetición, importa mucho examinar por separado los cuatro distintos supuestos que se pueden producir.

Supuesto primero: No se puede redactar el escrito al tiempo de otorgarse el acto testamentario.

Al examinar las causas de la inminencia de la muerte ya se vio cómo hay muchos supuestos para ello, de los que se sigue una evidente imposibilidad de que en ese instante se pueda poner por escrito lo que el testador declaró. En esos casos y otros similares “no es posible” redactar la cédula. Y, a pesar de ello, lo dice el Código, “valdrá el testamento”.

Si en el momento del otorgamiento testamentario o de declaración de la voluntad del testador, las circunstancias impiden que se escriba, ya sea porque ninguno de los testigos sabe hacerlo, ya (“aunque”) sea por otra causa, ello tendrá que ser alegado y probado en el preceptivo expediente judicial; y será el juez, conforme a las declaraciones de los testigos y las demás pruebas que se realicen, quien habrá de decidirlo.

Acreditada la imposibilidad de redactar la cédula, el contenido de la voluntad testamentaria sólo podrá constar y ser conocida por el juez a

través de las declaraciones de los testigos, apoyadas en la memoria de cada uno. Graves problemas pueden surgir caso de testimonios discrepantes, y que el juez resolverá.

La STS de 6 de junio de 1923, partiendo de la necesidad de los cinco testigos, dice que “a falta de este número de testigos equivale la disconformidad que muestren uno o varios respecto de los expresados extremos” entre los cuales menciona antes “el de la conformidad (...) sobre lo que verbalmente o mediante nota escrita, leída o dada a leer, manifestara quería disponer”.

Supuesto segundo: La cédula no se pudo escribir en su momento, pero se escribe más tarde.

En el mismo supuesto anterior, extemporáneamente, es decir, pasado ya el momento en que fue otorgado el acto, se redacta la cédula. No está previsto en el Código pero creemos que no debe haber inconveniente en aceptarlo pues facilita la función judicial en su día mediante la fijación por escrito de la declaración del testador.

La referida cédula habrá de redactarse con la firma de los testigos presenciales del otorgamiento que sepan escribir y con la conformidad expresa de los que no supieren hacerlo, a los que convendría exigir que estamparan su huella digital. Es preconstituir una prueba documental que evita errores y olvidos, a la vez que protege a los mismos testigos de posibles presiones o coacciones procedentes de quienes hayan visto fallidas sus esperanzas de heredar al causante.

La función o cometido que desempeña la cédula se completa con lo que se afirma en alguna sentencia, que tiende a impedir que pueda falsearse la voluntad del testador con arreglos o confabulaciones ulteriores, dando al acto del otorgamiento mayores garantías.

En la antes citada sentencia de 10 de junio de 1914, el testamento que no se pudo escribir al otorgarse, se escribió diecinueve días más tarde, “para que no se olvidase lo expuesto por el testador”.

No parece inútil recordar que la STS de 31 de mayo de 1929 confirmó la de la Audiencia, que había declarado válido un testamento que no había podido escribirse en el acto de su otorgamiento, pero del que uno de los testigos tomó unas notas en el margen de un periódico.

Supuesto tercero: La cédula se pudo escribir en el mismo acto testamentario, pero no se escribió.

Conforme al artículo 702, *sensu contrario*, si fuere posible hacerlo y no se redacta la cédula, el testamento no valdrá.

“No es válido el testamento en inminente peligro de muerte, si, pudiendo haberse escrito la voluntad del testador, no se cumplió esta formalidad, de la que sólo cabe prescindir en caso de imposibilidad material.” (STS 16 febrero 1891.)

Según STS 11 febrero 1907, es nulo aquel testamento, si consta que no se escribió, cuando no había imposibilidad de hacerlo.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de modo constante y uniforme, si bien diciendo, con frecuencia, que el testamento es nulo, lo cual, al menos a nuestro juicio, no es lo mismo. Y lo ha dicho, también constantemente, sin aclarar cuándo o en qué momento se ha de producir la imposibilidad.

El acto testamentario es, a nuestro parecer, relevante. Y como también de modo insistente hemos de repetir, será en el expediente judicial de adveración donde se habrá de examinar el supuesto y, comprobada que sea la ausencia de causas que impidieran escribir la voluntad testamentaria, el auto judicial denegará la adveración solicitada.

Supuesto cuarto: La cédula se escribe en “su” momento.

Merece una consideración independiente, con objeto de abordar en ella varios aspectos de importancia.

b) Su naturaleza y requisitos. La unidad de acto.

En el momento de otorgarse el acto testamentario no hay ninguna causa que impida escribir la declaración oral del testador y se redacta la cédula, con lo cual se da cumplimiento a un requisito que era eventual y ha devenido necesario.

De este requisito hay que ver cuál es su naturaleza y qué requisitos (subjetivos, objetivos y de la actividad –tiempo, lugar y forma–) han de darse en él. Y considerar la posible exigencia de la unidad de acto.

Naturaleza del acto de redacción de la cédula. Supuesto ya que es un requisito necesario, cabe la duda de si es de fondo o de solemnidad. Nos inclinamos por creerlo requisito de solemnidad, sin perjuicio de lo cual no parece dudosa su función probatoria con vistas al expediente judicial de adveración.

Requisitos subjetivos. Aunque exista una pluralidad de sujetos a quienes se encomienda escribir la declaración, los cinco testigos del acto, sólo uno lo pondrá en práctica. El que sepa escribir, si es único, o el que resulte elegido entre los que puedan hacerlo.

Requisitos objetivos. Es también único: la redacción de la cédula o memoria no puede tener otro contenido que el relativo a los requisitos legales del acto testamentario, es decir, la declaración testamentaria y la presencia de cinco testigos.

Pero, en su exigencia, no se pueden olvidar ni aun por un momento, las extremas circunstancias en que la redacción se ha de hacer y que, si bien no han llegado a impedir su práctica, bien puede hacerla difícil o incompleta. Cuanto más si el plazo de que se dispone es perentorio.

En consecuencia, el ideal es que se transcriba fielmente y con todo detalle la voluntad del testador y que se mencionen los nombres de los cinco testigos. También sería deseable que figurasen sus domicilios, a efectos de localizaciones ulteriores, las firmas de los que sepan hacerlo y la expresión de conformidad de los que no sepan y la fecha en que se han producido el otorgamiento y la redacción de la cédula. Todo ello, al quedar fijado por escrito (35), evitará olvidos y errores y contribuirá a permitir al juez, en su momento, decidir sobre la certeza y veracidad del acto testamentario.

En la práctica, sin embargo, habrá que atenerse a aquello que conforme a las circunstancias se haya podido hacer. Y nos parece aleccionador tener en cuenta el caso antes citado en el que de la declaración del testador se tomaron unas notas “en el margen de un periódico”.

Requisitos de la actividad: tiempo, lugar y forma. Ningún problema especial se plantea en ellos. La cédula ha de escribirse al tiempo de otorgarse el acto testamentario, el lugar ha de ser el mismo en que éste nace, la forma puede ser tanto la manuscrita como la que se haga a máquina o incluso en un ordenador, siempre que la impresión del texto se haga a la vez. Al hablar de forma es casi habitual cierta ambivalencia entre los datos o expresiones que deben constar en la cédula y las solemnidades o formalidades que se le exigen. De ella se tratará de modo casi inmediato.

El requisito de la unidad de acto. Nos referiremos a él con gran brevedad, recordando lo que se dijo en la primera parte para el testamento notarial abierto, que es donde viene exigido por ley.

En ese sentido, creemos exigible la unidad de acto en el otorgamiento del artículo 700 con redacción de cédula siempre que se entienda unidad de acto entre la declaración que hace el testador y su audición por los testigos, sin que haya entre ellos más separación temporal que la que pueda surgir de un accidente pasajero.

(35) En opinión de Mucius SCAEVOLA, “lo escrito [...] ayudará a refrescar en su día a los testigos la memoria de lo ocurrido”. Véase *loc. cit.*, p. 525.

Así nos parece, a pesar del texto literal del artículo 699, por creer que se le debe dar una interpretación “razonable” en la que “se haga compatible” la exigencia legal con las muy particulares circunstancias de este otorgamiento. Y éstas nunca pueden *exigir* la lectura de la cédula, que le dé su consentimiento el testador y que la firme (36).

Sería lamentable una repetición de lo sucedido en el caso resuelto por la sentencia de 5 de noviembre de 1906 (37). Un testador en inminente peligro de muerte, apenas otorgada su declaración testamentaria ante cinco testigos, sufre una grave postración ante la cual éstos, ya a punto de redactar la cédula, la suspenden comprendiendo la inconveniencia de perturbarle con la lectura del testamento con las consiguientes preguntas que, al parecer, habían creído imprescindibles. El hecho es que no se redactó la cédula y, como pudo hacerse y no se hizo, se declaró que no había testamento.

Lo que hemos apuntado no está muy alejado de lo que viene a expresar la sentencia de 27 de febrero de 1925, citada por PUIG PEÑA (38), cuando declara “que el testamento en peligro de muerte no tiene sólo como requisito esencial la concurrencia de cinco testigos idóneos, sino que es necesario que su escritura se realice siempre que sea posible seguidamente y sin interrupción alguna a las manifestaciones verbales del testador, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, para que así resulte la unidad de acto”.

Creemos claro que, por el contrario, en este acto testamentario no cabe hablar de unidad de acto en el caso de que las circunstancias no permitieren la redacción de la cédula en el momento oportuno, porque entre el acto oral de declarar la voluntad y el de su audición por los testigos no hay más separación temporal que la precisa para la propagación del sonido en el espacio. No se puede considerar la unidad de acto cuando lo que hay es un acto único.

c) La forma de redactarla y las solemnidades.

No vamos a tratar de romper la ambivalencia o confusión, antes aludida, entre expresión de datos y solemnidades. Se trata de analizar, con base en lo que suele ser la exigencia jurisprudencial, lo que a nuestro jui-

(36) A juicio de FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Los testamentos*. Comares, SL. Granada, 2000, p. 254, “Nunca puede extenderse el principio de la unidad de acto más que al propio acto solemne y formal de la lectura, aprobación y firma del testamento”.

(37) Que tomamos de Díez-PICAZO, Luis: *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*. Editorial Tecnos. Madrid, 1969. Tomo II, p. 628.

(38) PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo V, volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f.

cio es el criterio natural a usar en la redacción de la cédula por los testigos. Y creemos que la antes citada sentencia de 1902 da una acertada orientación al decir que no es lo mismo escribir un testamento que otorgarlo.

La jurisprudencia, de hecho, sin excepción, ha entendido que salvo la presencia del notario, y por aplicación del artículo 699, todas las formalidades del testamento notarial abierto son de aplicación, en principio, a todo testamento abierto.

No deja de llamar la atención que se prescinda de entrar a enjuiciar frases tan significativas como la del artículo 687 que al tratar de la nulidad del testamento por incumplimiento de formalidades se cuida de puntualizar que se trata de las *respectivamente* establecidas en este capítulo (Capítulo I.—“De los testamentos”). O la del artículo 705, que también en tema de nulidad, habla de “las solemnidades establecidas *para cada caso*”.

Es preciso reconocer que nunca se pretendió dar a esta idea general una aplicación rigurosa. Pero que constituyera la premisa de la que se partía ya era en sí misma un error grave.

En esta dirección parece orientada la Memoria que el Tribunal Supremo elevó al Gobierno el año 1908. De la cita que de ella hace LEÓN ALONSO (39) tomamos la frase: “No; no porque se escriba se puede equiparar completamente el testamento del artículo 694 al del 700 del Código Civil, porque ni la escritura se extiende en las mismas condiciones, ni las circunstancias de su otorgamiento son las mismas, ni cabe prescindir de la autoridad de que la ley reviste a los testigos de este otorgamiento cuando no se escribe”.

No obstante, en cuanto a las sentencias de dicho Alto Tribunal, si quiéramos resumir en una sola frase su sentir general sobre la materia, diríamos que las formalidades del testamento notarial abierto deben aplicarse al que se otorgó en inminente peligro de muerte, pero... con benevolencia.

La STS de 22 de abril de 1910 dice que “la prescripción del artículo 702, dados su alcance y finalidad, no significa que el escrito se ha de redactar tan escrupulosamente como el otorgado ante Notario”.

La de 30 de septiembre de 1907 dice, a su vez, que “la mayor facilidad que la ley concede para otorgar el testamento ante cinco testigos, sin necesidad de Notario cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, no excluye el cumplimiento de los demás requisitos esenciales que para tal testamento abierto se exigen, siempre que sean racionalmente compatibles con las condiciones de su otorgamiento, debe tenerse en cuenta que cuando la disposición testamentaria se otorga conforme al artículo 700, y se escribe, por deber así realizarse, siendo posible, es nece-

(39) LEÓN ALONSO, José R.: *loc. cit.* en nuestra nota número 9, p. 185.

sario distinguir entre aquellas solemnidades fundamentales del acto para que conste la última voluntad del testador, en la forma prevista por la ley, de aquellas otras que son meramente ritualidades de la escritura, que aunque esenciales en la misma cuando concurre Notario, el cual es responsable, caso de no expresarlas, no lo son asimismo cuando el testamento se ordena conforme al artículo 700 y se escribe como preceptúa el 702, ya porque aquél no dispone las fórmulas que el escrito debe contener, ya porque tal última disposición tiene su legal complemento en la elevación posterior a escritura pública con arreglo a lo dispuesto en el artículo 704 del Código y 1953 de la ley procesal, aplicable este último, así al testamento hecho de palabra como al escrito, según el artículo 703, párrafo 2.º, y 1952, respectivamente”.

Por su parte, la de 31 de enero de 1911 se expresa en los términos siguientes: “Es válido aquel testamento, cuando se prueba el cumplimiento de los requisitos legales ya que la Sala, apreciando el conjunto de las pruebas, declaró que las demás solemnidades, tales como el conocimiento y capacidad necesaria del otorgante, unidad del acto y concurrencia de los cinco testigos idóneos, que con la formalidad de la escritura, autorizaron el testamento discutido, se habían cumplido”.

Y, por último, la de 27 de junio de 2000, en la que se halla la frase siguiente, de aplicación a testamentos en inminente peligro de muerte: “Que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario; es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros”.

Al concretar las “solemnidades” de que se habla, estas dos últimas sentencias nos parecen mucho más centradas en el problema, más realistas y, en consecuencia, mucho más justas y acertadas.

Nuestro parecer, en cierto modo muy similar, se fundamenta sobre cuatro puntos concretos:

— 1.º El carácter excepcional de un acto testamentario que se otorga “en trance de muerte”.

— 2.º La función de la cédula, que es una simple versión escrita de la declaración oral de voluntad, que es un requisito de solemnidad del propio acto, que al ser posible se ha hecho necesario; pero que no es ni puede pretender ser “documento testamentario”.

— 3.º Y que la misma circunstancia que pudo llegar a impedir la redacción de la cédula es previsible que pueda hacer difícil esta redacción, por lo cual y en principio, a su contenido sólo se le puede exigir la expre-

sión de los requisitos imprescindibles: la declaración otorgada, la identificación de los cinco testigos y que la cédula se redacta a continuación de la declaración de voluntad, es decir, en unidad de acto.

Recordemos el caso, ya citado al tratar de la unidad de acto, que resolvió la sentencia de noviembre de 1906.

— Y 4.º Que hay un ineludible expediente judicial que se ha de tramitar.

Porque lo que hasta ahora se ha mencionado es lo que la ley pide para la relevancia del acto, en la primera fase del testamento privado o pretestamento.

Y que, para que el acto relevante quede convertido en testamento, se ha de acreditar la ausencia de causas de caducidad y se apreciará con rigor todo lo que ha de garantizar la veracidad y autenticidad que exige el documento testamentario, o título sucesorio material.

Todo ello corresponde a la fase de eficacia que se inicia con la incoación del expediente judicial llamado de adveración. Y esta es misión que la ley pone en manos del juez, misión de cuya dificultad y trascendencia ya nos hemos ocupado.

2. Requisitos posteriores.

Según se vio al tratar de los pretestamentos o testamentos privados y sus fases, el cumplimiento de los requisitos de fondo y forma, aunque de momento sólo tenga simple apariencia, basta para que aquella otorgada declaración de la voluntad testamentaria cobre relevancia. Pero esa relevancia ha de conservarse en la segunda fase, antes de llegar a la fase jurisdiccional o de eficacia.

A) Conservación de la relevancia.

Aquel relativo, módico valor, de la relevancia estaba además teñido de debilidad y su existencia era muy precaria. Nos estamos refiriendo con estas palabras a la amenaza de caducidad que pesa sobre todo testamento privado. Y que en el acto testamentario del artículo 700 es triple, porque sobreviene, y hace que *quede ineficaz* en tres casos:

— 1.º Por el solo hecho de transcurrir dos meses “desde que el testador haya salido del peligro de muerte”.

La frase ha dado pie para múltiples interpretaciones. Por ahora sólo

diremos que al ser la inminencia de la muerte la ocasión y causa del otorgamiento, la desaparición de tal inminencia ha de marcar el *dies a quo* en el cómputo del plazo para que quede extinguido y desaparezca el otorgamiento mismo. Y que para ello basta el simple transcurso del tiempo, sin más.

— 2.º Por el hecho de que fallezca dentro de dicho plazo de dos meses.

— 3.º Por el hecho de que no se acuda a los Tribunales para promover la elevación a público del testamento privado antes de que hayan transcurrido tres meses desde el fallecimiento del testador.

La caducidad, en cuanto causa sobrevenida de esta ineficacia, tiene una llamativa significación para los autores, de los que sólo citaremos a SÁNCHEZ ROMÁN (40) y a CASTÁN (41), en el que parece haber influido... Pero reconocer que la voluntad otorgada es provisional no parece suficiente. Hay que ir más allá.

B) La caducidad y su verdadero significado.

Por nuestra parte, queremos destacar que la caducidad, que es desconocida y hasta impensable en los que son auténticos testamentos, los públicos, reviste el rango de carácter de *connatural* que lo vincula con su misma esencia en los llamados excepcionales, como es el caso del testamento en inminente peligro de muerte y que, a efectos prácticos, tiene una explicación de indiscutible lógica (42).

Este es el punto que creemos debe ponerse de relieve, sobre todo, de modo muy particular, respecto de la primera de las causas de caducidad que acabamos de ver: *La caducidad por el solo y puro hecho de que transcurran dos meses desde que el testador saliera de la inminencia de la muerte que le amenazaba.*

La norma constituye, a nuestro entender, un acierto pleno; con un solo fallo: el de estar formulada de modo tan escueto que exige un cierto esfuerzo para su comprensión, por lo cual ha de ser explicada y aclarada.

La excepcionalidad del testamento del artículo 700 se potencia y se manifiesta esplendorosa al establecerse para él una vinculación tan estrecha entre aquélla y la caducidad. Que si ha podido llegar a ser relevante un acto que se otorga ante la inminencia de la muerte, tal relevancia debe

(40) SÁNCHEZ ROMÁN: *loc. cit.*, p. 509, dice, respecto de los testamentos de los artículos 700 y 701, que “tienen una nota singularísima de *caducidad*, por razón del tiempo, que les da el carácter de *provisionales*”.

(41) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil*, Editorial Reus. Madrid, 1932. II, p. 481.

(42) La caducidad del testamento ológrafo, que es común, tiene una explicación distinta.

decaer al haber desaparecido aquella inminencia, una vez transcurrido un corto plazo prudencial.

Al testador que se halle en esta situación y *sólo porque está en ella*, se le permite otorgar su última voluntad sin necesidad de notario. Ahora bien, si esa muerte cuya inminencia se contempla no sobreviene en un plazo corto de tiempo y ha desaparecido la propia inminencia y la urgencia que provoca, aquella voluntad no debe subsistir y hacerse permanente, sino que ha de decaer.

Ya “se ha salido” de la amenazadora inminencia de la muerte, y la extrema urgencia de testar ya no existe; ha vuelto la normalidad y con ella se hace posible una declaración normal de la última voluntad. Ahora ya se puede pensar en el otorgamiento de un testamento común. Ya se puede avisar al notario sin el fundado temor de que no llegue a tiempo o de que no tenga el suficiente para redactar y autorizar aquél. **La caducidad opera aquel decaimiento y la relevancia desaparece** (43).

Este enlace, que se crea entre inminencia de muerte y relevancia del pretestamento otorgado, y la pérdida de esta relevancia y la extinción del pretestamento apenas pasado un breve plazo desde que el testador salió de la citada inminencia de muerte, este enlace, decimos, no es ni casual ni baladí.

Muy al contrario, lo creemos muy estudiado y de una capital importancia. Si bien se mira, la norma viene a revelar un segundo sentido que debe reconocerse a la excepcionalidad de este raro modo testamentario, manifestado ahora en la drástica limitación de sus efectos, a la pérdida de la relevancia del pretestamento a la que luego habremos de referirnos.

Y se nos revela como el acertado fruto de una profunda reflexión de la que nace una decisión prudente, adecuada y justa. Va a ser la propia excepcionalidad en que nace el acto testamentario la que le va a dar un carácter esencialmente precario. Más adelante se combinará con otras ideas de las que resulta que la parquedad de la regulación del testamento de que tratamos es mucho más completa, coherente y justa de lo que se suele creer, incluso por la jurisprudencia.

(43) No pasó desapercibido todo esto a la agudeza de Mucius SCAEVOLA que, aunque con referencia a lo que llamaba –sin excesivo rigor– “validez temporal” de los testamentos excepcionales, dijo que, “desaparecidas estas contingencias, queda [el testador] en libertad para manifestar su última voluntad por los medios ordinarios que las leyes tienen establecido: Y quedarían éstas burladas no fijándose un límite para que el beneficio o privilegio dejara en un momento dado de tener aplicación”. (Véase *loc. cit.*, p. 527). El párrafo no tiene desperdicio: aparte de la consideración de “beneficio” o de “privilegio” que le merece la posibilidad de testar en estas circunstancias, es muy de destacar que, en ellas, estime que el testador no tiene “libertad” para el uso de los medios ordinarios de testar.

Tampoco se puede decir, precisamente, que la doctrina comparta nuestra última aseveración y mantiene, en general, una opinión muy desfavorable, como luego se verá, al valorar tanto la admisión como el régimen de esta forma excepcional de testar.

Y en concreto, PUIG PEÑA (44), después de hablar del desprestigio general de la institución, “desprestigio que se traduce en los innumerables litigios y causas criminales” que ha motivado, concluye diciendo “Posiblemente ha influido también en ello la escasa y torpe regulación de nuestro Código. No se puede, con un par de artículos, pretender disciplinar una institución que tanta trascendencia puede tener”.

C) El expediente judicial.

Baste ya su simple mención para cerrar el ciclo de los requisitos del acto testamentario.

Ya se ha visto antes, con detalle que parece suficiente, que en él se completa todo aquello que el acto testamentario necesitaba para cubrir su patente desnudez inicial, para convertirse, convenientemente arropado, en un verdadero y real título sucesorio material, en el documento testamentario al que tendía y, cuando proceda, recibir el espaldarazo como testamento público.

El primitivo acto testamentario que se otorgó (“testamento privado”, como se le llama) se convierte con la adverbación, en testamento público, el que hemos denominado testamento judicial.

II. El modelo legal, integrado por la jurisprudencia

A) La regulación del Código y su acogida doctrinal.

Es muy probable que no haya una sola norma en todo el Código Civil que tuviera peor acogida en la doctrina, e incluso en la sociedad, que la que recibieron el artículo 700 y sus concordantes al publicarse el Código Civil.

No es difícil entenderlo, pues no cabe duda de que la simplicidad de la regulación y la parquedad, cuasi-telegráfica del articulado que se le dedica, adquiere caracteres alarmantes si se le suma el hecho de que la única solemnidad y garantía del acto se deja en manos de unos testigos que la propia ley admite que puedan ser analfabetos.

(44) PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Tomo V. Sucesiones. Volumen I, *Teoría General de las Sucesiones*, p. 307.

Por otra parte, tal vez hubiera una exageración del peligro de que diera lugar a abusos en su ejercicio por los testadores.

“La falta de Notario en las pequeñas localidades, la razón de economía, el interés personal, el deseo de ahorrarse molestia y de evitar dilaciones para aprovechar los momentos en que el testador ha manifestado deseos de otorgar su disposición testamentaria, el temor de que éste se arrepienta o desista de ello si hubiera de esperarse la venida de Notario, son la causa de los abusos y perjuicios que mediante ellos pueden ocasionarse”, son los términos en que se pronuncia MANRESA (45), que escribe en la primera década del siglo XX, para añadir después que “exigen un exquisito cuidado y un rigor inflexible por parte de los Tribunales llamados a intervenir en la admisión y elevación a escritura pública de dichos documentos”.

La llamada de atención es oportuna y precisa. Son los Tribunales los que, en trance de resolver el expediente de adverbación, deben extremar su celo y actuar con el cuidado y el rigor que con acierto se califican. Es evidente que este es el modo de reaccionar frente al abuso de que puedan ser objeto las instituciones jurídicas.

Puede estimarse que esta es la opinión general de la doctrina de la época, pues así se expresan Mucius SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO y VALVERDE (46).

Es de interés la resignada postura de este último autor, que critica al legislador que, “en el afán de dar facilidades a los testadores, ha admitido esta forma peligrosa por la falta de garantías, ya que no hace falta notario” y “basta la declaración verbal de cinco testigos para dar por bueno el testamento, y esto da lugar constantemente a falsificaciones de voluntades testamentarias y a litigios sin cuento”. El respeto al legislador es compatible con la crítica, y concluye: “Pero, en fin, nuestro código no lo ha entendido así”.

Dando un gran salto en el tiempo es interesante ver que tal criterio aún sigue en vigor en nuestros días, tan distintos ya.

Así nos lo hace ver PUIG PEÑA (47) que, después de recoger el autor la opinión, antes citada, de MANRESA, comentándola dice: “Creemos algo exageradas estas apreciaciones del ilustre comentarista”; para añadir a continuación:

“Lo peor, a mi juicio, del testamento *in extremis* es posiblemente el efecto desviacionista sobre la voluntad del causante que el ambiente, las

(45) MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil Español*. Sexta Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951. Tomo V, p. 563.

(46) VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*. Segunda edición. Valladolid, 1921. Tomo V, p. 114.

(47) PUIG PEÑA, Federico: *loc. cit.*, pp. 306 y 307.

circunstancias del momento y la mediatización de los que rodean al enfermo, *sin apenas control de nadie*, pueden producir. Es bien sabido, en efecto, que se produce por regla general la momentánea inclinación del testador en favor de los familiares que le rodean, en la gravísima enfermedad que le aflige; que su espíritu, ya caído, ha de ceder aún más a las sugerencias interesadas de los que están a su lado; y que, finalmente, un simple apunte de favor por parte del causante puede convertirse, por vía de interpretación amañada o interesada, en disposiciones exclusivas de propio beneficio. Todos estos efectos psicológicos son los que más pesan en esta cuestión y los que, en definitiva, han contribuido al desprestigio general.”

En general, es innegable que esta forma testamentaria no despierta simpatías y engendra una casi-universal desconfianza, que se apoya en su sencillez y en la falta de casi toda clase de garantías.

Esta es la causa de que la jurisprudencia se vea obligada a realizar una interpretación integradora de las normas, que considera es imprescindible.

B) Integración jurisprudencial del modelo legal.

Tampoco es posible ocultar que la escasez de la normativa del Código acerca de esta forma de testar da pie para estimar necesaria, e incluso indispensable, dicha integración.

Esta función no podía exigirse a una doctrina enfrentada con la ingente tarea de estudiar la aplicación de todo un Código de nueva planta; pero la administración de la Justicia no tolera esperas ni dilaciones. Y la Magistratura tuvo que acometer su labor diaria con toda la enorme problemática que surgió del artículo 700, utilizado de modo abusivo, además, y careciendo de la base de un mínimo estudio doctrinal versado sobre su naturaleza, caracteres, estructura y dinámica.

Esta misión, nada fácil, ha sido reconocida, con toda justicia, por LEÓN ALONSO (48) cuando dice: “Y en este sentido, sin duda que no ha sido poco el mérito de nuestros tribunales al haber sabido apreciar y rescatar para la historia presente este testamento nuncupativo”.

En busca de apoyo sólo podía recurrir a lo que el Código dispusiera para instituciones similares. Hoy es fácil decir que erró al elegir el testamento notarial, dadas sus enormes diferencias. Pero se debe reconocer que no había alternativa.

Por ello, la jurisprudencia de la época —durante décadas— es vacilante, porque trata casi de adivinar la justicia del caso concreto, y por ello pródiga en afirmaciones, rectificaciones y cambios.

(48) LEÓN ALONSO, José R.: *loc. cit.*, p. 185.

Los únicos puntos en que la integración ha podido llegar a feliz término —y en tiempo nada remoto, por cierto— son los que se refieren a los requisitos del acto testamentario, o sea, a la necesidad de capacidad en el testador, que haya una verdadera declaración testamentaria y, como requisito de forma o solemnidad, la presencia simultánea de cinco testigos.

Fuera de ellos, cuando se pretende, por ejemplo, fijar los requisitos objetivos de la cédula que se redacte, o de indicar la forma de su redacción en cuanto a las solemnidades del acto, si bien se empieza exigiendo las mismas previstas por el Código para el testamento notarial, pronto aparecen sentencias en que se introducen tan fuertes paliativos que llegan, de hecho, a mantener sólo las que son fundamentales “del acto”.

Por ello se habla en términos mucho más vagos, como que se puede prescindir de lo que sean “meras ritualidades”, que no es preciso que “el escrito se redacte tan escrupulosamente como el otorgado ante Notario”, o que se exigen sólo “las que sean racionalmente compatibles con las condiciones de su otorgamiento”, o cuando se alude a su “legal complemento en la elevación posterior a escritura pública con arreglo a lo dispuesto en el artículo 704 del Código”.

En definitiva, se viene a decir que se le exijan todos los estrictos requisitos esenciales del “acto testamentario” otorgado en inminente peligro de muerte.

III. Recapitulación sobre el modelo legal

Esta consideración global podría versar sobre tres cuestiones íntimamente relacionadas entre sí: la primera consistiría en tratar de comprender la causa por la que el legislador pudo creer necesario o conveniente un acto testamentario tan extraño como el que va a aparecer en el artículo 700; después, qué tipo de regulación le era conveniente; y, por último, cómo se le ha de aplicar el régimen establecido.

A) Cómo nace este pretestamento.

Dada la gran trascendencia del testamento, es natural que se deba hacer con reflexión, serenidad y equilibrio, y recibiendo todo el asesoramiento que cualquier testador pueda necesitar en materias tan complejas como las de Derecho sucesorio. La realidad práctica lo demuestra y la minuciosidad y detalle que exige el Código para el testamento notarial abierto bastarían para borrar cualquier duda que pudiera haber sobre ello.

Si esto es así, ¿cómo es posible que el legislador cree y regule una

forma testamentaria como la del artículo 700, que se tiene que producir ante la inminencia de la muerte, es decir, en las más adversas condiciones imaginables?

En pura lógica, la razón es clara. El testamento es un acto *mortis causa* por naturaleza, que se otorga en consideración a la muerte y para cuando ésta llegue; y no se puede impedir que teste quien, con la capacidad necesaria, se halla precisamente en la antesala de la muerte.

Además, suele añadirse como motivo que el legislador prefiere que la sucesión se rija por la voluntad del hombre mejor que por la ley. Es frecuente citar su falta de simpatía por el abintestato. Sin negar que pueda ser así, nos atrevemos a pensar que el artículo 700 nace, más que para evitar el abintestato, para negar vigencia a un testamento anterior que, por cualquier causa, ha devenido injusto o inmoral. El testador no quiere morir con un testamento que en aquel momento repugna a su conciencia (49). Y por eso, tal vez con mayor razón que nunca, debería admitirse en el testamento del artículo 700 una voluntad testamentaria de contenido exclusivamente revocatorio.

Sólo la búsqueda de un remedio a la injusticia puede servir para explicar *razonablemente* que se cree un testamento que ha de ser otorgado en circunstancias tan poco propicias, incluso tan disparatadas que casi lo hacen impensable, como son las que la ley exige al acto testamentario que nos ocupa, calificado, con toda razón, de *in extremis*.

B) Cómo se ha de regular.

Son esas mismas adversas circunstancias las que, a la vez que aconsejan la creación de esta forma extraordinaria y excepcional de testar, imponen para ella un particular régimen regulador que las valore y las tenga en cuenta, a todos los efectos. No podría aceptarse semejante forma de testar sin un régimen que se le adapte en forma adecuada, es decir, en justicia.

El régimen que se establezca tiene que responder de la manera más exacta a las peregrinas particularidades en que nace la voluntad testamentaria, comenzando por entender que la misma, por lo expuesto, no merece excesiva confianza, y que el testamento propiamente dicho ha de nacer cuando se documente en forma y se hayan logrado las garantías que exige todo testamento.

(49) Nos parece una razón mucho más seria y profunda, y tal vez no pueda excluirse que alguno de los legisladores haya podido vivir de cerca una experiencia de este tipo, tal como se alegó para explicar la reserva del 811.

Por lo tanto, el régimen a establecer debe comenzar con el tener que producir el acto testamentario. El presupuesto de la situación de inminencia de muerte, y los requisitos de fondo y forma que se consideren necesarios en atención a las circunstancias, comenzando por la necesaria capacidad del testador. La fórmula empleada por el Código Civil se puede considerar aceptable, no obstante. *Si se entiende que, por sí sola, la inminencia de muerte es obstáculo hasta para intentar la intervención del notario, debería hacerse constar así de modo inequívoco.*

Si no se considera prudente dejar constancia de los motivos por los que la voluntad otorgada no debe tenerse por definitiva, debe constar con absoluta claridad la fórmula en que se plasme. La elección del sistema de caducidades que usa el legislador español debe estimarse muy acertada y prudente, en especial la primera de ellas, tanto por su elección como por el plazo establecido y su *dies a quo*. Se estima, con parte de la doctrina, que el plazo pudiera abreviarse más si no se pudo redactar la cédula.

Pensamos que el acierto del artículo 703.1 queda empañado, y casi deslucido, por su laconismo, que le da un aspecto críptico a la vez que obliga a un esfuerzo para comprenderlo. Parece necesitado de una explicitación que permitiese captar con facilidad cuál es su intención y su sentido concreto (50).

Es indispensable, como en todo testamento privado, que las garantías de que se careció en el acto del otorgamiento queden compensadas con el rigor en su exigencia en el expediente judicial de adveración, si bien éste debió merecer su regulación en el propio Código, revestido como está de una importancia capital.

C) Cómo se debe aplicar tal régimen.

Se debe aplicar como cualquier norma jurídica, haciendo uso de todos los medios establecidos por el Derecho para tal fin.

Y por supuesto, sin olvidar en ningún momento los que fueron presupuesto de la implantación de la figura y de las normas específicas que la regulan, conforme a su propia y peculiar naturaleza y a los fines que ha de cumplir.

(50) A tal fin, tal vez pudiera bastar que se convirtiera el punto final de este párrafo, tras la palabra "epidemia", en una coma, y añadir: "sin haber otorgado testamento notarial".

TERCERA PARTE

EL MODELO JURISPRUDENCIAL

I. El modelo jurisprudencial y el nuevo requisito

Nos parece de justicia hacer una salvedad inicial. Seguimos hablando de este modelo con el calificativo de jurisprudencial porque creemos que fue la jurisprudencia (y no sólo la procedente del Tribunal Supremo) la que, con la autoridad de que se hallan investidos sus miembros, inició las ideas preparatorias y realizó más tarde lo que fue su declaración o formulación. Y más aún, porque mantuvo con tenacidad el requisito en las circunstancias más conflictivas.

Pero debe hacerse constar que si el nuevo modelo se puede considerar implantado con la adición al modelo legal del nuevo requisito que es la imposibilidad de hallar notario, ello se debe a la forma decidida y categórica con que la mayor parte de la doctrina científica apoyó la idea. Porque es muy cierto, en verdad, que han sido muy escasas las excepciones aunque se defendieron con ardor y excelentes razones. Muy pronto habremos de referirnos a ellas.

En cuanto al nuevo requisito, no se puede omitir el hecho de que su “implantación” estuvo –y en gran parte aún continúa– presidida por unas formulaciones vacilantes envueltas en ambigüedades, como veremos, con escasa claridad y fijeza.

A) Nuevo requisito, nuevo modelo.

En una primera fase, que MARTÍNEZ CALCERRADA (51) califica de “negativa”, el Tribunal Supremo se mantiene en la ortodoxia de lo que hemos visto como modelo legal. La STS de 13 de enero de 1914 dictaba la siguiente doctrina:

“Que el artículo 700 del Código Civil, lejos de exigir, como supone el primer motivo del recurso, que al testamento otorgado en peligro inminente de muerte concurra un Notario siempre que fuere posible o que se acredite el motivo que impida esa concurrencia, autoriza aquel otorgamiento sin la presencia de dicho Oficial público, y, por tanto, no puede

(51) MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: “Cuestionabilidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte”. *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXVII. Número 3. Julio-Septiembre 1968, p. 628.

estimarse que, en tal concepto, la sentencia recurrida haya infringido la expresada disposición legal”.

El caso es muy significativo y de gran relieve porque se trata de un causante que falleció en un sitio céntrico de la ciudad de La Habana bajo testamento de palabra otorgado dos horas antes de morir. Fue promovido pleito de nulidad *por no haberse acreditado la imposibilidad de que concurriera al acto un Notario que lo autorizara* y la Audiencia de Madrid desestimó la demanda, y el Tribunal Supremo declaró que no había lugar al recurso por tal motivo.

En el mismo sentido, entre otras, STS de 22 de abril de 1910 y 23 de febrero de 1926: “No es menester que concurra Notario siempre que sea posible, ni que se acredite el motivo que impidió su concurrencia, por no exigir tales requisitos el presente artículo, y siquiera no pueda entenderse que pueda discrecionalmente prescindirse de su intervención, hay que proceder con criterio de amplitud”.

En sentido contrario, comenzando ya de hecho la segunda fase, la fase positiva a juicio del citado profesor, se pronuncian algunas sentencias en las que se manejan dos ideas (52) de cierta novedad que son “discrecionalidad y subsidiariedad”, empleadas en estrecha relación.

Dice la STS de 22 de abril de 1910 que: “Si bien el artículo 700 no puede entenderse en el sentido de que el testador en peligro inminente de muerte pueda prescindir discrecionalmente de la intervención del notario, aun cuando nada obste a ello, debe apreciarse tal posibilidad con un criterio amplio para facilitar la expresión de la última voluntad en la forma que el precepto autoriza”.

Es, que conozcamos, la primera sentencia del Tribunal Supremo en que se pone en entredicho la rotunda frase final del artículo 700, en cuanto a su otorgamiento “sin necesidad de Notario”. “Ex novo” y contra el texto legal, se hace la rotunda afirmación de que el testador no puede discrecionalmente prescindir del notario para otorgar su testamento en inminente peligro de muerte, cuando nada obste a ello.

Y como si luego se diera cuenta de que el artículo 700 lo que quiere es facilitar al máximo el testamento de quien se halla en los que pueden ser los últimos instantes de su vida, añade “generosamente” que esa posibilidad de prescindir del notario debe concederse al testador “con un sentido amplio”.

(52) Pudieron haber sido usadas en los Juzgados durante los primeros años de la vigencia del Código para corregir prácticas abusivas.

Negada esta discrecionalidad (53) se pasa a la segunda idea, la “subsidiariedad”, que viene, en cierto modo, a confundirse con la primera, con la que se amalgama.

Si lo subsidiario es aquello a lo que se tiene que recurrir cuando no cabe hacer lo que es usual o reviste carácter principal, la forma de testar prevista en el artículo 700 es subsidiaria del testamento notarial ordinario. Por supuesto; es una excepcional forma de testar, causada por la inminencia de la muerte.

Pero no se trata de eso. No es sólo subsidiario, es también, se dice, subordinado, sometido a la preeminencia del testamento notarial, preferente. Ahí radica esa subsidiariedad que se le atribuye. Es preciso, excepcionalidad aparte, que no se haya podido conseguir la concurrencia del notario.

En consecuencia, se viene a convertir al testamento notarial en el modo normal y ordinario de testar del que no podrá prescindir ni siquiera quien se halle en inminente peligro de muerte y pretenda acogerse al artículo 700, salvo que haya sido imposible hallar al notario. Y, nótese bien, el testador (o su familia) se habrá de preocupar de asegurarse bien de que, en su momento, va a poder acreditar cumplidamente ante el juez esta imposibilidad.

Lo malo de esta “elevación a modelo” es que, supuesto que se prescindía de la distinción entre acto testamentario y documento testamentario, llevó a exigir, por ejemplo, que el escrito en que podían recoger los testigos la declaración verbal del testador en el artículo 700, contuviera los mismos requisitos exigidos para el documento testamentario notarial, que pronto hubo de rectificar en muy acusada medida el propio Tribunal Supremo, como ya vimos.

Con estos precedentes comienza la segunda fase, más bien tardía, y positiva a juicio de MARTÍNEZ CALCERRADA, que estima está representada *especialmente* por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1957.

Se dice en ella que “debe hoy entenderse que no basta que se otorgue en estado de grave enfermedad, ya que es preciso que figure en situación urgente, inmediata y extrema de muerte, que haga temer un próximo y fatal desenlace, debiendo acreditarse tanto la existencia de ese peligro que apremia como el hecho de no ser racionalmente posible la interven-

(53) No podemos dejar de recoger el rotundo juicio que merece a SIMÓ SANTONJA (*loc. cit.* en nuestra anterior nota 2, p. 576) esta pretendida discrecionalidad. “No se trata de que pueda o no el testador prescindir discrecionalmente de la presencia del Notario. Es una discrecionalidad mucho más fuerte, la de la propia ley, que en las circunstancias de peligro dice ser bastante la manifestación de voluntad ante cinco testigos. Creo, pues, que acreditado el peligro, es la propia ley la que prescinde de la actuación del funcionario.”

ción notarial, cuando se pida la elevación a escritura pública y la protocolización del documento en que se hizo constar la voluntad del testador”.

No se puede ocultar, sin embargo, que durante mucho tiempo se habló con insistencia y crudeza de la “imposibilidad de contar de momento con la presencia notarial”. Debió entenderse después que la expresión era exagerada al no permitir matización alguna y ser indemostrable, y ya en numerosas sentencias se trata de paliarla con fórmulas menos severas. Por último, le reemplaza la frase “racionalmente posible”.

En cambio, por otro lado, se exagera la función del nuevo requisito respecto del propio testamento al que se le incorpora. Es excepcional, no porque se otorgue ante la inminencia de la muerte, como resulta del artículo 700, sino por el nuevo requisito, que “es la esencia motivadora” que lo hace posible (54).

La sentencia más reciente que conocemos, la de 10 de junio de 2005, dice, con respecto a la “no asistencia de Notario”: “Aunque la particularidad no aparece en la redacción del citado artículo 700, no cabe interpretar este precepto en el sentido de que constituya un medio para excluir voluntariamente a este fedatario público cuando exista la factibilidad de su participación en el acto testamentario”. Y, más adelante añade que “es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia”.

En cualquier caso, lo que la jurisprudencia no oculta es que se trata de un requisito nuevo, fuera del texto legal. Y, salvo la excepción antes citada, que se acumula al de la inminencia de la muerte. El nuevo requisito, como el antiguo, pero separadamente, se ha de acreditar también.

Con las excepciones que se verán, la doctrina en general acepta sin objeción ni reparo alguno el nuevo requisito y la necesidad de acreditarlo.

Por todos, a causa de la literalidad de la aceptación, podría bastar citarse, tan sólo, la de PUIG PEÑA (55) que, al tratar de los requisitos de este testamento dice que son los siguientes: 1.º Que el testador se halle en peligro inminente de muerte. 2.º Que no sea racionalmente posible la intervención del Notario. [3.º Que se otorgue el testamento ante cinco testigos idóneos que conozcan... etc.]

Añadiremos que, por su parte, BERCOVITZ (56) cita “tres presupuestos que deben concurrir: a) Peligro real de la inminencia de la muerte del

(54) Al menos así lo dice la STS de 22 de marzo de 1983, que se expresa en estos términos: “La ineficacia del testamento que se dice otorgado ante testigos proviene de la singular circunstancia de que ninguna constancia eficiente probatoria exista de que no pudiera acudir a Notario para otorgarlo, que es la esencia motivadora de posibilitar el efectuado para la modalidad que autoriza el artículo 700 del Código Civil”.

(55) PUIG PEÑA, Federico: *loc. cit.*, pp. 309-310.

(56) BERCOVITZ: *loc. cit.*, p. 881.

testador. b) Imposibilidad de la asistencia de Notario. [c) Cumplimiento de las solemnidades propias de los testamentos abiertos.]

Se exige, pues, un nuevo requisito, o, si se quiere, hay un verdadero desdoblamiento (57) en el sentido de que la inminencia de muerte funciona como presupuesto y junto a él aparece otro requisito distinto que es simultáneo al otorgamiento y consiste en la racional imposibilidad de que asista el notario.

La apreciación de ambos requisitos, es decir, que el testador se encontraba en inminente peligro de muerte y que no fue racionalmente posible la intervención de notario, corresponde a la soberana apreciación de los órganos jurisdiccionales de instancia (SS de 7 octubre 1899, 7 octubre 1904, 23 febrero 1926 y 19 diciembre 1959). Es cita literal de José Luis ALBÁCAR y Jaime DE CASTRO (58). Y no debe olvidarse la ya mencionada de 4 de octubre de 1957, que exige con gran claridad la acumulación de los requisitos.

BONET CORREA (59) cierra su comentario al artículo 700 con la cita literal de parte de uno de los “Considerandos” de la ya citada STS de 22 de marzo de 1983.

Debe señalarse que hay un autor, PUIG BRUTAU, que, si bien parece aceptar de buen grado el nuevo requisito, hace a continuación un acertado comentario modalizador de un notable interés. Vamos a reservarnos su transcripción para un momento posterior, que nos parece más adecuado.

La importancia de este segundo requisito –y que el mismo sirva para delinear el “modelo jurisprudencial”– ha sido puesta de relieve por el propio Tribunal Supremo, que en su sentencia de 22 de marzo de 1983 la caracteriza de un modo singular al decir que “es la esencia motivadora

(57) Quizás pueda entenderse en este sentido la sentencia de 27 de junio de 2000 que, respecto a los presupuestos de este modo testamentario, cita la inminencia de muerte del testador, y añade, “que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un Notario”.

Y, por lo que se refiere a las solemnidades, expresa con moderación y acierto que se han de cumplir con rigor las establecidas por la Ley para esta forma de testar y “que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario; es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros”.

(58) En la obra VVAA: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo III. Dirección y coordinación José Luis ALBÁCAR LÓPEZ. Cuarta edición. Trivium. Madrid.

(59) BONET CORREA, José: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*. Tomo III. Libro tercero, Editorial Civitas, SA. Madrid, 1987, p. 206.

de posibilitar el [testamento] efectuado en la modalidad que autoriza el artículo 700 del Código Civil”.

Pero la disconformidad de fondo no tiene por qué estar reñida con la búsqueda de los motivos que determinaron la exigencia de la que se discrepa. Ni tampoco con que tal búsqueda se haga con una fuerte dosis de comprensión. Es la razón por la que creemos que es éste el momento en que hay que preguntarse:

B) Y, ¿por qué razón surge este nuevo requisito?

Sobre todo (60), a nuestro parecer, porque no se da a la última frase del artículo 700, “sin necesidad de Notario”, el que parece ser su sentido natural en el que muchos hemos creído: el que testa en peligro de muerte no necesita notario para ello, puede hacerlo sin él, recurriendo a cinco testigos.

Entenderlo así tal vez presuponga una estricta valoración de la inminencia de muerte. Se halla ésta tan próxima que impide pensar en llamar al notario; la urgencia, la premura extrema, lleva a la necesidad de testar cuanto antes. La inminencia de muerte se interpreta en términos de una absoluta y extrema urgencia que lleva implícita la “imposibilidad” de llamar al notario. No se puede perder tiempo.

Esta idea de “inminencia” es la que inspiró a CASTÁN (61) al escribir: “Ha querido el Código establecer un medio simplificado de hacer testamento para aquellos casos en que la inminencia del peligro de muerte haga *imposible esperar la presencia del Notario*”.

La misma por la que LACRUZ (62) afirma que “es suficiente (y por otra parte necesario) el temor fundado de que el testador fallezca antes de poder otorgar el testamento en su forma ordinaria, de modo que la misma presencia del notario no será obstáculo para testar en peligro de muerte cuando por la inminencia del fallecimiento se tema que faltará tiempo para llenar las solemnidades del testamento abierto”. (*Llamamos la atención del lector sobre esta última frase, a la que pocos autores parecen haber prestado la enorme importancia que entraña.*)

Acaso sea también la explicación de la sibilina frase que emplea BLANQUER (63): “El Notario deja de ser necesario cuando no es posible su concurso”.

(60) La realidad es que pocas veces algo es debido a una sola razón, siempre se buscan más. Las razones son de los hombres, la Razón...

(61) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil*. Editorial Reus. Madrid, 1932. II, p. 480.

(62) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Notas al Derecho de Sucesiones*, de Julio BINDER. Labor, 1953, pp. 69 y ss.

(63) BLANQUER UBEROS, Roberto: *Comentario del Código Civil*. VVAA. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1991. Tomo I, pp. 1772 y ss.

Porque, en sentido contrario y con toda legitimidad, se puede partir de un concepto más amplio de inminencia que no sea impeditiva, por sí sola, el cual permite entender que es posible contar con que un notario pueda llegar a tiempo para autorizar un testamento común.

El gran riesgo que ello implica es evidente, pues ese “creer que hay tiempo para que venga el Notario” puede ser desmentido por la realidad con irreparables consecuencias, ya que el “testador” ya no podrá testar de un modo ni de otro. Ya veremos que aunque llegue el notario, no es por sí suficiente.

Para asumir esta no pequeña responsabilidad y exigir que se tenga una previa diligencia, por leve que sea, que “obligue” al testador a tener que contar con notario antes de que se pueda ejercer el “permiso” que el artículo 700 le concede para testar sin él en esa circunstancia, lo primero que hará falta es estudiar por qué causa el legislador introdujo esa frase en el artículo 700.

Aparte de que la causa sea la que se indica, la única que parece admisible es la de salvar una contradicción. El artículo 700, como el 701, dictado también para otro caso excepcional, el de epidemia, son testamentos abiertos y están regulados dentro de una sección que se titula “Del testamento abierto”, cuyo artículo inicial, el 694, dice en la redacción que le dio la Ley 30/91: “El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento”.

Pero, al existir testamentos abiertos en que la emisión de la voluntad por el testador no requiere ser hecha ante notario, esta excepción debe constar en su respectiva “definición”. Por eso los artículos mencionados contienen las frases que conocemos y son, respectivamente “sin necesidad de Notario” y “sin intervención de Notario”.

El argumento sería irreprochable caso de que la contradicción existiera. Pero no existe desde el momento en que en el propio artículo 694 añade su segundo párrafo: “Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección”.

Las reseñadas frases no quieren, pues, destacar una excepción ya formulada mejor, en sentido general. Su función no puede ser otra sino la de remachar el carácter privado de tales testamentos, sólo justificado por las circunstancias anómalas en que tienen que ser otorgados.

Si, a pesar de lo dicho se juzga preferible admitir que, en principio, debe intentarse el otorgamiento de un testamento común avisando a un notario, se están aplicando, de hecho, aquellas dos ideas que vimos precedían a la creación del nuevo requisito, la no discrecionalidad de la elección entre testar con notario o sin él, y el carácter subsidiario o supletorio del testamento del artículo 700.

En todo caso, está fuera de duda que si el Tribunal Supremo entiende que antes de otorgar este testamento es preciso realizar intentos para

lograr la asistencia del notario, lo hace con la idea de perfeccionar el sistema legal, eliminando interpretaciones que cree laxas y que pueden ser fuente de inaceptables abusos y logrando, a la vez, constreñir el otorgamiento de testamentos privados y fomentar el otorgamiento de verdaderos testamentos *ab initio*.

La idea es loable, por supuesto, y sólo exige una prudente aplicación que no pretenda conseguir a ultranza y por encima de todo el triunfo de una idea, sino aplicar con mesura, con los pies en el suelo y sin olvidar (ni mucho menos despreciar) lo que es la realidad que vemos constantemente en la vida práctica. Y teniendo en cuenta que la figura jurídica de que hablamos ni es un disparate ni un capricho del legislador de 1888. Y que su establecimiento tiene sus razones y merece respeto.

Antes de realizar una pequeña crítica del nuevo modelo, y a modo de preámbulo, vamos a tomarnos la libertad de recordar un viejo caso y transcribir, con un breve comentario, lo ocurrido hace casi un siglo.

C) A modo de interludio: sobre un testamento frustrado.

La consulta (64) número 31 que en 1914 se hizo a la redacción de la *Revista de los Tribunales* la formulaba el suscriptor número 3015, y se refería "a un caso concreto en el que la autoridad judicial ante quien se solicitó declarar testamento la manifestación de última voluntad de la testadora, hecha ante cinco testigos idóneos y extendida por escrito con la firma y rúbrica de aquella, ha declarado no puede acceder a lo que se solicita porque las circunstancias no eran de peligro inminente de muerte, no obstante haber sido otorgado el testamento a las ocho de la mañana estando la testadora aquejada de una estrangulación de hernia que exigió una operación quirúrgica aquella misma mañana, de resultados de cuya operación falleció a las cinco de la tarde del mismo día. La necesidad de esta operación había sido decidida por el facultativo que asistía a la enferma a altas de la noche anterior y uno de los testigos manifestó que a él se le había prevenido o avisado la dicha noche, que a la mañana siguiente concurriera a la casa de la doliente para servir de testigo en el testamento que se proponía formular. El Juzgado afirma que en tales circunstancias pudo ser avisado un notario, sobre todo tratándose de una gran capital donde hay un gran número de ellos y que, al no hacerlo, optando por el testamento del artículo 700 del Código Civil, la testadora pro-

(64) Debemos el conocimiento de este caso, a través de la consulta que originó, a MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: "Examen de la normativa legal del denominado «in articulo mortis» (Sobre los presupuestos condicionales de su admisibilidad)". *Revista de Derecho Notarial*. Año XV. Número LII. Abril-Junio 1966, en nota 3, pp. 124-125.

dujo una declaración sin eficacia jurídica, muriendo por tanto intestada”.

“Lo que la ley se propone es facilitar el otorgamiento de últimas voluntades atendiendo a la realidad de que es más hacedero en un momento de apuro cinco vecinos o domiciliados que un Notario y tres testigos, con las exigencias del conocimiento por el Notario del testador.

Extremadas las cosas en tales términos casi nunca habría medio de conseguir se admitiera y elevara a escritura pública un testamento de tal clase, y resultaría que su establecimiento por ley solo serviría para engañar a los próximos a morir.

Nadie duda de que el Notario tiene obligación de acudir con la posible brevedad y diligencia a un llamamiento de esta clase; pero también sabemos todos que en las grandes capitales es difícil encontrar en un momento determinado dispuesto a este funcionario para salir de su estudio, ya que, cuando no conoce al testador, la posibilidad de una suplantación y otros peligros muy temidos en las grandes aglomeraciones humanas, hacen que ese servicio se mire con repugnancia y se exageren las precauciones, todas las cuales, aunque comprensibles y lícitas, constituyen verdaderos obstáculos para que el testamento llegue a otorgarse con la necesaria oportunidad”.

La respuesta a la consulta concluye con la escueta afirmación de que el testamento que se otorgó “es perfectamente legal y su validez inconcusa”.

Nos abstenemos de todo comentario sobre el criterio de la respuesta de la *Revista de los Tribunales*, sobre el fondo de la resolución judicial.

Pero la consideramos encomiable y hasta admirable en cuanto a los términos en que considera el problema, que son un dechado de sensatez y buen sentido al plantear la finalidad del testamento en inminente peligro de muerte y las circunstancias concretas que pueden ser consideradas en cuanto a la exigencia de la concurrencia del notario.

Aunque sea simple conjetura, creemos que no es desdeñable pensar en un aspecto que la Revista, tal vez deliberadamente, silenció: la importancia, acaso decisiva y determinante, que en la mente del juez pudo tener la declaración del testigo, reveladora de que la decisión de testar privadamente se había adoptado por la noche para ejecutarla a primeras horas de la mañana siguiente.

Fue, de hecho, el simple ejercicio de la libertad que parece conceder el artículo 700 lo que el juez pudo valorar al decidir; y explica el fallo por estimarlo contrario a los antes citados criterios de discrecionalidad y subsidiariedad. Tal vez el fallo hubiera sido distinto de haberse otorgado el testamento de madrugada o poco antes de la hora en que la operación debía realizarse. O si en autos no hubiera figurado la deposición del testigo.

Pero que el “momento de apuro” fuera en horas intempestivas (que es, por cierto, circunstancia no mencionada por la *Revista de los Tribuna-*

les) en que, cerrados los despachos notariales, no cabe ni siquiera avisar al notario, puede no ser bastante, por lo visto, para tolerar que se teste por el artículo 700.

Cerrado el paréntesis en que puede considerarse incluido todo el apartado en que nos hallamos, nos parece oportuno volver al modelo "jurisprudencial" resultante de la aparición del nuevo requisito.

D) Breve consideración crítica sobre el nuevo requisito.

Nuestra disconformidad con la aparición del nuevo requisito consta ya al lector desde las primeras líneas, pero es obligado hacer el reconocimiento de que durante el desarrollo de este estudio se ha templado en gran parte.

La causa radica, por supuesto, en el hecho de que aquella primera "imposibilidad de contar con la asistencia de Notario" se transformó de hecho en una a modo de "razonable dificultad" para lograr tal asistencia.

Porque, entendido así el nuevo requisito, no contradice el espíritu del artículo 700 y se limita a cortar una interpretación acaso exagerada del precepto que venía a entender que implicaba por sí mismo hasta que pudiera pensarse en que concurriera el notario. Es cierto que nadie puede predecir el tiempo de duración de la inminencia ni el momento preciso en que la muerte sobrevenga. La inminencia puede durar horas e incluso días o sólo unos minutos para desembocar en el óbito. No vale presuponer que se dé siempre esta última posibilidad ya que el texto del artículo 700 no llega a pormenorizar esta circunstancia.

Con este entendimiento, el nuevo requisito puede aceptarse dentro de ciertos límites. Y el autor reconoce con humildad que su primitiva postura era extremada en demasía y que la "inminencia de muerte", aunque no consienta que se le señale una duración concreta, no tiene por qué ser calculada siempre en cuestión de minutos; y que cabe que exista una inminencia de muerte que pueda durar horas e incluso días, y que permita el otorgamiento notarial del testamento.

Pero una cosa es que se pueda hablar de horas o días (admitiendo que en este caso ya no resulta imposible *esperar* la presencia del notario, como leímos en la cita de CASTÁN), y otra, muy distinta, que no haya supuestos en los que un cambio súbito no haga llegar a la muerte en cuestión de minutos. Y que cabe siempre que una aparente "situación de inminencia prolongada" se convierta en otra de inminencia reducida. O en una muerte súbita.

Esta terrible incógnita que nadie nos resolverá nunca es la que se ha de imponer y nos obliga a caminar con pies de plomo en la necesidad de decidir. Y que la prudencia parece conducir a que una aplicación a ultran-

za del nuevo requisito en ningún caso sea recomendable, que sólo puede ser puesto en práctica con exquisita prudencia.

Debe predominar el "animus" legislativo causante de que una figura tan discutida pudiera tener acceso al texto codificado.

Y teniendo siempre en cuenta la excepcionalidad del supuesto que una cosa es el nuevo requisito y otra la interpretación que se le dé y las consecuencias que de ella se saquen.

II. El modelo jurisprudencial aplicado por los Tribunales

A) Audiencia de Burgos: sentencia de 9 de junio de 1995 (65).

(En ella se estima el recurso de apelación contra la del Juzgado, que había sido confirmatoria de la validez de un testamento que se otorgó al amparo del artículo 700, y cuya elevación a escritura pública y protocolización había sido ordenada en auto con fecha 21 de mayo de 1993. La revoca y declara la nulidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte.)

El que hemos llamado modelo jurisprudencial superpone a la inminencia de muerte del artículo 700 un nuevo requisito: que antes de otorgarlo se procure la presencia del notario.

Esta sentencia, con cita de la del Tribunal Supremo que, como ya se dijo, expresaba que "la esencia motivadora del posibilitar efectuar el testamento en los términos que previene el artículo 700 del Código Civil es no poder acudirse a Notario para testar", la puntualiza y obtiene después unas consecuencias.

La puntualiza en el sentido de concretar que para que se pueda otorgar el testamento del artículo 700 no sólo es precisa la ausencia de notario, sino que ésta sea debida únicamente a la imposibilidad de su asistencia.

En el segundo párrafo de su tercer Fundamento de Derecho dice: "que la ausencia del Notario en la emisión de la declaración de voluntad del testador no sea debida sino a la imposibilidad de asistencia del fedatario y no a otra causa".

La primera consecuencia es que se viola el artículo 700 si asiste a él un notario.

En el segundo párrafo del Fundamento de Derecho quinto añade: "Lógica consecuencia de que no se otorgase el testamento ante Notario pudiendo

(65) Sólo la conocemos por la reseña (sin antecedentes de hecho) que de ella se dio en *Revista General de Derecho*, Valencia. Abril 1997. Año LIII. Número 631, p. 4717.

al mismo asistir a dicho acto es que el testamento impugnado viola lo prevenido en el artículo 700 del Código Civil”.

La segunda, que es ineficaz el testamento otorgado ante cinco testigos siendo notario uno de ellos.

Lo confirma, con rotundidad, en el sexto, en la frase que nos hemos permitido resaltar:

“En todo caso lo que interesa a este pleito es sólo que, pudiendo otorgarse testamento abierto ordinario ante Notario, se otorgó uno en peligro de muerte ante cinco testigos y ello no lo permite el vigente ordenamiento jurídico que sanciona con la ineficacia del acto de disposición mortis causa tal forma de actuar.”

Puede considerarse que es la *ratio decidendi* única de la sentencia porque dicho Fundamento sexto comienza diciendo: *“En nada se opone a lo dicho hasta ahora el motivo que pudiera impulsar al señor Notario para no autorizar el testamento ordinario para el que fue llamado”*.

B) Tribunal Supremo: sentencia de 27 de junio de 2000 (66).

Interpuesto recurso de casación, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo declaró no haber lugar a él en la sentencia.

En primer lugar y para la mayor ilustración del lector, vamos a extractar de su primer Fundamento de Derecho “los hechos que, en síntesis, resultan probados, de acuerdo con la sentencia recurrida y los que tácitamente devienen aceptados”.

Requerido al efecto, un notario se personó en una Residencia Sanitaria donde estaba internada una señora que deseaba testar. Ante el estado físico de la testadora, el notario pide la presencia del personal sanitario y ante dos médicos y una ATS, manifiesta que no cabe otorgar testamento abierto, pero sí testamento en inminente peligro de muerte. Procede a tomar nota de las estimadas como declaraciones de voluntad de la testadora en presencia de cinco testigos, integrados por él mismo y su empleada y los componentes del equipo sanitario (67).

(66) *Revista Jurídica del Notariado*. Madrid. Octubre-diciembre 2000. Número 36, p. 327, la publicó en su Sección de Jurisprudencia.

(67) Aunque la brevedad de esta referencia pueda suscitar en el lector alguna suspicacia, debe desecharla de inmediato. No se va a decidir en el fallo ninguna de las cuestiones que hemos ido viendo. Ni la inminencia, ni la declaración de voluntad, ni su capacidad, ni las solemnidades.

La testadora falleció dos días después y dos semanas más tarde el notario compareció ante el Juzgado de Primera Instancia número dos a incoar el expediente judicial con aportación del escrito que contenía la voluntad de la testadora. El 21 de mayo de 1993 el Juzgado acuerda la protocolización del expediente, declarando ser testamento el otorgado.

Formulada demanda en juicio de menor cuantía, se instó la declaración de nulidad de dicho testamento, y el Juzgado número tres de la misma ciudad la desestimó en sentencia con fecha 10 de diciembre de 1994.

En el recurso de casación se articulan dos motivos: el primero denuncia, por infracción de ley, la interpretación errónea de los artículos 700 y 704; y el segundo estima infringida la doctrina jurisprudencial de las sentencias que al efecto se mencionan al interpretar los requisitos que exige el artículo 700 del Código Civil.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto, con imposición a los recurrentes de las costas causadas.

La sentencia, como es natural, se centra en el estudio de tales motivos. Pero, a efectos de este trabajo, lo que más nos interesa es ver qué relación guardan los argumentos que emplea respecto de la doctrina que mantiene la sentencia de la Audiencia contra la que se plantea el recurso. Y comprobar en qué medida concuerda con ella.

A tales efectos, lo que importa es la denunciada interpretación errónea del artículo 700, a la que se refiere el segundo Fundamento de Derecho, de cuya parte final entresacamos las siguientes frases:

“En el supuesto que se contempla se incumple, a todas luces, el requisito consistente en la imposibilidad de contar con la presencia de notario, puesto que la excepcionalidad de esta forma de testar está directamente condicionada, no solo a la inminencia de la muerte sino también a la imposibilidad, dada la gravedad del testador, de contar con el tiempo suficiente para que pueda acudir un notario.”

“Se ha sostenido [...] que el testamento en peligro de muerte sirve, de modo exclusivo, para cuando, según una apreciación razonable, hay riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador antes de que pueda acudir el notario. Para defender la validez de esta forma de testar resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar, de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad de comunicaciones o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto.”

“No puede por menos que extrañar, en el caso que se examina la conducta, fuera de sus responsabilidades legales, adoptada por el notario que se niega a autorizar el testamento abierto que corresponde y, con la asistencia de cuatro testigos y de él mismo en función de testigo (lo que denota con toda claridad su presencia), aconseja la sustitución de una forma de testar por otra, al margen de una interpretación pacíficamente consolidada del artículo 700 del Código Civil.”

No parece dudoso que deba considerarse concorde esta sentencia con la de la Audiencia que originó el recurso.

C) Búsqueda de una explicación adicional a ambas sentencias.

A lo largo de este trabajo en dos ocasiones nos hemos preguntado por la causa o el porqué de algo. Por qué los legisladores del Código creyeron conveniente establecer el testamento del artículo 700, y por qué se consideró que convenía instaurar el nuevo requisito de acudir al notario antes de otorgarlo.

Admitiendo que sólo sea por razones de simple curiosidad, nos planteamos ahora indagar si puede haber algún otro motivo, aparte las causas de fondo señaladas, que haya podido influir para inclinar la balanza hacia la ineficacia del testamento excepcional en el caso real al que las dos mencionadas sentencias se ciñen.

Es innegable que el caso de autos despierta interés en cualquiera. El interés proviene de lo anómalo y sorprendente del hecho inicial de que se parte. Ya un testamento en peligro de muerte viene a serlo siempre, pero que ese testamento se presente en el expediente de jurisdicción voluntaria para su elevación a escritura pública por el notario que actuó en él como testigo, da al asunto una singular fuerza de atracción, provocada por la sorpresa, por el asombro, podría decirse.

El propio Tribunal Supremo no es ajeno a esta sensación y, al final del mismo segundo Fundamento de Derecho dice así: “No puede por menos que extrañar, en el caso que se examina la conducta, fuera de sus responsabilidades legales, adoptada por el notario que se niega a autorizar el testamento abierto que corresponde y, con la asistencia de cuatro testigos y de él mismo en función de testigo (lo que denota con toda claridad su presencia), aconseja la sustitución de una forma de testar por otra, al margen de una interpretación pacíficamente consolidada del artículo 700 del Código Civil”.

Pero es claro que la misión del Tribunal Supremo es resolver si ha lugar o no al recurso de casación, y se mueve dentro de unos estrechos, rígidos y formalistas cauces que la Ley señala a tal recurso, por lo cual es

inoportuna toda consideración acerca de si los magistrados llegaron a preguntarse. ¿Y por qué hace esto el notario?

En la Audiencia debió ocurrir lo mismo. Pero hay en su sentencia algo que llama la atención y que puede ser significativo.

En el Fundamento sexto le hemos visto decir que la causa de la ineficacia del testamento ante testigos era que se hubiera otorgado cuando era posible el testamento notarial. Y que nada importaba “el motivo que pudiera impulsar al señor Notario para no autorizar el testamento ordinario para el que fue llamado”.

Y, sin embargo, todo el Fundamento séptimo está dedicado a la causa por la que el notario negó la autorización del testamento común.

De su texto resulta que “la circunstancia de no poder el testador firmar un testamento ante Notario, que es la causa que se lee en el folio 23, en la que se fundó el Notario para no otorgar (*sic*) el testamento abierto no es causa que impida el mismo”. Más que causa –su alegación con este valor es absolutamente impropia de un notario y nos resistimos a creerla– parece excusa improvisada para librarse de un importuno. Y también cabe que fuera mal interpretado lo que el notario dijera.

Aunque pueda ser temerario pensarlo así, no es fácil sustraerse a la impresión de que la Audiencia sospechase que la excusa envolviera algo de mucha mayor gravedad: la incapacidad de la testadora.

La eventual sospecha no se tiene de pie, pues, en el caso de autos, el notario, sabedor de que ello afectaría a todo testamento, privado o público, no actuó en el otorgamiento del acto de una forma solapada o clandestina, sino que dirigió y organizó el testamento ante testigos paladinamente, de forma muy ostensible y responsable, redactó la cédula y se encargó personalmente de presentarla en el Juzgado para incoar el expediente de adveración.

D) Consideración crítica de tal interpretación.

La interpretación que hacen del “modelo jurisprudencial” en el caso de autos al aplicarlo al testamento que se otorgó, se asienta sobre dos ideas:

A) Es ineficaz porque, pudiendo otorgarse testamento abierto ordinario ante notario, se otorgó uno en peligro de muerte ante cinco testigos y ello no lo permite el vigente ordenamiento jurídico.

La frase que emplea la Audiencia, según vimos, es “pudiendo otorgarse testamento abierto ordinario ante Notario, se otorgó uno en peligro de muerte ante cinco testigos”. El error está en que se identifica la simple presencia del notario, que permite la autorización del testamento común, con el otorgamiento ya consumado de éste. Como si el testamento abier-

to naciera, sólo y sin más, por generación espontánea, ante la simple presencia del fedatario.

B) Es nulo a causa de que este testamento sólo está previsto para el caso de que se tema el riesgo “de que fallezca o pierda sus facultades el testador antes de que pueda acudir el notario”. De nuevo *el mismo error*. En la frase empleada por el Tribunal Supremo, que parece quedar inconclusa, en el aire, se echan de menos unas palabras que le den un final que no llega “[que pueda acudir el Notario] y éste autorice el testamento”.

Las causas de fondo de este error son cuatro:

La *primera*, olvidar que estamos ante un testamento excepcional en un doble sentido: porque el otorgante se encuentra ante la inminencia de la muerte, lo que hace tolerable, según el Código, que prescinda del notario; y porque la declaración de la voluntad testamentaria tiene una expresa y terminante limitación de los efectos que se le atribuyen.

La *segunda*, confundir la simple llegada del notario a presencia del otorgante con la consumada autorización del testamento notarial, sin considerar mínimamente que tal autorización exige un cierto tiempo en su realización.

Ello da lugar a que se elimine un dato muy significativo que es la importancia que tiene el factor tiempo en el otorgamiento del testamento común y en el excepcional; breve en éste, por regla general. Mucho más prolongado en el común, donde se va a producir no sólo un acto (que es oral, además), sino un documento testamentario. Y esta diferencia en el “tempo” puede ser absolutamente fundamental.

La doctrina, de ordinario (salvo LACRUZ y SIMÓ SANTONJA), tampoco se ocupa de la cuestión. Es una excepción MARTÍNEZ CALCERRADA (68), reconociendo la diferencia, cuando, ocasionalmente y en nota, dice: “... una de dos, o estando allí el notario hay tiempo para otorgar el abierto o, por el contrario (...) otorgar el especial del artículo 700”.

La *tercera*, el deseo de mantener a ultranza aquella primera idea que vimos, negatoria de la discrecionalidad en la elección del modo testamentario, que llega aquí al extremo de negar la decisión en este punto, no ya al otorgante o a su familia, sino a persona que, profesionalmente y con

(68) MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: “Cuestionabilidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte”. *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXVII. Número 3. Julio-Septiembre 1968, p. 631. Ya citamos antes la frase de LACRUZ cuando trata del temor fundado de que el testador fallezca antes de poder otorgar el testamento en su forma ordinaria, de modo que la misma presencia del notario no será obstáculo para testar en peligro de muerte cuando por la inminencia del fallecimiento se tema que faltará [subrayamos] *tiempo para llenar las solemnidades del testamento abierto*.

bases objetivas, como es el propio notario, está viendo *in situ* el estado del otorgante.

La *cuarta*, una subliminal resistencia a admitir que el notario se convierta en testigo por simple decisión propia. SIMÓ SANTONJA (69) admite con naturalidad que el notario asuma la cualidad de testigo y señala, con toda razón, que “su presencia puede dar mayor relieve a la cédula testamentaria que se redacte”.

Resultado práctico. De esta interpretación, de modo sorprendente, resulta que para testar por el modo previsto en el artículo 700 no sólo va a ser preciso haber procurado lograr el concurso notarial, sino que el haber conseguido la asistencia del notario haga imposible aquel modo testamentario. Presente el notario, el artículo 700 carece ya de toda posible aplicación (70).

Sí, ha leído Vd. bien. Esta es la consecuencia que va a incidir en el ejercicio de la función notarial y en los derechos y deberes de los notarios como funcionarios. Y hasta en su calidad de simples ciudadanos.

En resumen:

La aplicación del modelo jurisprudencial con la interpretación que le dan los Tribunales, según acabamos de ver conduce a unas determinadas consecuencias que creemos por completo inaceptables.

Comienza convirtiendo en imprescindible *contra legem* un requisito que se podía aceptar, como un modo prudencial de advertir que la inminencia de muerte puede admitir grados y que conviene procurar un uso moderado de aquel testamento excepcional.

Niega al notario la posibilidad de juzgar responsablemente acerca de la conveniencia de suspender el ejercicio de su función en aras del interés del otorgante y recomendarle que teste, si lo prefiere, al amparo del artículo 700. Tal proceder implica una intolerable e ilegítima intromisión en su *status*.

Por último, declarar ineficaz el testamento ante testigos por el solo hecho de que uno de ellos sea notario con ejercicio en el lugar del otorgamiento (circunstancia esta última que ambos Tribunales omiten, lo que no

(69) SIMÓ SANTONJA, Vicente-Luis: *loc. cit.* en nuestra nota 2, p. 576.

(70) La presencia del notario parece tener, en el criterio de estas sentencias, la fuerza taumatúrgica de frenar la llegada de la muerte. Al aparecer el notario ya no se deben hacer aquellas consideraciones de si la inminencia puede tener una u otra duración. La presencia del notario impone, de modo absoluto, que sólo pueda autorizarse el testamento abierto. No se tiene en cuenta lo que dijo LACRUZ, según citamos antes, que “se tema que faltará tiempo para llenar las solemnidades del testamento abierto”.

deja de producir cierto sonrojo), implica la creación ilegal de una incompatibilidad y un claro atentado a los derechos de los ciudadanos que hayan obtenido el título de notario.

La crítica, sobre todo si es desfavorable, tiene el valor derivado de la fuerza de los argumentos en que se apoye y del que, en su caso, provenga de la autoridad del que la formule.

Pero si el crítico carece de toda autoridad, la forma de vigorizar sus razonamientos consiste en acompañarlos con unas consideraciones y propuestas cuya fundamental finalidad sea colaborar a la solución del problema.

A nuestro parecer, esto exige, en nuestro caso, recapitular lo que ya en cierto modo sabemos, en orden a la causa y la función de los pretestamentos y, en especial del regulado en el artículo 700.

III. Causa y función de los testamentos privados

El Código establece, como sabemos, dos cauces sucesorios, el legal y el voluntario, y concede a éste una prevalencia total sobre el primero, si bien supeditada a que se realice en la forma que al efecto prevé. Que la sucesión se rijan por la voluntad del hombre manifestada en el testamento público, el notarial, que es el que, además de proporcionar al ciudadano el asesoramiento técnico que pueda necesitar, está dotado de toda clase de garantías en orden a la autenticidad y veracidad de aquella voluntad.

Pero, como al mismo tiempo es consciente de que ese testamento no es siempre hacedero, crea los que han sido llamados testamentos privados especiales y excepcionales, por las circunstancias en que surgen. Su *causa* es, pues, que hay circunstancias en las que no cabe o es muy difícil otorgar el testamento notarial, de ejercicio común y nacido para lo que es normalidad.

Pero comete el error de seguir empleando para ellos el mismo nombre de testamento, que no les corresponde, porque no lo son, aunque tiendan a serlo y en ocasiones lo consigan. Pero entretanto, en el intervalo, son sólo pretestamentos. Confundirlos con el uso de igual denominación para ambos ha sido la fuente de grandes errores, según hemos podido ir comprobando.

Su *función* es sustituir o reemplazar al testamento notarial en calidad de “sucedáneo”, pero teniendo este término un carácter muy especial. El pretestamento sólo suple al testamento notarial de un modo provisional y limitado. Vamos a ver cómo lo es, especialmente y de modo muy particular, cuando el pretestamento es excepcional.

Porque en el testamento excepcional que estudiamos, su causa va a repercutir de modo directo en la función que desempeña.

IV. Su aplicación al pretestamento del artículo 700

A) Recapitulación de unas consideraciones previas.

Esta aplicación parte de la excepcionalidad de este modo testamentario, que tiene su correlato en la excepcionalidad que preside su aplicación. Nacido para ofrecerse a quien, queriendo testar, se halle ante la inminencia de su propia muerte, este hecho tan adverso al recto uso de la *testamentifacio* hace que su regulación esté presidida por el temor y recelo.

Consecuencia, también excepcional en orden a su aplicación, es que sus efectos se limiten mediante un sistema, de lógica aplastante, pero anómalo e insólito en la materia.

Esta dualidad no parece ser advertida por los autores. La excepción está representada, siquiera sea en cuanto a las consecuencias que de esa dualidad se derivan, por la idea intuita por PUIG BRUTAU (71) a que antes hemos aludido, resumida en un solo párrafo. El párrafo dice así:

“Por supuesto que, en caso de duda, siempre cabrá proceder al otorgamiento de este testamento mientras se avisa al Notario y se aguarda su llegada. Si entretanto falleciera el testador, quedaría justificada la procedencia de haber recurrido a esta forma de testar y en caso contrario, el subsiguiente otorgamiento del testamento notarial cortaría igualmente toda discusión acerca de la validez del testamento extraordinario, por haber quedado revocado por el posterior.” “En cambio la posibilidad de litigio queda planteada cuando el otorgamiento solo ante testigos no va seguido de la defunción del testador ni de un nuevo otorgamiento ante Notario.”

Recapitulando, comprobamos que:

— 1.º El artículo 700 llama testamento a lo que, en puridad, no es sino un acto testamentario, simple declaración de voluntad, carente de documentación auténtica. Un testamento virtual, un pretestamento, que no tiene, por el momento, una verdadera eficacia, sino pura relevancia, si bien puede, *a posteriori*, devenir testamento público de origen judicial.

(71) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1963. Tomo V, volumen II, p. 128.

— 2.º Es un acto testamentario de emergencia, a modo de *sucedáneo* del testamento, una especie de testamento provisional (72). Otorgado el pretestamento conforme pide el artículo 700, su valor como tal queda ligado a las mismas circunstancias extremas en que nació. Al desaparecer éstas y un breve plazo prudencial que se le añade, artículo 703.1, su función se agota y su relativa eficacia, su relevancia, queda extinguida. Si el otorgante quiere regular su sucesión debe otorgar el testamento notarial que no le era asequible antes. Si no lo utiliza, decaen los efectos del sucedáneo, pues ya, restablecida la normalidad, nada obsta al otorgamiento del testamento notarial (73).

B) La relación entre el testamento notarial y este pretestamento.

Pronto vamos a ver que el testamento del artículo 700 debe estar siempre en íntima relación con el testamento notarial, de lo que resulta, como una consecuencia, y no sin sorpresa, que ello supone cierto parentesco con la idea matriz del modelo jurisprudencial, dicho sea en honor de éste. Y veremos también el resultado de tener en cuenta y ponderar la diferencia del factor tiempo en cuanto al otorgamiento de uno y otro.

Todo arranca de la función cautelar que hay que entender preside la instauración de este pretestamento y la de su aplicación práctica.

Esta función cautelar tiene su base en la convicción de que la verdadera esencia del testamento ante testigos regulado por el artículo 700 es que se debe recurrir a él cuando se tema que no queda otro remedio.

a) El pretestamento del artículo 700 y el testamento notarial.

El que denominamos modelo legal tolera que, ante la inminencia de la muerte, se otorgue el acto testamentario oral. El jurisprudencial impone al testador la obligación de procurar que acuda el notario para autorizar el testamento público, y ya vimos por qué.

Un simple sentido de respeto y humanidad no permite *exigir o imponer* a un testador o a su familia que, en semejante y angustiosa circunstancia, espere con paciencia a que acuda el notario al que se avise o llame. Que convenga hacerlo y que se recomiende así, no tiene duda. Pero debe primar la inminencia de la muerte

(72) Recordemos la idea de Mucius SCAEVOLA sobre “validez temporal”, citada en nuestra nota 44.

(73) Esta referencia al testamento notarial es la que antes hemos echado de menos al comentar el carácter un tanto misterioso que parece rodear a la causa de caducidad establecida en el artículo 703.1.

o la simple creencia de que se está ante ella, para que deba utilizarse el testamento diseñado para tal supuesto.

Hay determinadas horas cada día, y hay días enteros en los que no se puede pensar en ser atendido por ningún notario, porque no se les puede localizar siquiera. Admitimos que, aun así, se les llame, por fax, por Internet, o como sea. Pero con libertad para ejercer el derecho que concede el artículo 700.

El otorgamiento excepcional que se lleve a efecto no significa que ya esté todo hecho. Es sólo la primera actuación.

Una vez realizado, se debe cursar de nuevo el aviso al notario tan pronto como lo permitan las horas hábiles en que puede ser localizado. Y, por supuesto que si llegare aquél que ya hubiere sido llamado antes, no se le despidia diciendo que ya no es necesario.

Llegado el notario se le debe llevar a la presencia del testador y enterarle de lo que se ha hecho, solicitando su consejo. El notario explicará cuál es el valor del testamento otorgado y, en especial, las causas de su caducidad, el resultado a que conducen según la ley y el plazo durante el cual tiene vigencia. Este conocimiento debe tenerse por esencial (74). Y recomendará que sea otorgado el testamento notarial. Convenida su fecha, su autorización cerrará la "segunda actuación".

Es muy recomendable este segundo otorgamiento, el del testamento notarial que revoca el primero.

Si esta segunda actuación no tiene lugar, el pretestamento otorgado se habrá de enfrentar con su destino. Fallecido el testador dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el testador hubiere salido de la inminencia de muerte, se habrá de incoar el expediente de adveración antes de transcurrir tres meses desde dicho fallecimiento.

Ya conocemos la finalidad y los efectos de tal expediente. Se declarará su definitiva ineficacia o se convertirá en testamento público, con plenitud de efectos.

b) *El testamento notarial y el pretestamento del artículo 700.*

La relación entre ambas figuras permite también una inversión en cuanto al orden en que se sucedan.

(74) Dada la tradicional y absoluta falta de nociones de Derecho de la Enseñanza Media en España y su consecuencia, la tradicional ignorancia de los españoles, incluidos los cultos, en los temas jurídicos más elementales, sería curioso llegar a conocer cuántas personas conocían la existencia del artículo 703.1, entre todas las interesadas en los casos que motivaron las numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia (o cuántas tienen esa idea en el día de hoy entre los que se han licenciado en Universidades y Centros Superiores equivalentes).

Estamos ahora ante un caso similar al que vieron la Audiencia y el Tribunal Supremo en las sentencias estudiadas antes.

Cuando el autor tuvo conocimiento de la segunda de ellas, el llegar a conocer el caso debatido, y sin ánimo crítico alguno, publicó unas pocas páginas, planteando un caso imaginario muy similar, en esta misma *Revista* (75).

Con el mismo sistema resumiremos otro caso análogo que tiene ahora una parte real:

Un notario acude a un hospital para atender a un cliente que quiere testar y se halla en estado muy grave. Lo encuentra lúcido por completo y le explica con detalle su voluntad, bastante compleja. Cuando el notario se prepara para manuscibir el testamento, el médico le informa al oído que abrevie porque el enfermo tiene las horas contadas y le puede repetir el ataque que sería mortal.

El notario calcula el tiempo que puede tardar en dejar terminado el testamento abierto y, temiendo lo peor, le propone que otorgue antes el testamento ante cinco testigos, procurando concretarse a lo que considere esencial. Acepta el testador y aclara que no quiere morir sin revocar una cláusula de un testamento anterior en la que ordenaba la colación de una donación y se ha enterado recientemente que el donatario dedicó su importe al pago de las deudas de su otro hermano, a punto de incurrir en quiebra.

Se otorga el acto que apenas dura cinco minutos, termina con la redacción de la cédula o memoria que firman todos los testigos y que, aparte los demás datos pedidos por la ley, contiene la declaración testamentaria de voluntad: "Quiero testar revocando la cláusula del testamento que otorgué en la primavera del año 2002, en la que declaré colacionable una donación, porque me consta que hoy tal colación resulta lesiva e injusta".

El notario se sienta a manuscibir el testamento abierto. A los cuarenta y cinco minutos, citados dos testigos porque el testador no puede firmar, se procede a la lectura del testamento que contiene la íntegra voluntad inicialmente expuesta al notario, se procede a su lectura, prestación por el testador de su conformidad con lo leído, firmas y autorización por el notario. Con ello se ha practicado lo que llamamos el segundo otorgamiento.

Si el testador fallece mientras el notario redacta el testamento que se va a autorizar conforme a la rogación que se le hizo inicialmente, el tes-

(75) "Reflexiones suscitadas por la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000", en la Sección de Práctica notarial de *Revista Jurídica del Notariado* número 36, octubre-diciembre 2000, pp. 303-305. El mismo volumen, por cierto, donde se publicaba también, en su Sección de Jurisprudencia, p. 327, el texto íntegro de la sentencia.

tamento ante los cinco testigos idóneos es el testamento del artículo 700, conforme al modelo legal.

¿Cree el lector que perdería su eficacia si uno de los cinco testigos, en su día, declarase ante el juez en el expediente de adveración que había allí un notario durante el otorgamiento y que ejercía como tal en la misma localidad?

¿Cree, tal vez, que la perdería si el notario hubiera sido uno de los testigos?

LA AUTORREGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ

*Becario de investigación
del Ministerio de Educación y Ciencia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA AUTORREGULACIÓN COMO ESTRATEGIA ORDENADORA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. 3. PRESUPUESTOS DEL SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. 3.1. Participación y acuerdo de todos los colectivos. 3.2. Códigos de conducta. 3.3. Sello de confianza. 3.4. Organismo de control independiente. 3.5. Mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. 4. EL DISTINTIVO PÚBLICO DE CONFIANZA EN LÍNEA. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El comercio electrónico constituye una actividad contractual en auge. El futuro que los expertos auguran sobre el particular es ciertamente optimista. Sin embargo, debemos ser conscientes de que, en la actualidad,

existe un importante elenco de fenómenos que impiden su efectivo despegue y consolidación, dificultando, de este modo, que dicha forma de contratación se convierta en una alternativa tanto o más atractiva que la adquisición de carácter presencial de bienes o servicios. A pesar de que las nuevas tecnologías han irrumpido en nuestras vidas relativamente hace poco tiempo se han erigido en un instrumento imprescindible.

No obstante, existen numerosos y relevantes factores de carácter negativo –muy vinculados a la seguridad y privacidad electrónicas– que generen una cierta desconfianza por parte del potencial consumidor y/o usuario del comercio electrónico. Conscientes de la situación que presentamos, los legisladores, comunitario y estatal, han tomado cartas en el asunto.

Una de las medidas adoptadas a tal efecto ha sido la redacción de numerosos documentos, nacionales y comunitarios, de diferente alcance que persiguen lograr el fomento de la autorregulación en general. Uno de los ámbitos en el que la misma opera, por cierto de forma exitosa, es el del comercio electrónico, dando origen a los denominados códigos de conducta, figuras que, dicho sea de paso, buscan la instauración de elevados niveles de confianza tanto en el ámbito de la contratación electrónica como de la publicidad interactiva amén de otras cuestiones conexas. En suma, todas aquellas materias susceptibles de ser englobadas en el ámbito del comercio electrónico.

Sin perjuicio de que algunas de las actuaciones al respecto han tenido lugar antes del año 2000, las más significativas, a nuestros efectos, son a partir de tal fecha, por lo que, en el presente estudio, nos referiremos esencialmente a aquellas acontecidas a partir de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior –DCE.

Como es sabido, la DCE es objeto de transposición por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –LSSI-CE–. Ambos cuerpos legales hacen alusión, entre otras cuestiones, a la necesidad de promocionar –arts. 16 DCE y 18 LSSI-CE– la autorregulación del comercio electrónico. Se trata de una materia en la que debe existir una actuación decidida, por parte de los poderes públicos, tendente a asegurar la participación de todos los agentes sociales que interactúan en materia de contratación electrónica y publicidad interactiva.

Tendremos ocasión de observar que la forma en la que tal autorregulación se materializa, como hemos anticipado, son los denominados códigos de conducta. Tales instrumentos contienen un conjunto de buenas prácticas empresariales que han de observarse por lo que al comercio electrónico se refiere pues, además de incluir el necesario respeto de la

legislación reguladora de las diferentes actividades vinculadas con el comercio electrónico, suponen un plus adicional –que mejora la protección que, a nivel legal, se reconoce, con carácter mínimo, al consumidor y usuario– que habrá de observarse por parte de los empresarios que se adhieran a tales instrumentos que, obviamente, tienen valor contractual, de acuerdo con el artículo 1091 Código Civil, entre las partes contratantes.

Resulta interesante señalar que, a pesar de que los códigos de conducta han sido elaborados por parte de terceros independientes y que garantizan el respeto de su contenido por la empresa adherida al mismo, sus efectos, no obstante, van dirigidos a la consecución de altos niveles de confianza del potencial consumidor y usuario. Aunque hace unos años eran desconocidos para la sociedad en general, recientes estudios efectuados en materia de comercio electrónico manifiestan que son un elemento progresivamente más valorado a la hora de realizar una transacción electrónica.

Asimismo, conviene advertir que, como a continuación veremos, los códigos de conducta únicamente constituyen uno de los diferentes elementos que conforman los sistemas de autorregulación en materia de comercio electrónico. Es cierto que son un presupuesto muy significativo de los denominados sistemas de autodisciplina si bien han de coexistir con otros no menos relevantes.

Fruto de la obligación establecida, en primer término, a nivel comunitario –DCE– y, posteriormente a nivel nacional, en el artículo 18 y de la disposición final octava de la LSSI-CE, de que los poderes públicos fomentarán la aprobación de códigos de conducta con un contenido preciso así como que su elaboración haya tenido lugar tras la observancia de ciertos presupuestos verdaderamente deseables, ha sido el RD 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el Distintivo Público de Confianza en los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión.

Uno de los requisitos cuya concurrencia deberá constar para la concesión del Distintivo Público de Confianza en Línea, será la acreditación, por parte de la empresa responsable del código, de que los empresarios signatarios del mismo están adheridos al instrumento extrajudicial de resolución de conflictos instaurado con carácter específico, dentro del que se incluye el arbitraje de consumo objeto de regulación por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero.

Aunque, naturalmente, el consumidor y/o usuario puede acudir a los Tribunales de justicia para que éstos resuelvan los conflictos suscitados a propósito de actividades vinculadas con la contratación electrónica, la, generalmente, escasa cuantía de tales operaciones así como los, en ciertas ocasiones, importantes costes, de carácter económico y temporal, que acom-

pañan a la resolución del litigio por parte de los órganos judiciales que conozcan de tales asuntos, aconsejan, en atención a las ventajas inherentes, que tales controversias sean dirimidas haciendo uso de mecanismos alternativos de resolución extrajudicial de conflictos.

2. La autorregulación como estrategia ordenadora del comercio electrónico

Las alternativas que se presentan como factibles para imponer una ordenación en el comercio electrónico son diversas. Tanto el modelo clásico de heterorregulación –regulación por agentes externos a la Red–, como el modelo de autorregulación –regulación por agentes internos de la Red–, presentan facetas plenamente útiles para acometer la tarea de la regulación.

La autorregulación, como determina el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de 2006, es la acción y el efecto de autorregularse, siendo este último vocablo el hecho de regularse por sí mismo. Dicho de otra forma, tal opción pasa por la ordenación de una determinada materia –en nuestro caso el comercio electrónico– por parte de los agentes que interactúan en la misma.

La autorregulación, en la actualidad, se presenta como una fórmula novedosa y, por sus ventajas, con claras perspectivas de futuro (APARICIO VAQUERO, 2004; EASA, 2008). La novedad y el interés que actualmente suscita estriba en que los efectos de alguna de sus fórmulas más características están rebasando la órbita privada en la que, en origen, se gestan para alcanzar una dimensión pública o, dicho de otra manera, para convertirse en referencia que toman en consideración los poderes públicos. En este sentido, la autorregulación mixta o corregulación constituye una figura encarecidamente sugerida por el propio legislador, comunitario y estatal, en diferentes textos normativos. Consciente de las ventajas que la autorregulación supone –si bien existen autores como HARRINGTON (2004), que las niega–, el legislador europeo persigue que la Europa de los 27 Estados miembros actúe promocionando las ventajas de semejante fórmula ordenadora de las relaciones sociales con especial consideración de las que tienen lugar en materia de comercio electrónico.

La fórmula que disciplina las relaciones sociales acontecidas en un determinado sector, cual es la autorregulación, siempre ha existido, de una u otra manera, pues, naturalmente, cualquier organización, de algún modo, se autorregula.

El fenómeno de la autorregulación supone la observancia de unas pautas de conducta –principios y normas éticas– cuyo cumplimiento previa-

mente se ha fijado como objetivo. Simultáneamente, también constituye la expresión del compromiso de responsabilidad social de un determinado sector de la industria. Los ámbitos en los que la autodisciplina puede operar son ciertamente muy numerosos pudiendo citar, entre otros, la publicidad, la contratación electrónica, el mercado de valores, etc.

En base a que la autorregulación es una práctica más informal que la legislación y que carece de capacidad coactiva –entendida ésta en el sentido de una virtualidad y alcance cercano a la estatal–, la eficacia de la misma puede ser muy débil si no se da un entorno cultural favorable y la organización de todas las partes implicadas.

Hay que observar, asimismo, que la autorregulación no puede ser vista como una excusa que exima al poder legislativo de sus obligaciones, sino como complemento a una legislación que, inevitablemente, no puede dejar de tener un carácter muy general y ambiguo.

La mundialización y el ritmo, imparable, al que avanza la innovación tecnológica en los diversos sectores, aunque, de manera especial, el vinculado con el comercio electrónico, determinan que sea difícil prever todos los problemas que la práctica puede suscitar sobre el particular, cual, a título de ejemplo, es la protección de los consumidores y/o usuarios en el ámbito electrónico, existiendo, de esta forma, un marco proclive a la instauración de procedimientos que permitan alcanzar soluciones adecuadas para todos. Tal factor exige, naturalmente, que las autoridades nacionales vigilen, de manera constante, las políticas que determinan tal protección. Sin embargo, los diversos actores sociales –especialmente el colectivo empresarial– presentan especial interés en ayudar a crear y consolidar un entorno seguro para los potenciales consumidores y/o usuarios, siendo tales actividades de autorregulación objeto de previsión en los denominados códigos de conducta (FERNÁNDEZ ROZAS, 2007).

Podemos, de esta manera, afirmar, en cierto sentido, que la profesionalización del sector empresarial conduce a su autorregulación. La presión reguladora de los poderes públicos, tendente a fomentar e, incluso, a imponer, en ciertos casos, la autorregulación, no es sino una manifestación de la necesidad de aumentar el grado de profesionalización de las empresas.

Realmente, el escenario que esbozamos no es, en modo alguno, excesivamente complejo sino, por calificarlo de algún modo, delicado pues el texto que finalmente se refleje en el código de conducta debe contar con la aquiescencia y, consecuentemente, ser fruto del consenso de todos los agentes que, de una u otra forma, interactúan en materia de contratación electrónica y publicidad interactiva (GALINDO AYUDA, 2002). Tal labor no será, ni mucho menos, sencilla pues lograr un texto de consenso con el que, de alguna manera, todos se sientan identificados supondrá tener que

dialogar hasta alcanzar un documento de aquiescencia que a todas las partes satisfaga. Algo parecido a lo que, si se nos permite el símil, acontece en el ámbito político.

Tal como se ha puesto, gráficamente, de relieve, en el sentido de cuanto venimos exponiendo, Internet es un sueño para sus usuarios pero una pesadilla para los prácticos del Derecho (VAN OVERSTRAETEN, 1998; CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2002). Pasados seis años desde la aprobación de la LSSI-CE, podemos afirmar que el usuario se ha despertado de su sueño pero Internet continúa siendo, en este sentido, una inquietud para los juristas (GÓMEZ MARTÍNEZ, 2004).

Cualquier actividad social, como es el comercio electrónico, debe ser, desde una perspectiva jurídica, regulada. En Internet ha surgido un nuevo colectivo, la cibersociedad, que requiere algún tipo de regulación como también la precisa, aunque de carácter complementario, la contratación electrónica y la publicidad interactiva pues la aprobada al efecto por parte del legislador es, por su limitación intrínseca, manifiestamente insuficiente.

En efecto, la norma nacional, por definición, es, en sus diversas facetas, extraordinariamente limitada. Así, a título de ejemplo, presenta como espacio al que resulta aplicable únicamente el ámbito territorial para el que sirve, extremo ciertamente importante para su eventual aplicación al comercio electrónico pues, como es sabido, en numerosas ocasiones, constituye una actividad transnacional (NOLAN, 2003). Asimismo, debe valorarse que nos encontramos ante un entorno tan dinámico que las leyes nacionales no son capaces de regular con cierta premura debido, fundamentalmente, a la rapidez con la que se suceden los cambios, de diferente índole, en la sociedad de la información y del conocimiento. Como bien determinan MARTÍNEZ LÓPEZ y LUNA HUERTAS (2002) no nos encontramos ante un problema nuevo ya que, tradicionalmente, la legislación ha resuelto problemas de aplicación de las tecnologías, aunque con cierto retraso, según éstas han ido suscitando nuevos problemas al cuerpo doctrinal legislativo. Tal inconveniente, inherente al propio procedimiento de elaboración de las normas, podría eludirse o, al menos, relativizarse de acudir a la figura de los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico pues, como es sabido, tales normas de origen convencional, fruto de la autorregulación, tienen un período de elaboración notablemente más corto y menos formalista que las normas legales, siendo, dicho sea de paso, su capacidad de adaptación a los cambios tecnológicos notablemente mayor.

La autorregulación en materia de comercio electrónico es la ordenación efectuada por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, ejecución y difusión del comercio electrónico y la publicidad en

relación al mismo para imponerse, a sí mismos, de manera voluntaria, un elenco de normas, en definitiva buenas prácticas, en el ámbito de comercio electrónico. Como veremos, “autorregulación” es un vocablo que implica, por un lado, una elaboración normativa y, por otro, una capacidad volitiva interna de los sujetos que participan del sistema en cumplir las normas –materializados, básicamente, en códigos de conducta– redactadas por sí mismos. La autorregulación, asimismo, incluye una capacidad impositiva o de control de ejecución de los códigos por parte de un miembro a otro. Y, también, implicará una capacidad sancionadora, a pesar de que, a juicio de un sector de la doctrina (PATIÑO ALVES, 2007), la autorregulación en ningún caso ostentará tal facultad disciplinaria.

Podríamos manifestar que la autorregulación llevaría implícita dos elementos, a saber: por un lado, una creación normativa y, por otro, una capacidad volitiva interna –de cada uno de sus miembros– dirigida a cumplir esas normas. Debemos poner de relieve el fenómeno de que en ningún caso el término autorregulación implicaría una capacidad impositiva por parte de un miembro para que otro cumpla esas normas. Dicho de otra forma, sin previa y necesaria voluntariedad, jamás supondría una ineludible capacidad sancionadora pues nos encontramos ante una adhesión consensuada, donde la responsabilidad está, en cualquier caso, establecida en origen ante supuestos tasados de incumplimiento, siendo, para su exigencia, preciso, por parte del sujeto infractor, un acto de voluntariedad previa y, en todo caso, necesario.

Es, por tanto, patente un relativo proceso de desplazamiento de la producción normativa desde los poderes públicos a las entidades privadas. Resulta, asimismo, significativo poner de manifiesto que este desplazamiento debe relacionarse con el creciente papel que, con el transcurrir de los años, han alcanzado diferentes colectivos, como asociaciones empresariales, profesionales, de consumidores, etc., que tienen reconocido un espacio de producción normativa para la defensa de sus legítimos intereses económicos.

La autorregulación del comercio electrónico no se suscita en nuestro país tanto porque se haya planteado por el propio sector –sin perjuicio de algunas excepciones marginales– como en otros Estados –cual Alemania, donde funciona exitosamente desde 1997 (GARCÍA MORALES, 1999 y 2006)– sino, sobre todo, por el impulso de iniciativas y normas europeas que fomentan la autorregulación de Internet y, dentro del mismo, del comercio electrónico. En esa línea, podemos constatar un plausible reconocimiento legal de la autorregulación si bien puede, asimismo, observarse una cierta evolución hacia esquemas de corregulación que supone la regulación de una determinada materia, además de por los propios interesados, por las autoridades nacionales o comunitarias.

La autorregulación jurídicamente relevante es aquella que resulta inteligible y aceptable por el sistema del Derecho, llegando, en ciertos supuestos, a incorporarla como si de una referencia propia se tratara. En el seno de semejante consideración debemos entender incluida la previsión del legislador de promocionar la autorregulación en sectores de elevada complejidad técnica cual es el comercio electrónico.

Desde la Administración se pretende fomentar la idea de que es apropiado que los códigos de conducta deban obtener la aprobación o el reconocimiento de las autoridades públicas (FERNÁNDEZ NEIRA, 2003), si bien la variedad de ámbitos en los que la autorregulación se desarrolla puede justificar diferentes respuestas según el alcance de los intereses públicos implicados.

En relación con Internet y el comercio electrónico, en los últimos años ha cobrado fuerza una postura doctrinal que defiende un repliegue de la regulación estatal en pro de la autorregulación del sector (LAGUNA DE PAZ, 2002 y 2007). Como es sabido, en un principio, con respecto a Internet, se propugnó, por parte de un sector de la sociedad mundial, la conveniencia de evitar cualquier injerencia o intervención estatal que redujera el estado de libertad natural propio de la Red, extendiéndose, de este modo, el mito de que la ausencia de regulación fue lo que permitió su extraordinario desarrollo *—hands off the Internet—*. Sin embargo, hoy día se reconoce que la autorregulación y el reforzamiento de la cooperación interestatal son los pilares de Internet.

Las ventajas del sistema de autorregulación, entre otras, son: flexibilidad; especialización; favorecer el desarrollo de estándares que garanticen elevados niveles de corrección; transparencia; prevención de infracciones, en el ámbito reglamentado, sobre todo si se dispone de mecanismos de valoración previa por ejemplo, en nuestro caso, de la publicidad interactiva antes de su emisión o difusión; bajo coste en diferentes ámbitos cual, por ejemplo, es en los procedimientos por infracciones; el hecho de cubrir eventuales lagunas de carácter legal; y fácil acceso. La presencia de tales prerrogativas hace del mismo un sistema verdaderamente eficaz y aconsejable en el ámbito del comercio electrónico (SIRINELLI, 1998; EDELSTEIN, 2003; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, 2006).

La autorregulación supone una alternativa factible, siendo, de hecho, cada vez más difundida en la ordenación del comercio electrónico, sin perjuicio de que no hemos llegado a los niveles de uso que serían deseables.

En nuestro entorno más inmediato, el de la Unión Europea, el legislador comunitario ha recogido esta corriente en varias Directivas, como la 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, la

ya mencionada DCE, o la Directiva 2002/58/CE, sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en las comunicaciones electrónicas.

3. Presupuestos del sistema de autorregulación del comercio electrónico

A continuación nos referiremos a los elementos precisos que, con carácter necesario, deberá incluir el sistema de autorregulación para que el mismo sea completo y eficaz. La falta de alguno de los presupuestos o el mal funcionamiento de los mismos determinará que el sistema, además de ineficaz, sea incompleto, pudiéndose considerar, de este modo, que no cumple con los requisitos precisos para poder manifestar que nos encontramos ante un verdadero sistema ordenador del comercio electrónico.

Consideramos que, para poder hablar de un verdadero instrumento efectivo de autorregulación en materia de comercio electrónico –que convivirá con la normativa estatal–, deben concurrir, con carácter necesario, ciertos elementos, a saber: acuerdo o predisposición previa de todos los agentes que, de forma directa o indirecta, interactúen en el sector de que se trate; código de conducta o documento regulador, entre otros aspectos, de la contratación y publicidad interactiva cuyo conocimiento es público para la sociedad en general, siendo posible su consulta de manera electrónica así como su constancia, con carácter mínimo, en las lenguas del lugar de establecimiento de las empresas adheridas a los mismos; sello de calidad o logotipo de confianza representativo de que la empresa que lo ostenta ha superado, con éxito, las auditorías o controles establecidos por la entidad responsable del sistema, para reconocer, de manera pública, ser merecedor de las garantías que la adhesión al sistema comporta; existencia de un organismo de control independiente que gestione, de manera ejemplar, las vicisitudes que se susciten tanto por parte de las empresas adheridas como por los consumidores y/o usuarios que entablen algún tipo de contacto con estas últimas y que ostente capacidad sancionadora o represora ante los casos de manifiesto incumplimiento de las obligaciones establecidas en el código de conducta que, naturalmente, han sido asumidas por las empresas adheridas; y mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos para solventar las controversias acontecidas entre las empresas adheridas y los consumidores o usuarios que, de una u otra forma, acometan la contratación o prestación de un bien y/o servicio, incluyendo las actividades destinadas a la promoción –publicidad interactiva– de los mismos.

3.1. Participación y acuerdo de todos los colectivos.

En virtud de la autorregulación pueden establecerse concreciones y delimitaciones de la normativa jurídica y dar una primera solución a los conflictos que puedan plantearse. El progreso autorregulador sólo es posible con un amplio consenso en el colectivo que lo promueva y en el que todos los partícipes asumen las directrices, referencias y decisiones que, mediante la autorregulación, se ofrecen.

La solvencia de la autorregulación, en materia de comercio electrónico y en otros muchos, depende, en gran medida, de la participación, directa o indirecta —debiendo entenderse incluido, en este último término, la representación—, de todos los sujetos implicados. Con la participación de todos los agentes sociales las manifestaciones de la autorregulación no sólo serán más acertadas y racionales sino que, además, se pondrán las bases para prevenir y, en cierta medida, neutralizar los eventuales conflictos que entre los interesados pudieran acontecer.

Entendemos que todo sistema de autorregulación en materia de comercio electrónico y publicidad interactiva debe originarse por una agrupación plenamente voluntaria de los miembros que se verán sometidos a la ordenación que, en su caso, se alcance.

En cuanto a la tipología de sujetos que deberán formar parte del conjunto de personas que elaborará el documento que sirva de referencia al sistema de autorregulación, los códigos de conducta, han de existir representantes de todos los colectivos que en materia de comercio electrónico interactúan. Así, deberán existir representantes de los empresarios que operan en materia de contratación electrónica y publicidad interactiva en escenarios diversos entre sí pero complementarios.

Resulta, en cierta medida, fácilmente comprensible que la presencia de todos los colectivos que en materia de comercio electrónico interactúan hace posible que se pueda alcanzar un texto de consenso que, en cierto sentido, garantizará la independencia e imparcialidad del código de conducta que, en su caso, se redacte. Parece, a este respecto, conveniente llamar la atención sobre el colectivo quizá más débil que podría participar en el sistema de autorregulación: los consumidores. Por lo que al ámbito español respecta cabe decir que su consulta resulta preceptiva para que los sistemas de autorregulación sean reconocidos con determinadas prerrogativas como el Distintivo Público de Confianza en Línea, que veremos, con detenimiento, en el siguiente apartado.

En línea con las consideraciones que acabamos de apuntar, procede poner de manifiesto que la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios dota de mayor independencia e imparcialidad al código de conducta que finalmente se elabore. Asimismo, a través de la colabo-

ración del citado colectivo se logrará una mayor transparencia en el funcionamiento y actuaciones del sistema de autorregulación, dado que, como regla general, serán objeto de previsión en el articulado del propio código de conducta o, en su caso, el reglamento de desarrollo.

3.2. Códigos de conducta.

En los últimos años somos testigos y, en ciertos casos, protagonistas de un vigoroso impulso, fomentado desde diversas instancias, del *soft law* o derecho no vinculante especialmente por lo que respecta a la protección de los consumidores y/o usuarios en materia de comercio electrónico. El derecho no vinculante o voluntario, como bien determina ARRANZ ALONSO (2003), es el conjunto de instrumentos que, aunque no ostentan el carácter imperativo que caracteriza a las normas jurídicas, pueden afectar, de manera significativa, al panorama legislativo promoviendo la estandarización legal de determinadas prácticas.

Es conveniente, en este sentido, poner de manifiesto que los códigos de conducta no pueden establecer normas cuya aplicación sea más permisiva que el mínimo exigido por la ley ni tampoco, naturalmente, ser abiertamente contrarios a la ley imperativa. No es admisible una rebaja de la normativa legal fijada por parte del legislador, como ley imperativa o, en su caso, semiimperativa, a favor del consumidor.

Como es sabido, los códigos de conducta están conformados por un conjunto de reglas de carácter deontológico o de buena práctica profesional que se caracterizan porque poseen un alto nivel de seguridad jurídica, lo cual, a su vez, representa su conceptualización como beneficiosos, desde el punto de vista de sus destinatarios, cuya confianza es nuclear para el éxito del comercio electrónico. Al estar regidos por la autonomía de la voluntad de las partes, la información empleada para su aprobación va a ser más amplia y completa y, además, su contenido tratará de proteger, con mayor equidad, los intereses de las partes afectadas (PEINADO GRACIA, 1998; VÁZQUEZ RUANO, 2008). Existe, por el contrario, un sector de la doctrina (ESPINOSA CALABUIG, 2001) que considera que los códigos de conducta, por su origen empresarial, difícilmente pueden satisfacer los intereses de los consumidores.

Los códigos de conducta en materia de comercio electrónico son documentos, de carácter voluntario, que incluyen un conjunto de principios, reglas o, en definitiva, buenas prácticas, certificables por una tercera parte independiente, en cuya redacción se han tenido en consideración los intereses de asociaciones de consumidores y usuarios, discapacitados u otros colectivos afectados, que disciplinan materias relativas al procedimiento precontractual, contractual y poscontractual por lo que a la contratación

electrónica respecta, sin perjuicio de otras cuestiones como la publicidad interactiva y la protección integral de los menores de edad amén de otras conexas, cuya finalidad es la instauración y consolidación de la confianza del potencial consumidor y usuario.

Las normas que se recogen en estos códigos suelen estar mucho más adaptadas al problema concreto que quieren solucionar, ya que la elaboración de los mismos se ha efectuado, precisamente, por las personas que se encuentran en una relación más cercana con la problemática a resolver.

Resulta, en este sentido, llamativo que el legislador fomente, en materia de contratación electrónica, publicidad interactiva y otras cuestiones conexas, el recurso al principio de la autonomía de la voluntad mediante diversos preceptos que, de manera específica, establecen la obligación, a cargo de las propias Administraciones Públicas, de impulsar el recurso a los códigos de conducta sobre las materias enunciadas. Aunque no se determinase nada sobre el particular, el principio de la autonomía de la voluntad rige, en toda su extensión, sobre tales ámbitos. Sin embargo, el legislador, consciente de las ventajas que los instrumentos de autorregulación suponen en materia de comercio electrónico, acuerda establecer, de forma expresa, medidas, de diferente índole, que contribuyan a su difusión.

La LSSI-CE justifica el recurso a los códigos de conducta, sobre la temática antes enunciada, en virtud de su utilidad como instrumento de autorregulación especialmente apto para adaptar el articulado de la ley a las características específicas de cada sector. Es por ello que, conocedor de las particularidades que los códigos de conducta representan, determina que corresponde al sector público promover, mediante la coordinación y el asesoramiento, la creación y aplicación de tales instrumentos.

El precepto de la LSSI-CE, artículo 18, que disciplina los códigos de conducta, por cierto parcialmente reformado por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, ocupa, por completo, el capítulo 3 –titulado “códigos de conducta”– del título 2 –rubricado “prestación de servicios de la sociedad de la información”–. Del artículo 18 citado se deduce, en gran medida, su carácter programático que predomina sobre los aspectos propiamente reguladores, cuya presencia en el precepto comentado es verdaderamente escasa (ALONSO UREBA y VIERA GONZÁLEZ, 2003).

3.3. Sello de confianza.

La asunción de los deberes que conlleva la adhesión a un sistema de autorregulación en materia de comercio electrónico es, como hemos visto, una actuación completamente voluntaria para los empresarios. Si estos úl-

timos optan por comprometerse con las consideraciones establecidas en el código de conducta tendrán, entre otros extremos, que aceptar los procedimientos de resolución de controversias y, con ello, las decisiones que pongan fin a estas últimas. No obstante, como es sabido, los sistemas de autorregulación que rigen en materia de contratación electrónica, publicidad interactiva y otras cuestiones conexas son mucho más que la simple aceptación de un mecanismo de resolución extrajudicial de controversias. En efecto, el código de conducta contendrá, en su articulado, un elenco de las mejores prácticas empresariales sobre los temas que disciplina, siendo, naturalmente, garante, como regla general, con la vasta normativa que, a los extremos contemplados, resulta aplicable.

Las empresas que se adhieran al sistema deben poder mostrar a sus eventuales clientes que pertenecen al mismo, de forma que el consumidor conozca el sistema de protección de los derechos e intereses del usuario que se pone a su servicio. Es preciso que exista un mecanismo de acreditación de la adhesión al sistema de autodisciplina, de forma que sean identificadas las empresas comprometidas activamente en su sostenimiento y desarrollo. Tal extremo se acreditará mediante la exhibición en un lugar visible de la página *Web*, por parte de la empresa signataria del código de conducta en cuestión, del correspondiente sello de confianza acreditativo de la adhesión de la empresa a aquél (KUHLMANN, 1990; BOCK, 2000; GIERL y WINKLER, 2000; LEWANDROWSKI, HERBST y HUYNH, 2000; RIEGELSBERGER y SASSE, 2000; RUSSELL y LANE, 2002; KROEBER-RIEL y WEINBERG, 2003; SPLETTER, 2003).

Los sellos de confianza o calidad, incorporados a los sitios *Web* de todos aquellos empresarios adheridos a un determinado sistema de autorregulación, permitirán a los consumidores optar entre aquellos públicamente comprometidos con las mejores prácticas empresariales y los que carecen de semejante compromiso (DE BRUIN, KEULEERS y LAZARO, 2005). Únicamente los primeros ofrecen un plus o valor añadido al producto o servicio comercializado.

La presencia de una etiqueta de confianza, representativa de la adhesión a un determinado sistema de autorregulación, supone que el empresario que lo ostenta asume y se compromete a cumplir, en todas sus actividades, con el articulado presente en el código de conducta al que el sello de confianza corresponde. Dicho en otros términos, constituyen un reconocimiento de la calidad de las empresas que lo hayan obtenido, que, dicho sea de paso, con los sellos buscan un mejor posicionamiento en el mercado, lo que se traduce en una mayor competencia en el tráfico mercantil beneficiándose, en cierto sentido, del prestigio que el sello supone. En este sentido, a título de ejemplo, cumplirá, sin reservas, con las reglas deontológicas de conducta así como con las decisiones que, en aplicación

del código de conducta, el órgano extrajudicial de resolución de controversias adopte respecto a los litigios que le sean planteados por cualquier consumidor y/o usuario (TATO PLAZA, 2004).

Los sistemas de autorregulación de Internet configuran el distintivo de calidad que comentamos como un icono interactivo cuya pulsación electrónica enlaza, por imperativo legal –art. 10.1.g) LSSI-CE–, con la *Web* de la empresa responsable o, dicho de otro modo, con el propio organismo autorregulador. De esta manera, el consumidor y/o usuario podrá, entre otros aspectos, conocer, con detalle, las reglas contenidas en el código de conducta, el órgano extrajudicial de controversias establecido así como, en su caso, el resultado de las reclamaciones sobre las que el mismo haya conocido. Asimismo, podrá accederse a la relación de empresas adheridas al sistema de autorregulación e, incluso, si lo desea, cuando el sistema así lo posibilite, presentar una reclamación por vía telemática.

Es importante destacar que el sello de calidad podrá, e incluso convendría decirse “deberá”, constar en los diversos espacios que formen parte del sitio *Web* en cuestión. Es decir, resulta conveniente que, para desplegar toda su eficacia –generar confianza–, figure, no sólo en la página de inicio, sino en todos los apartados susceptibles de ser visualizados por el potencial consumidor y/o usuario. De otra manera, no se garantizaría que este último visualizase la imagen integrante del sello de confianza.

La exhibición del distintivo que comentamos, además de infundir confianza en el público destinatario, surtirá una doble eficacia. Por un lado, publicitará, de manera directa, y sin contraprestación alguna, el sistema de autorregulación en materia de comercio electrónico al que el signo pertenece pues, mediante la pulsación en el sello en cuestión, se accederá electrónicamente, de manera completa, a aquél, por lo que podrán conocerse, de manera global, las condiciones del servicio. Por otro, de forma indirecta, mediante la exhibición del sello las empresas adheridas contribuyen a otorgar un mayor prestigio o reconocimiento social del código de conducta suscrito, lo cual, naturalmente, da una mayor calidad, *goodwil* –o buena fama–, si cabe, al servicio que presta el sistema de autorregulación.

3.4. Organismo de control independiente.

Para el reconocimiento de un verdadero sistema de autorregulación en materia de comercio electrónico resulta necesaria la existencia de un órgano, independiente e imparcial, que se ocupe de la gestión del mismo y que, asimismo, esté dotado del poder y de los medios necesarios como para vigilar tanto la eficacia como los avatares que, a nivel cotidiano, se planteen en relación al sistema de autorregulación (PATIÑO ALVES, 2007).

Ha de insistirse en que el organismo de control no es –y, por tanto,

no ha de confundirse— el órgano que se ocupará de la resolución extrajudicial de conflictos. Existen ciertas notas comunes a los mismos y, en cierto sentido, una interrelación. En efecto, los dos deben gozar de independencia e imparcialidad en sus actuaciones y el organismo de control, la mayoría de las ocasiones, recibirá, por parte de los consumidores y/o usuarios, las reclamaciones frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, teniendo, a este respecto, que canalizar, si procede, su conocimiento a los órganos encargados de su resolución.

El organismo de control es, quizá, la institución básica y central de todo sistema de autorregulación en materia de comercio electrónico. La labor que desempeña así lo pone de relieve. Sin embargo, por paradójico que pueda resultar, es uno de los grandes desconocidos de todo sistema de autorregulación en materia de comercio electrónico. Debe ser, como ya señalamos, un órgano imparcial e independiente que se encargará de la gestión cotidiana del sistema de autorregulación que, en su caso, dirimirá, siempre teniendo presente las notas que le caracterizan, las eventuales actuaciones potencialmente ilícitas de los prestadores de servicios de la sociedad de la información de las que tenga conocimiento, aplicando, para ello, las normas de conducta establecidas en el código ético y determinando, en sus resoluciones, la valoración que le merece cada uno de los supuestos de hecho que deba resolver, garantizando, en todo momento, el derecho de audiencia del prestador de servicios, la igualdad entre las partes y el respeto al principio de contradicción.

Tales órganos de control han de realizar una labor pulcra e impecable, pues de su buen hacer dependerá la imagen del sistema de autorregulación. En efecto, deben aplicar con rigor las normas que, frente a las conductas ilícitas de los miembros adheridos, sean necesarias. El órgano de control tiene a su alcance, con su actuación, afianzar la credibilidad en el sistema de autorregulación del comercio electrónico.

No debemos olvidar que el poder más relevante del que los órganos de control disponen estriba en su capacidad sancionadora objeto de ordenación en los propios códigos de conducta. El prestador de servicios de la sociedad de la información formalmente adherido a un código de conducta debe ser consciente de que, en caso de incumplir el código de conducta con cuyo contenido está comprometido, será sancionado por el organismo de control, reestableciendo, de este modo, el equilibrio dentro del sistema de autorregulación.

El elenco de sanciones con las que el prestador de servicios podrá ser amonestado resulta ciertamente amplio. Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que la conducta ilícita en la que haya incurrido sea merecedora de un simple apercibimiento, una multa pecuniaria, la suspensión temporal de derechos e, incluso, en los casos más graves, la expulsión del empre-

sario del sistema de autorregulación. La concreta sanción que se imponga dependerá de la gravedad del acto infractor cometido por el prestador de servicios. Semejante apreciación supone establecer un conjunto de criterios en atención de los cuales deberá fijarse, en el supuesto concreto, el alcance de la sanción que proceda imponer.

Entendemos que las sanciones impuestas a los prestadores de servicios, como consecuencia de haber incurrido en algún incumplimiento del código de conducta al que están adheridos, deben ser publicitadas. En este sentido, resulta pertinente no incurrir en apreciaciones ciertamente desafortunadas como que tales actitudes podrían manchar la buena imagen del sistema de autorregulación pues, nada más lejos de la realidad, lo que engrandece al sistema es la publicidad de todas las actuaciones de importancia en las que miembros adheridos se vean involucrados, tanto las que potencialmente puedan beneficiar al sistema como las que no.

3.5. Mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos.

El carácter ético y deontológico de los sistemas de autocontrol en materia de comercio electrónico nos permite poder afirmar, con cierta seguridad, que los mismos no están en conflicto con el monopolio de la función jurisdiccional que tienen encomendada los jueces y tribunales. La función jurisdiccional, de acuerdo con el artículo 117.3 CE, consiste en la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no existiendo, como decimos, colisión o solapamiento entre aquella y los sistemas de autorregulación en materia de comercio electrónico, cuyos órganos extrajudiciales de resolución de litigios únicamente emitirán resoluciones que contendrán pronunciamientos sobre la corrección ética o deontológica de la actividad sometida a su valoración.

Las resoluciones de los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos instaurados en cada sistema de autorregulación se fundan en los códigos de conducta suscritos por los empresarios adheridos al sistema. Tales códigos, como regla general, contienen la normativa imperante en materia de comercio electrónico más, en ciertas ocasiones, un elenco de mejoras legales, para el consumidor o usuario, con respecto a las que, con carácter mínimo, prevé el legislador.

Teniendo en consideración que, como dispone TATO PLAZA (2005), en la práctica totalidad de las ocasiones no puede hablarse de un comportamiento ético al margen de la legalidad, el primer mandato ético al que ineludiblemente deben obedecer los sistemas de autorregulación en materia de comercio electrónico estriba en la necesidad de adecuar las operaciones efectuadas en materia de comercio electrónico a la legalidad vigente.

Los consumidores, como es sabido, requieren mecanismos rápidos, ba-

ratos –e, incluso, naturalmente gratuitos teniendo en consideración el exiguo valor económico del bien o servicio contratado–, y eficaces que posibiliten la solución de las controversias que pudieran surgir en materia de comercio electrónico con los empresarios con los que acometan cualquier relación contractual.

Otra característica presente en los sistemas de autorregulación es que la tramitación de reclamaciones es gratuita para los consumidores y/o usuarios, por lo que, obviamente, no incurrirán en coste alguno por la resolución del litigio, en virtud de los procedimientos creados por los órganos de autodisciplina, a diferencia de lo que acontecería si tuvieran que recurrir a los mecanismos judiciales, pues los mismos no sólo suponen elevados costes para los litigantes sino que, la mayoría de las ocasiones, implican una larga espera hasta que la resolución del conflicto, por tribunales ordinarios integrados por jueces y magistrados, tiene lugar. Ponemos de manifiesto la composición de los tribunales para marcar la diferencia que existe con respecto a los sujetos que resolverán el litigio en el marco del procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos ya que, como regla general, serán expertos en la materia, dando, de este modo, una solución ciertamente ajustada a la controversia planteada.

Es, asimismo, conveniente poner de relieve que los sistemas de autorregulación podrán contar, en virtud de la temática sobre la que el conflicto verse, con diferentes organismos extrajudiciales de resolución de controversias. Incluso, durante el procedimiento de resolución extrajudicial, podrá establecerse la posibilidad de que el acuerdo se alcance entre las partes por diferentes sistemas heterocompositivos que operarán subsidiariamente. De este modo, si la solución al litigio no se alcanzase por el primero de los mecanismos instaurados entraría a conocer del asunto el otro.

Entendemos que, para mayor comprensión de cuanto acabamos de esbozar, podría resultar interesante poner un ejemplo. Como es sabido, los códigos de conducta en materia de comercio electrónico disciplinan diferentes materias entre las que se encuentran la contratación electrónica y la publicidad interactiva. Respecto a cualquiera de los dos ámbitos pueden, en la práctica, plantearse conflictos entre los consumidores y/o usuarios y el prestador de servicios –empresario– adherido a un determinado sistema de autorregulación del comercio electrónico. En el caso de que la discrepancia entre las partes verse sobre contratación electrónica, si no consigue solventarse entre los propios implicados podrá acudir a los órganos extrajudiciales de resolución de litigios instaurados por el propio sistema. A este respecto, cabe la posibilidad de que, en primer término, se haya establecido la posibilidad de poner fin al conflicto mediante la mediación y, de manera subsidiaria, si la misma no alcanzare los fines deseados acudir a vías como el arbitraje de consumo. Si el conflicto que

enfrentase al consumidor y/o usuario y a la empresa no versa sobre contratación electrónica, sino sobre publicidad virtual, podría conocer del asunto un instrumento de resolución de litigios especializado sobre el particular, con contrastada experiencia, cuya actuación estará dominada por notas como la imparcialidad y la independencia, como es, en el caso de Confianza Online, el supuesto del Jurado de la Publicidad, previo intento de mediación por la entidad habilitada para ello.

4. El Distintivo Público de Confianza en Línea

Las Constituciones de un importante número de Estados –entre los que naturalmente se incluyen los de carácter europeo– imponen a los poderes públicos la obligación directa de proteger, de manera efectiva, los derechos y bienes jurídicos sancionados en aquéllas. La Constitución Española, en su artículo 51, asigna, de forma expresa, a los poderes públicos la protección de otros muchos derechos y bienes susceptibles de verse especialmente afectados en Internet como, a título de ejemplo, es el caso de la protección del menor –art. 20.4 CE– o la protección de datos de carácter personal –art. 18.4 CE–. En tales casos, el Estado no sólo tiene la obligación de abstenerse de perjudicar el bien protegido, sino que tiene encomendada las obligaciones de defensa, garantía y promoción del mismo. En cuanto mandato constitucional, el destinatario es el Estado, entendido como poderes públicos, pero, además, en cuanto objetivo constitucional, su realización efectiva, obviamente, también incumbe a todos los ciudadanos y, en especial, al sector implicado. La protección última de los bienes constitucionales mencionados corresponde al Estado si bien debe ponerse de relieve que los principales riesgos frente a aquéllos provienen de la actividad de los particulares (GARCÍA MORALES, 2008). Tales bienes son objeto de protección, de forma especial, por los códigos de conducta cuya promoción, dicho sea de paso, corresponde a los poderes públicos.

La apuesta que la Administración Pública española realiza con respecto a los sistemas de autorregulación en materia de comercio electrónico, más que una simple opción de política legislativa, parece una exigencia del sistema de contratación electrónica y publicidad interactiva, complejo –por su propia naturaleza– y, por distintos factores, no suficientemente consolidado. Uno de los factores a los que cabe hacer alusión es, como es sabido, la notable desconfianza de los consumidores y/o usuarios en relación a los ámbitos antes enunciados. El papel que los códigos de conducta están llamados a desempeñar, en tales sectores, es muy relevante.

La intervención pública en la autorregulación pretende proteger al consumidor y usuario en Internet, por un lado, incentivando la responsabilidad privada y, por otro, incorporando garantías y controles públicos en los instrumentos autorreguladores.

Partiendo de tales premisas podemos considerar que el distintivo público, de alguna manera, revela el compromiso u obligación –según del prisma desde el que se mire– de la Administración Pública con los sistemas de autorregulación que en materia de comercio electrónico existan ahora y, naturalmente, en el futuro. Con la medida legislativa que, de manera detallada, examinaremos se pretende beneficiar a los sistemas de autorregulación que, con mayor celeridad y competencia, se incorporen al comercio electrónico donde prime la buena fe. Este parece ser el fundamento de la medida adoptada por el ejecutivo español que, sin duda, merece una acogida favorable.

El distintivo público constituye un instrumento para fomentar la responsabilidad social corporativa de quienes mayores riesgos crean y, además, un instrumento para fomentar un mayor compromiso individual del propio consumidor y usuario. Con las nuevas tecnologías, el Estado, más que nunca, debe fomentar que un ciudadano pueda tener que ejercitar la oportunidad de elegir y protegerse. El propio texto constitucional español, como hemos visto anteriormente, prevé, como mandato a los poderes públicos, no sólo la defensa de éstos, sino la formación e información del consumidor –art. 51.2 CE.

El Distintivo Público de Confianza en Línea, regulado en el RD 1163/2005, de 30 de septiembre, representa una suerte de distintivo de distintivos, valga la redundancia. Dicho de otra manera, con la concesión del Distintivo Público de Confianza en Línea, la Administración Pública reconoce, mediante la posibilidad de mostrar públicamente el sello de calidad habilitado al efecto, que el sistema de autorregulación al que el distintivo haya sido, previa petición de la entidad promotora, otorgado cumple con los criterios o presupuestos establecidos por el sector público al efecto. Tales presupuestos representan una suerte de estándares de calidad cuya concurrencia posibilitará que la Administración Pública, si se nos permite la expresión, “premie” a los sistemas de autorregulación que sean más garantistas con los intereses de los consumidores y/o usuarios funcionando, de esta forma, a modo de filtro de los sistemas de autodisciplina existentes.

De las consideraciones expuestas pueden, a su vez, deducirse dos reflexiones de interés. Por un lado, a través del distintivo que comentamos, los consumidores podrán discriminar, del elenco de códigos de conducta y sellos de calidad que, en la actualidad, existen en materia de comercio electrónico, aquellos sistemas de autorregulación más garantistas con el

marco normativo y contractual que, en su caso, sea aplicable a determinadas operaciones de contratación electrónica o publicidad interactiva (GUILLÉN CARAMÉS, 2002; BOTANA GARCÍA, 2004). Por otro, mediante normas como las que enunciarnos, resulta obvio que el Estado está, en cierto sentido, dirigiendo la autorregulación en materia de comercio electrónico, dentro de ciertos parámetros, dando lugar, de esta manera, a una autorregulación regulada, autorregulación mixta o coregulación. Semejantes medidas de carácter normativo, asimismo, revelan que la Administración, al condicionar el contenido de los mejores códigos de conducta, está recortando el ámbito de la autonomía privada que inspira el sistema de la autorregulación en materia de comercio electrónico. El fundamento de la limitación operada, al respecto, obedece a la instauración de sistemas de autorregulación de calidad que merezcan total confianza por el consumidor y/o usuario ya que cuentan con la aquiescencia del sector público.

Naturalmente, el consumidor y/o usuario es absolutamente libre para operar con sitios *Web* que no estén adheridos a códigos de conducta en materia de comercio electrónico o que estándolo no disfruten del reconocimiento de la Administración Pública. Dicho de otra forma, el signo del distintivo público no es, en modo alguno, una exigencia con la que, con carácter necesario, habrá de contar todo código de conducta, sino un reconocimiento público que, previa petición de la entidad promotora correspondiente, podrán, a modo de galardón, ostentar los códigos de conducta que acrediten cumplir los presupuestos determinados en el RD 1163/2005, de 30 de septiembre.

La actividad normativa por la que se regula el Distintivo Público de Confianza en Línea debe encuadrarse en la obligación, que el legislador patrio fija a cargo de las Administraciones Públicas, de fomentar los códigos de conducta, establecida, como es sabido, en el artículo 18 LSSI-CE. Sin embargo, la actuación realizada por el Gobierno, en virtud de la cual aprobó la normativa que examinamos, no parece ir en la línea de impulsar la redacción desmesurada de códigos de conducta cuyo contenido, en muchos casos, será dispar, sino lograr la implantación de sistemas de autorregulación de calidad, especialmente garantistas de los intereses de consumidores y/o usuarios, consiguiendo, simultáneamente, que los códigos de conducta diferenciados con la concesión del distintivo público presenten, con carácter necesario, un contenido, en todo caso, mínimo, pues existen una serie de presupuestos que, para alcanzar el sello público de calidad, habrá que acreditar. Tal extremo constituye un aspecto que, con buen criterio, determinará que los códigos de conducta, al menos los mejores, tiendan hacia la armonización, pues presentarán, a pesar de existir algunas diferencias, un contenido relativamente uniforme.

El Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el Distintivo de Confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y procedimiento de concesión es un elemento normativo de extrema importancia que, como hemos anticipado, otorga un valor añadido a los códigos de conducta. Este Real Decreto viene a sustituir al Real Decreto 292/2004, de 20 de septiembre, que regulaba dicho Distintivo de Confianza que, por problemas fundamentalmente de índole competencial, fue derogado. Sin embargo, como bien determina la Exposición de Motivos de tal norma, debe admitirse que el Estado tiene plena competencia para crear o aprobar un distintivo que permita identificar aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información que voluntariamente se adhieran y respeten unos códigos de conducta de ámbito nacional o superior, cuyos requisitos mínimos u optativos deberán ser fijados por el Estado.

El legislador estatal, con buen criterio, consciente de la importancia que la confianza representa en materia de comercio electrónico y, asimismo, fruto de los compromisos que en su momento se asumieron en la LSSI-CE en el sentido de que los códigos de conducta merecedores de altos niveles de protección para el consumidor y/o usuario hubieran observado en su elaboración determinadas prácticas, aprobó tal texto legal con el fin de reconocer, mediante la concesión de un distintivo público, la encomiable labor realizada.

Como determina el artículo 3 del RD, tal norma se aplicará a “las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores que adopten códigos de conducta destinados a regular las relaciones entre prestadores de servicios de la sociedad de la información y los consumidores y usuarios, cuando la adhesión a tales códigos conceda el derecho al uso y administración del Distintivo Público de Confianza en Línea”. En consecuencia, la aplicación del texto parece reducirse a las operaciones contractuales celebradas entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y un consumidor y/o usuario, por lo que únicamente se refiere al comercio electrónico conocido como B2C -*Business to Consumer* -comercio electrónico entre empresarios y consumidores.

En la actualidad, sólo tres códigos de conducta en materia de comercio electrónico cumplen los exigentes presupuestos, establecidos por el legislador estatal, para poder mostrar el Distintivo Público de Confianza en Línea. Se trata de Confianza Online, Aptice y Anetcom.

El RD que es objeto de análisis atribuye a la Administración General del Estado, a través del Instituto Nacional de Consumo, las competencias para los actos de concesión y retirada de este distintivo público.

Por lo que a la concesión del Distintivo Público de Confianza en Línea se refiere, el RD, en sus artículos 4 a 8, exige la acreditación del cum-

plimiento de rigurosos y variados presupuestos. Así, entre otros requisitos, los códigos de conducta deberán tener, como mínimo, ámbito estatal pudiendo ser, naturalmente, de alcance comunitario. Su redacción deberá ser sencilla, mejorar la protección legal mínima que el legislador reconoce al consumidor y/o usuario en materia de contratación electrónica, acreditar que los prestadores de servicios de la sociedad de la información están adheridos a alguno de los sistemas de resolución de conflictos de carácter extrajudicial –objeto de disciplina en el art. 7– así como la regulación de ciertas actividades objeto de enumeración en el artículo 4.2.d) vinculadas, en todo caso, a la perfección contractual de carácter electrónico.

El artículo 5 alude a posibles contenidos optativos, *ad exemplum*, que podrán contemplar los códigos de conducta en posesión del Distintivo Público de Confianza en Línea, entre los que destacan cuestiones vinculadas con la accesibilidad, protección de menores y de la dignidad humana.

El artículo 6 recoge, como presupuesto necesario e imprescindible, la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios. Consciente de que las obligaciones contenidas en los códigos de conducta en materia de comercio electrónico tienen como destinatarios los consumidores y/o usuarios, el legislador impone, como garantía de respeto y consideración de sus inquietudes, la preceptiva y previa audiencia de los mismos.

El artículo 8 destaca la importancia del organismo de control y de la capacidad sancionadora del mismo, representando, de este modo, presupuestos cuya concurrencia resulta preceptiva para la concesión del distintivo público. Obviamente, las entidades promotoras de los códigos de conducta deberán cumplir ciertos deberes objeto de determinación en el artículo 9.

El órgano competente para conceder, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10, y retirar, por las causas establecidas en el artículo 12, el distintivo público es el que corresponda en materia de consumo de la Comunidad Autónoma en la que esté domiciliada la entidad promotora del código, quienes, a su vez, se lo comunicarán al Instituto Nacional de Consumo.

Procede, asimismo, destacar la importancia que, en la práctica, supone poder manifestar públicamente la circunstancia de que un determinado código de conducta ostenta el Distintivo Público de Confianza en Línea como, simultáneamente, por parte de las propias empresas signatarias del primero, pues tal extremo acreditará que cumplen con los compromisos establecidos en tales textos cuyo contenido es, incluso, más protector y tuitivo que los fijados por el legislador, con carácter mínimo, con respecto a los consumidores y usuarios.

En definitiva, las actuaciones acometidas por el legislador estatal en materia de comercio electrónico, cual es el caso de la que en el presente

estudio hemos analizado merecen una valoración extraordinariamente positiva, pues, consciente de las ventajas que la autorregulación representa, incentiva la misma mediante la concesión de un sello de confianza, de carácter público, que asegurará el cumplimiento de las mejores prácticas empresariales en materia de comercio electrónico.

5. Bibliografía

- ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, A. J.: (2003) "Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet". En MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M. (coords.): *Derecho de Internet*, Aranzadi, Navarra, pp. 271-385.
- APARICIO VAQUERO, J. P.: (2004) "Autorregulación de Internet y resolución extrajudicial de conflictos". En MORO ALMARAZ, M. J. (dir.) y APARICIO VAQUERO, J. P. y BATUECAS CALETRÍO, A. (coords.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Colex y Caja Duero, Madrid, pp. 471-510.
- BOCK, A.: (2000) *Gütezeichen als Qualitätsaussage im digitalen Informationsmarkt*, Toeche-Mittler, Darmstadt.
- BOTANA GARCÍA, G.: (2004) "El distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico", *Revista de la Contratación Electrónica*, número 49, mayo, pp. 61-74.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: (2001) *Conflictos de leyes y conflicto de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid.
- DE BRUIN, R.; KEULEERS, E. y LAZARO, C.: (2005) "Analysis and Definition of Common Characteristics of Trustmarks and Web Seals in the European Union", http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/e-commerce/e-commerce_final_report_annexe_en.pdf.
- EASA: (2008) *Guía Práctica para el Establecimiento y Desarrollo de una Entidad de Autorregulación en Materia de Publicidad*, European Advertising Standards Alliance, Bruselas.
- EDELSTEIN, J. S.: (2003) "Self-Regulation on Advertising: An Alternative to Litigation and Government Action", *IDEA: The Journal of Law and Technology*, volumen 43, número 3, pp. 509-543.
- ESPINOSA CALABUIG, R.: (2001) *La publicidad transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: (2006) *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Comares, Granada.
- FERNÁNDEZ NEIRA, C.: (2003) "Vientos de regulación para la autorregulación: la futura Directiva marco sobre prácticas desleales", *Revista de Autocontrol de la Publicidad*, número 74.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: (2007) "Derecho de los negocios internacionales". En FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ARENAS GARCÍA, R. y MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, pp. 25-84.

- GALINDO AYUDA, F.: (2002) "Códigos de conducta para la regulación del comercio y el gobierno electrónicos", *La Ley*, número 2, pp. 1873-1882.
- GARCÍA MORALES, M. J.: (1999) "La regulación de los servicios multimedia en Alemania", *Autonomies: Revista Catalana de Derecho Público*, número 25, pp. 37-63.
- (2006) "Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en Internet". En COTINO HUESO, L. (coord.): *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, pp. 33-57.
- (2008) "Poderes públicos, autorregulación y protección del consumidor en Internet a propósito de la regulación del distintivo público de confianza". En COTINO HUESO, L. (coord.): *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 273-300.
- GIERL, H. y WINKLER, S.: (2000) "Neue Gütezeichen als Qualitätssignale", *Marketing ZFP*, volumen 1, número 3, pp. 197-207.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C.: (2004) "El ejercicio de acciones civiles de protección de la intimidad del usuario de Internet. Aspectos procesales". En GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (dir.): *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 143-186.
- GUILLÉN CARAMÉS, J.: (2002) *El Estatuto jurídico del consumidor (política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración)*, Thomson Civitas, Madrid.
- HARRINGTON, D.: (2004) "Consumer vulnerability in an all-IP world", *Intermedia*, volumen 32, número 4, pp. 26-27.
- KROEBER-RIEL, W. y WEINBERG, P.: (2003) *Konsumentenverhalten*, 8.^a edición, Vahlen, Munich.
- KUHLMANN, E.: (1990) *Verbraucherpolitik: Grundzüge ihrer Theorie und Praxis*, Vahlen, Munich.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: (2002) "Internet: aspectos de su régimen jurídico-público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 113, pp. 5-30.
- (2007) *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, 2.^a edición, Thomson Aranzadi, Navarra.
- LEWANDROWSKI, U.; HERBST, K. y HUYNH, N. V.: (2000) "Der Internethandel: Chancen und Risiken" – Qualitätskennzeichen und Entwicklungen beim E-Commerce im Vergleich, http://www.hladjk.de/e-siegel/Studie_Fraunhofer%20IPK_2000.pdf.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J. y LUNA HUERTAS, P.: (2002) "Sociedad de la información y el conocimiento y nuevos paradigmas del Derecho: el caso de los códigos de conducta en el comercio electrónico", *Derecho y Conocimiento: Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información y del Conocimiento*, número 2, pp. 59-99.
- NOLAN, S.: (2003) *Freedom of contract*, Ebusinesslex.
- PATÍÑO ALVES, B.: (2007) *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*, Bosch, Barcelona.
- PEINADO GRACIA, J. I.: (2008) "Prólogo". En VÁZQUEZ RUANO, T.: *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

- RIEGELSBERGER, J. y SASSE, M. A.: (2000) "Trust me, I'm a .com – The problem of reassuring shoppers in electronic retail environments", *Intermedia*, volumen 28, número 4.
- RUSSELL, T. T. y LANE, W. R.: (2002) *Kleppner's Advertising Procedure*, Prentice Hall, Upper Saddle River.
- SIRINELLI, P.: (1998) "L'adequation entre le village virtual et la creation remise en cause du role de l'Etat?". En BOELE-WOELKI, K. y KESEDIAN, C. (eds.): *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel Tribunal Decide? Quel Droit S'applique?*, Kluwer Law Internacional, La Haya, pp. 1-22.
- SPLETTER, C.: (2003) "The significance of trustmarks in B2C E-commerce", Tesis doctoral, Universidad de Strathclyde.
- TATO PLAZA, A.: (2004) "La publicidad en Internet". En GONZÁLEZ DELGADO, J. A. (coord.): *Responsa iurisperitorum digesta*, volumen 5, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 89-104.
- (2005) "La autodisciplina publicitaria", *Revista Autocontrol de la Publicidad*, número 102.
- VAN OVERSTRAETEN, T.: (1998) "Droit applicable et juridiction compétente sur Internet", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, número 3, pp. 373-398.
- VÁZQUEZ RUANO, T.: (2008) *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES
SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.
DE ROMA AL CÓDIGO CIVIL
ESPAÑOL**

CARMEN LÓPEZ-RENDÓ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Oviedo*

SUMARIO: 1. DERECHO ROMANO. 2. RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO. 2.1. Edad Media. 2.2. Codificación.

1. Derecho romano

El testamento (1) *per holographam scripturam* o *per holographam manum* (2) aparece en las fuentes jurídicas romanas en una Constitución (3)

(1) Sobre el testamento, definiciones romanas de testamento, *vid.* Tit. Ulp. 20,1; D. 28,1,1, Mod. 2 *pand*; I. 2,10 *pr.* Entre la abundante bibliografía sobre testamento y formas testamentarias, *vid.* WARNKOENIG, L. A.: *Commentarii Juris Romani privati ad exemplum optimorum a celeberrimis germaniae iurisconsultis compositorum adornati*, t. 3, 1829; MÜHLENBRUCH, C. F.: *Doctrina Pandectarum*, v. 3, 1831, 261 ss.; ORTOLÁN, M.: *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, 4.^a ed., traducida por Francisco PÉREZ DE ANAYA y Melquiades PÉREZ RIVAS, t. I, libros I y II de la Instituta, Madrid, 1877, 502 ss.; RIVIER, A.: *Traité Élémentaire des successions a cause de mort en droit romain*, Bruxelles, 1878, 49 ss.; ARNDTS, L.: *Trattato delle Pandette*, versione italiana di Filippo SERAFINI, v. III, Bologna, 1879, 158 ss.; HEINECIO, J.: *Recitaciones del Derecho civil romano*. Traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por Luis DE COLLANTES Y BUSTAMANTE, 8.^a ed., t. I, Valencia, 1888, 296 ss.; PALUMBO, L.: *Testamento romano e testamento longobardo*, Lanciano, 1892; GLÜCK, F.: *Commentario alle pandette*, L. 28, traducido y anotado bajo la dirección de F. SERAFINI, Milano, 1900, 5 ss.; VAN WETTER, P.: *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de justinien*, t. 50, París, 1911; WINDSCHEID, B.: *Diritto delle pandette*, trad. C. FADDA e Paolo Emilio BENSA, v. III, Torino, 1925; SCIALOJA, V.: *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Padova, 1934; JÖRS, P./KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*. Traducción de la 2.^a edición alemana por Leonardo PRIETO CASTRO. Barcelona, 1937, 448 ss.; BIONDI, B.: *Successione testamentaria-donazioni*, Milano, 1945; *Autonomia delle disposizioni testamentarie e inquadramento del testamento nel sistema giuridico. Scritti di Diritto Moderno. Parte generale del Diritto ereditario*, Milano, 1967; FERRINI, C.: *Manuale di Pandette*, 4.^a ed. por G. GROSSO, Milano, 1953, 597 ss.; SCHERILLO, G.: *Corso di diritto romano: Il testamento*, Milano, 1956-1957; SCHULZ, F.: *Derecho romano clásico*, trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO, Barcelona, 1960, 228 ss.; VOCI, P.: *Diritto ereditario romano. V. II. Parte speciale*. 2.^a ed., Milano, 1963; *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il IV secolo. Prima Parte. Iura*, XXIX, 1978; *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il V secolo. SDHI*, XLVIII, 1982, 1 y ss.; AMELOTI, M.: *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966; ARANGIO-RUIZ, V.: *Istituzioni di Diritto romano*, 14 ed., Napoli, 1968, 521 ss.; PUGLIESE, G.: *Istituzioni di Diritto romano*, Torino, 1990; TALAMANCA, M.: *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990, 669 ss.; MANFREDINI, A.: *La volontà oltre la morte*, Torino, 1991; AMELOTI, M.: *Testamento, Diritto romano*, con bibliografía, ED, 44, 1992, 459 ss.; MARRONE, M.: *Istituzioni di Diritto romano*, Palumbo, 1989, 843 ss.; DROPSIE, M. A.: *The roman law of testaments, codicils and gifts in the event of death. Mortis causa donationes*, Colorado, 1996; LÓPEZ PEDREIRA, A.: *Las definiciones romanas de testamento. Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, t. II, Vigo, 1998; TORRENT RUIZ, A.: *Sucesión testamentaria. Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, t. I, Vigo, 1998, 51 y 57 y ss., en los que se refiere a las formas de testamento.

(2) Nov. Val. 21,2, (Brev. 4,2): *Pr. (...), per holographam scripturam votum circa praedictam feminam supremae prodidit voluntatis; 1. (...) quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem. (...) si holographa manu testamenti condantur. Lex romana burgundionum 45,1: "Testamenta, si per olographam manum fiant, probata manus veritate, sine testibus integram capiunt firmitatem".*

(3) *Vid.* VOCI, P.: *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il V secolo. SDHI*, XLVIII, 1982, 84 ss., donde destaca que las constituciones son designadas con varios términos, normalmente recibidos de los usos del siglo precedente. *Lex* y *sanctio* son los nombres más usados, con todo significado. La constitución general se denomina *lex* o *sanctio generalis*, *lex edictalis*, *lex perpetuo* (o *iugiter*) *valitura*, y son términos que se encuentran ya antes de las

dada en Roma el 26 de diciembre del año 446 (4) por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III y dirigida a Albino, prefecto del pretorio y patricio. Ha llegado hasta nosotros por medio de la Novela de Valentiniano III 21,2, sin que exista constancia de otro antecedente de su regulación en la jurisprudencia ni en la legislación imperial (5).

Nov. Val. 21,2 (6): IIDEM AA. ALBINO II P(RAEFECTO). P(RAETORIO). ET PATRICIO

Pr. "Quum sciamus, et divos principes et clementiam nostram condendarum legum fomitem frequenter invenisse de precibus, iuvat, ex facto, quod nuper evenit, cunctis profutura sancire. Illustrem feminam pelagiam quum micce illustris femina dictare vellet heredem, sed testium copiam non haberet, per holographam scripturam votum circa praedictam feminam supremae prodidit voluntatis. Nam, quod solum potuit secretius licere morienti, indicem iudicii sui paginam caesario viro spectabili, tribuno et notario, fratris sui filio, secura commisit, quem natalium decus et propinquitatis religio fidem cogere servare defunctae. Nec sane electionis suae cura testatricem fefellit. Desideriis amitaе caesarius obsecutus chartam fidei suae creditam, iuris et conscientiae memor, eadem, qua sumpserat, simplicitate vulgavit. Sed illustris heres, ab ambitu cupiditatis aliena, nihil de successione praesumpsit, nihil de corporibus hereditariis vindicavit, intra hos modestiae terminos manens, ut subdito precibus ultimae voluntatis arbitrio, non prius se putaret

disposiciones de Valentiniano. El *edictum* es siempre *lex generalis*, e indica, como ya se ha dicho, tanto la comunicación a una colectividad cuanto la *epistula* a un funcionario. "... *Del termino epistula, non più in uso, si conserva il ricordo nello scrinium epistularum, che continua a chiamarsi, como gli altri uffici, col suo vecchio nome. L'uso di litterae è rarissimo. Decretum è usato qualche volta, nel senso generico di costituzione. Di mandatum si vedono una volta il significato, e l'uso, originari; raro il senso generico di costituzione; più frequente quello di ordine dato a un funzionario, o di provvedimento speciale. Perciò i mandata sono, talvolta, menzionati insieme con i rescritti. Rescriptum ha il senso esclusivo di subscriptio: risposta data, nella forma consueta, a un privato. L'adnotatio ha il senso, più ristretto, di risposta a un privato, ma di favore. Il pragmaticum è una figura nuova, di incerta definizione: nel Teodosiano e nelle Novelle si incontra l'aggettivo sostantivato, al neutro*".

(4) Vid. MOMMSEN, TH., et MEYER, P.: *Theodosiani, libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad theodosianum pertinentes*, Berlín, 1962, 110.

(5) LEXICON IURIS CIVILIS ET CANONICI SIVE POTIUS COMMENTARIUS DE VERBORUM, Lugduni, 1574, 544, en el término *testamentum holographum* cita a *Isidorus y Valentinianus Nov. 2*; BIONDI, B.: *Successione testamentaria-donazioni*, Milano, 1945, 53; SAMPER POLO, F.: *La disposizione mortis causa en el Derecho romano vulgar*, AHDE, 1968, 99; BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter Liberos*, Valladolid, 1991.

(6) MOMMSEN, TH., MEYER, P., & KRUEGER, P.: *Codex Theodosianus*, Berlín, 1905. En la edición de HAENEL la numeración que consta es XX, 2. Sobre el Código Teodosiano, vid. GOTHOFREDUS: I, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi*. Editio Nova in VI tomos *Digesta*, Hildesheim-New York, 1975; HARRIES, J./WOOD, I.: *The Theodosian Code*, New York, 1993.

heredem, nisi nos causae iustitiam probaremus. Recensitis igitur omnibus, defunctae iudicium roboramus, cui, praeter filium fratris et litteras suas, testes habere non licuit. Idcirco illustris femina Pelagia pro ea parte, qua heres scripta est, defunctae potietur arbitrio.

21,2,1: *Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura iugiter lege decernimus, ut, quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem. Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio, si propriae manus litteris scribere, quos voluerint, non sinantur heredes. Aliis testes itinerum necessitas, aliis solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expedita subducit. Aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui, velut obsessos, conclavibus suis solent custodire languentes. Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitriis: si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim taliter sufficiet heredi, adserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipunt sanctiones, ut in hereditarium corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur.*

21,2,2: *Quum tamen testium praesentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhiberi.*

21,2,3: *Necessitatem quoque praecipitem summovemus, quae testatores hactenus compulit, sub unius diei spatio supremum, festinato nimis, ordiri et implere iudicium. Quibus nos licentiam tempusque largimur, ut voluntatem, quam de rebus propriis mente conceperint, frequenter scribant, frequenter retractent, frequenter emendent, et quot voluerint diebus in tantae praesertim causae meditatione versentur. Haec enim deliberatio nihil immaturum relinquit, cui licebit saepe dictata corrigere.*

21,2,4: *Testes autem subscriptiones suas uno die vel omnes pariter, vel, si legitimus numerus exiguum moram fecerit, horis praebere diversis sub obtutibus testatoris iubemus.*

21,2,5: *Praeterea, quoniam plerique deficientium voluntates suas cupiunt esse secretas, nec ante vulgari, quam luce priventur, statuimus ac iubemus, ut, si testes rogati paginae, cuius arcana nescierint, coram testatore subscraserint, nihil ex ignorance testium testamentorum firmitatibus derogetur, Albine, parens carissime atque amantissime.*

21,2,6: *Idcirco illustris et praeclsa magnificentia tua iustissimam legem et cunctis generaliter profuturam in omnium celeriter ire notitiam propositis iubebit edictis, ut facile possit agnosci nostrarum salubritas sanctionum. Dat. VII. kal. ian. Romae, Aetio III. et Symmacho vv. cc. coss. acc. VI. kal. ian. Romae. Pp. V. kal. ian. in Foro Traiani. Subscripsi”.*

Interpretatio: "Haec lex licet alia replicet, quae in aliis legibus habentur exposita, tamen hoc amplius observandum esse praecipit, ut, si cui fuerit testandi voluntas, et testes forsitan defuerint, voluntatem suam propria manu perscribat, quae prolata (7) post defuncti obitum plenam obtineat firmitatem".

La Constitución comienza poniendo de relieve que son conscientes los emperadores de la influencia e incentivo que tienen sus decisiones para originar leyes, siendo su deseo establecer una protección jurídica que beneficiará a todas las personas, sobre las bases de un incidente ocurrido recientemente.

El incidente acaecido que relata la novela de Valentiniano III trata de una ilustre mujer llamada *Misce*, quien deseaba nombrar heredera a la ilustre Pelagia (8), pero no tuvo la oportunidad de conseguir testigos –*sed testium copiam non haberet*–, por lo que dio a conocer su voluntad de nombrarla heredera en su último testamento mediante un documento ológrafo –*per holographam scripturam votum circa praedictam feminam su-premae prodidit voluntatis*–. *Misce* deseaba mantener esta voluntad secreta hasta su muerte y por ello confió el documento con las indicaciones de su voluntad al respetable César, tribuno y notario, hijo de su hermano –*fratris sui filio*–, para que lo custodiara y ejecutara su voluntad, confiando que el honor que le atribuía su *status* de nacimiento y su respeto por las relaciones de parentesco le obligaría a respetar la *fides* que en él había depositado la mujer fallecida. César cumplió el deseo de su tía. Respetuoso con la Ley y con su propia conciencia, dio publicidad al documento que le había sido confiado para su custodia, con la misma sinceridad que lo había recibido. Como la ilustre heredera era ajena a la corrupción de la codicia, no tomó nada de la sucesión, ni reclamó nada de los bienes de la herencia, manteniéndose en los límites de la moderación al

(7) En la *interpretatio* se ha sustituido el término *probata* del texto de Nov. Val. 21,2,1 *in fine: ut in hereditarium corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur* por *pro-lata*, para referirse a la publicación del testamento. Vid. MOMMSEN-MEYER: *Theodosiani, libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad theodosianum pertinentes*, v. II, 3.^a ed., Berolini, 1962, 111, n. 29, donde se incluye la crítica filológica del texto.

(8) GARCÍA GALLO, A.: *Del testamento romano al medieval, las líneas de su evolución en España*, AHDE, 1977, 47, 455, n. 96: "Esta novela está provocada por el testamento de *Misce* «*inlustris femina*» en favor de Pelagia, también «*inlustris femina*», que no pudo encontrar suficiente número de testigos: lo que dada la condición de ambas, que sin duda habían de tener servidores o gentes a su alrededor no deja de ser significativo"; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo. Estudios Jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, v. I, Salamanca, 2002, 64: "La consideración social de los personajes que intervienen –tanto *Misce* como Pelagia son calificadas de *inlustres feminae*, y Cesáreo de *vir spec-tabilis*–, probablemente jugó un papel nada desdeñable en la adopción de la decisión".

consultar al emperador la decisión de última voluntad. Consecuentemente, no se consideró a sí misma heredera hasta que el emperador aprobara la justicia de su causa. —*Sed illustris heres, ab ambitu cupiditatis aliena, nihil de successione praesumpsit, nihil de corporibus hereditariis vindicavit, intra hos modestiae terminos manens, ut subdito precibus ultimae voluntatis arbitrio.*

Los emperadores revisaron todas las circunstancias y decidieron corroborar la voluntad de la mujer difunta, de la que ella no consintió en dar ningún traslado excepto al hijo de su hermano a través del propio escrito de la causante; de esta forma la ilustre Pelagia, por lo que se refiere a la herencia, en la que había sido nombrada heredera, obtendrá la posesión conforme a la voluntad de la mujer fallecida, es decir, el emperador confirma la validez de la última voluntad de la difunta manifestada por escrito y conservada en secreto sin el requisito de testigos.

A continuación, en Nov. Val. 21,2,1 el emperador establece la validez del testamento *per holografam scripturam* como forma testamentaria general aplicable a todo el género humano y a tal fin decreta que si cualquier persona prefiere establecer su última voluntad a través de escritura ológrafa, tendrá libre facultad de hacerlo —*Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura iugiter lege decernimus, ut, quisquis per holografam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem.*

El fundamento de esta decisión radica en el respeto absoluto que ha de concederse a la voluntad del testador (9) para que ninguna persona muera intestada —*Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitriis*—, así como en la dificultad en muchas ocasiones de garantizar el suficiente número de testigos que exigía la normativa vigente —*Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur*—, reconociendo la razón que tienen las personas que se quejan de las leyes, si cuando se encuentran en peligro para sus vidas no se les permite escribir con sus propias manos las personas que desean nombrar por herederos —*Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio si propriae manus literis scribere, quos voluerint, non sinantur heredes.*

En la novela *ad exemplum* y sin que tengan carácter limitativo (10) se

(9) Respecto al *favor testamenti*, vid. BONFANTE, P.: *Scripti Giruridici Varii*, I, Torino, 1926, 380; COSTA, E.: *Favor testamentorum e voluntas testantium*, Papiniano, III, Bologna, 1896, 1 y ss.; BIONDI, B.: *Successione testamentaria-donazioni*, cit. 5-9, 549.

(10) SAMPER POLO, F.: *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, cit., 99-100: "Como se observará la facultad de hacer testamento ológrafa en la Novela de Valentiniano es amplia, a pesar de que los ejemplos enumerados podrían inducir a creer que sólo es posible hacerlo en los casos en que por las circunstancias, resulta difícil contar con testigos. Sin

relatan los supuestos que acaecían en la realidad en aquella época en los que era difícil dar cumplimiento a la norma que exigía la presencia de testigos para la validez del testamento, y entre ellos relata: 1) la necesidad de viajes, 2) las exigencias de sus casas en el campo, 3) los viajes emprendidos con esclavos como únicos compañeros, 4) la enfermedad.

Todas estas circunstancias llevan a los emperadores a establecer normativamente que de aquí en adelante ninguna persona morirá intestada si tuviera el deseo de hacer un testamento. Nosotros abrimos ampliamente el camino a la última voluntad: si se trata de testamentos ológrafos, deberán ser realizados a mano, sin que consideren necesarios los testigos –*Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitriis: si holographa manu testamenta condantur, testes necesarios non putamus.*

Fundamentan la eliminación de testigos como requisito necesario para la validez de los testamentos en que la persona mencionada en el escrito como heredero puede tomar la posesión de los bienes de la herencia después de que haya probado la autenticidad de tal escrito, siendo suficiente que asegure la fiabilidad de las circunstancias, incluso sin testigos, a condición únicamente de que demuestre que las circunstancias se corresponden con las disposiciones de los antiguos emperadores así como con nuestras normas prescritas para ser observadas en los testamentos.

Igualmente dejan claro en el párrafo 2.º de esta novela que esa norma se aplicará para el supuesto de que el testador prescinda totalmente de testigos a la hora de realizar su testamento, puesto que si el testador opta por elegir la presencia de testigos, siempre deberá utilizar el número de testigos establecidos por la Ley –*Quum tamen testium praesentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhiberi.*

En el párrafo 3.º del texto los emperadores declaran abolida la necesidad de la urgencia con la que hasta ahora se compelió a los testadores en el marco excesivamente apresurado de un día para comenzar y finalizar su última voluntad –*Necessitatem quoque praecipitem summovemus, quae testatores hactenus compulit, sub unius diei spatio supremum, festinato nimis, ordiri et implere iudicium.* Los emperadores generosamente garantizan a tales personas el derecho a tener el tiempo necesario para escribir la voluntad que han concebido en su mente en relación con sus propias cosas, pudiendo reconsiderarlo y enmendarlo frecuentemente, e incluso dedicarse durante muchos días a meditar sobre esta institución que es tan importante. Para que tales deliberaciones no dejen nada sin

embargo, en su parte sustancial la constitución no pone límites a esta facultad: «*quisquis... habeat liberam facultatem*» dice, y los casos que siguen son ejemplares antes de limitativos”; ARRI-MADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 65.

madurar, deberá permitirse al testador revisar frecuentemente las cosas que ha establecido –*Haec enim deliberatio nihil immaturum relinquit, cui licebit saepe dictata corrigere*.

El párrafo 4.º admite la posibilidad de que la *subscriptio* de los testigos no sea realizada en unidad de acto y en el párrafo 5.º consagra la validez del testamento cuyo contenido era desconocido por los testigos, a fin de que pudiera darse satisfacción a la voluntad de los testadores de que sus voluntades fueran secretas y no aparecieran publicadas antes de su muerte.

El contenido de esta disposición beneficiará a todas las personas en general, tal como se establece en la párrafo 6 de esta novela –*Idcirco illustris et praecelsa magnificentia tua iustissimam legem et cunctis generaliter profuturam in omnium celeriter ire notitiam propositis iubebit edictis, ut facile possit agnosci nostrarum salubritas sanctionum* (11).

La naturaleza de esta Constitución es de epistula de respuesta *ad preces* como afirma VOCI (12), que se producen con ocasión de una súplica

(11) ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, ob. cit., 65. Ciertamente, el uso de esta forma testamentaria debió ser bastante limitado en la práctica. En sentido similar, AMELOTTI: voz “testamento (Dir. Rom.)”, *ED XLIV* (1992), p. 467, cuando afirma que “*questo tipo di testamento resta un episodio per cui i tempi non erano maturi*”. Sin embargo, no parece aceptable, a nuestro juicio, la hipótesis, más radical, de DAVID: *über die Form*, op. cit., pp. 324-325, quien en el marco de su teoría sobre las formas testamentarias posclásicas, e ignorando en cierto sentido el tenor literal de Nov. Val. 21,2, piensa que la admisión del testamento *per holographam scripturam* sin testigos fue un supuesto especialísimo, aislado, casi un privilegio. La Constitución de Valentiniano nace con vocación de continuidad y de validez general, como lo demuestra la lectura del propio texto y concretamente, además, el empleo del adverbio *iugiter*, usado también en otras leyes de Valentiniano III, de validez general; sobre esto último Cf. VOCI: *Note sull'efficacia...*, cit., p. 356.

(12) VOCI, P.: *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il V secolo*. *SDHI*, XLVIII, 1982, 86, señala que las epistulas dirigidas a funcionarios son de varias especies. Las espontáneas (como las llama Valentiniano), que tienen extensión general, y las no espontáneas, esto es, de respuesta a una pregunta general de un funcionario, siendo igualmente general la respuesta dada por el emperador. El edicto y la especie de *epistulae* indicadas nacen con extensión general y tienen una sola función: establecer normas generales y finalizar con una orden de publicación. Igualmente distingue epistulas de respuesta a un funcionario que pregunta al emperador *consultatio ante sententiam* o apelación *more consultationis*, en estos últimos casos únicamente se contiene la decisión sin ninguna disposición de extensión, y las epistulas de respuesta a *preces*, que se producen como consecuencia de una súplica privada (*supplicatio*, *precatio*, *preces*), cuyas características son las siguientes: a) El particular reclama un remedio contra la insuficiencia del Derecho vigente, para conseguir un resultado no sólo útil para él, sino en sí mismo justo. b) La petición no presupone un procedimiento judicial pendiente de iniciarse o de concluirse. c) El emperador ve en la petición la expresión singular de una exigencia general que merece sea satisfecha, de ahí deriva que él no responda al particular, que formula la *preces*, sino que escriba una epistula dirigida a un funcionario: generalmente el prefecto del pretorio. “... *Una simile epistula è analoga a quella che risponde alla relatio di un funzionario: con essa ha comune la duplice natura di decisione di un caso singolo e di disposizione estensiva della soluzione. Per questa sua seconda qualità è una legge generale diretta a un funzionario e munita*

privada (*supplicatio, precatio, preces*), pero extensivas con carácter general, por ello esta epístula se dirige a un funcionario y lleva aparejada cláusula de publicación.

En la *interpretatio* de esta novela se dispone que aunque esta Ley repite otras materias que están contenidas y tratadas en otras leyes, en cualquier caso, ordena que las mencionadas previsiones sean observadas de tal forma que, si una persona deseara hacer un testamento y quizá no hubiera conseguido los testigos, puede escribir su voluntad de su propia mano, y cuando esta voluntad sea presentada al tribunal, tras la muerte del fallecido, obtendrá plena validez –*voluntatem suam propria manu perscribat, quae prolata post defuncti obitum plenam obtineat firmitatem*.

Esta Constitución refleja la pérdida del rigorismo de la ordenación del testamento que se produce en época posclásica y el predominio de la voluntad del difunto frente a las rigideces formales, consagrando jurídicamente como forma privada ordinaria (13) y escrita de testar la realizada

di clausola di pubblicazione. Ma è lontana dal rescritto, che risponde al privato e dà una soluzione che non va mai oltre il caso cui si riferisce". En la nota 28, p. 88, cita el autor expresamente la Nov. Vale. 21,2,6 como ejemplo de este tipo de epístula, que se menciona en las pp. 98 y 99. También *vid.* RICART MARTÍ, E.: *Apuntes sobre el testamento ológrafo*, Actes del IX Simposi Internacional, Barcelona, 2000, 198.

(13) PALUMBO, L.: *Testamento romano*, cit., 126; D'ORS, A.: "Testamentum Porcelli y su interés para la historia jurídica", RIDA 1955, 232 ss.; SAMPER POLO, F.: *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, cit., 96 ss.; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, 85 ss.; MARRONE, M.: *Istituzioni*, cit., 850, n. 139; BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 88 ss.; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 65; PANERO, R.: *Derecho Romano*, 3.^a ed., Valencia, 2004, 729. En contra de la consideración del testamento ológrafo como forma ordinaria de testar, *vid.* DAVID, M.: *Über die Form des Ordentlichen, Schriftlich Abgefaßten Privattestaments zur Zeit des Dominats*. ZSS, 52, 1932, 325, quien sostiene que se trataba de una forma especialísima, excepcional, que no tuvo carácter general, que no habría prosperado. Dicha opinión es refutada por D'ORS: *El testamentum porcelli*, cit., 232: "éste no supo superar la dificultad que supone la existencia de un testamento ológrafo exento de testigos, según la Novela de Valentiniano 21,2 y pensó que se trataba de una forma especialísima, que no habría prosperado, como es verdad que no prosperó en la legislación justiniana. Pero lo más interesante es que sí prosperó en la tradición de Occidente, que es precisamente donde sobrevive el testamento de cinco testigos. Es lástima que David no prestara mayor atención a un testimonio que despacha como «unklar», pero que, sin embargo, me parece muy interesante para nuestra cuestión: el *Papianus* o *Lex Romana Burgundionum*, 45,2. Se opone allí al *testamentum per olographam manum*, que no requiere testigos, aquel otro testamento para el que se hallan presentes los testigos, ante *quos testator vel suscribat vel suum testamentum offerat suscribendum*, los cuales testigos deben hallarse en número competenti, *vel V vel VII*. Vemos, pues, que aparte del testamento oral (*per nuncupationem, sine scriptis*), hay un testamento escrito de propia mano, sin testigos, y dos tipos más de testamentos escritos pero alógrafos: uno, el que los testigos presencian en el acto de confección del testamento o, al menos, la suscripción por el testador (lo que no implica que conozcan el contenido de las disposiciones testamentarias), y otro en el que el testador presenta su testamento ya hecho y se limita a declarar ante los testigos que aquellas tablas contienen su última voluntad, para que los testigos las firmen. Con esto no se dice, naturalmente que el testamento ya haya sido firmado por el testador, pues puede éste no haber firmado".

per holografam scripturam o *per holografam manum*, en la que no es necesaria la intervención de testigos, junto a las otras formas de testamento escrito vigentes en esta etapa del Derecho romano.

Como afirma SAMPER POLO (14), "la clasificación que de los testamentos nos trae Gayo en 2, 101, 102 y 103 (15), ha perdido ya la vigencia en el Derecho vulgar. UE 20,2 (16) aún conserva esta misma clasificación gayana, pero en forma tal, que ya se echa de ver la ausencia de los motivos que la mantenían. (...) Junto al testamento oral o *nuncupatio* existen dos formas de testamento escrito: el ológrafo, es decir, escrito por la propia mano del disponente, y el alógrafo".

FESTO (17) define al ológrafo como *testamentum totum manu testatoris scriptum*, mientras ISIDORO DE SEVILLA (18) añade además el requisi-

(14) SAMPER POLO, F.: *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, cit., 96 ss. Opinión seguida por OBARRIO MORENO, J. A.: *El testamento nuncupativo y su recepción en la corona de Aragón*, Valencia, 2002, 20 ss. D'ORS, Á.: "Testamentum Porcelli y su interés para la historia jurídica", RIDA 1955, 232 ss., afirma la existencia, junto al testamento nuncupativo y al ológrafo, de dos tipos de testamentos escritos, pero alógrafos.

(15) Gai 2,101: "*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus, alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri*". Gai 2,102: "*Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet, quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur*". Gai 2,103: "*Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est, sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*". Vid. RIVIER, A.: *Traité Élémentaire des successions*, cit., 49 ss.; SCIALOJA, V.: *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1930, t. IV, 226 ss.

(16) Tit. Ulp. 20,2: "*Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. His duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam. In quo testamento libripens adhibetur et familiae emptor et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est*".

(17) LEXICON IURIS CIVILIS ET CANONICE SIVE POTIUS COMMENTARIUS DE VERBORUM, Lugduni, 1574, 236 en el término *holographum* indica "*apud Festum appellatur testamentum totum manu testatoris scriptum*".

(18) Sobre Isidoro de Sevilla, vida y obra, vid. GARCÍA GALLO, A.: "San Isidoro Jurista", en *Isidoriana. Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento*, León, 1961; CHURRUCA, J. de: "Presupuestos para el estudio de las fuentes jurídicas de Isidoro de Sevilla", AHDE, 43, 1973, 429 ss.; DÍAZ DÍAZ, M.: *San Isidoro de Sevilla, Etimologías*, Ed. bilingüe, Madrid, 1982 y la literatura en él citada; METRO, A.: "Ancora su Isid. Eym. 5.24.14", in *Studi in onore Sanfilippo*, III, 1983, 451 ss.; MENTXACA, R.: "Algunas consideraciones sobre Isidoro. ET 5,25,22-24" en *Collatio iuris romani. Etudes dédiées à H. Ankum à l'occasion de son 65.º anniversaire*, Amsterdam, 1995, 331 ss., con las notas correspondientes, *Delitos contra la moral sexual en las etimologías de Isidoro*, LABEO: 44, 1998, 77 y ss., con notas allí citadas.

to de la *subscriptio*. Así, en *Etimologías* 5,24,7 nos transmite la siguiente definición de testamento ológrafo: "*Holographum testamentum est manu auctoris totum conscriptum atque subscriptum; unde et nomen accepit. Graeci enim ὁλον totum, γραφήν litteram dicunt*" (19). Para este autor, es preciso para la validez del testamento que estuviera íntegramente escrito y además firmado por el autor.

El LEXICON IURIS CIVILIS ET CANONICI (20) con fundamento en *Isidoro* y *Valentiniano*, indica: "*est manu auctoris totum conscriptum, atque subscriptum: unde & nomen accepit. In hoc non exigitur subscriptio testatoris ex Constit. Iust. cum antiquitas. ult. C. de testament. Non exigitur testes, ex Nov. Valentiniani, quae tamen non obtinuit*".

Modernamente, COSTA (21) identifica al testamento ológrafo como el escrito por la propia mano del testador sin ninguna otra formalidad.

Del examen de los textos anteriormente citados, pueden señalarse como caracteres esenciales de esta forma testamentaria los siguientes:

1. Ha de tratarse de un acto de última voluntad escrito (22), realizado por la propia mano del testador, lo que se deduce claramente no solamente del caso individualizado de *Micce* y *Pelagia* a que se refiere Nov. 21,2 pr. *—per holographam scripturam—*, sino también de los términos *quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem; si holographa manu testamenta condantur, probata scripturae veritate mittatur*, recogidos en el parágrafo 1.º y en la *interpretatio* al texto *—voluntatem suam propria manu perscribat*.

Valentiniano III en el texto de su Constitución no menciona disposición alguna referente al idioma que ha de utilizar la testadora para redactar el testamento. En este punto comparto la opinión general de la doctrina (23), que defiende la libertad del testador para escribir el testamento

(19) ISIDORI HISPALENSIS EPISCOPI: *Etymologiarum sive Originum libri XX*, ed. W. M. Lindsay, Oxford, 1911.

(20) LEXICON, cit., p. 544. HEINECIO, J.: *Recitaciones*, cit., 303, si el testador escribe el testamento se llama *hológrafo*; si un escribano escribe las tablas y el testador las firma, es igualmente válido que el *hológrafo*.

(21) COSTA, E.: *Storia del Diritto Romano Privato*, Torino, 1925, 488; VOCI, P.: *Studi di Diritto romano*, II, Padova, 1985, 199, 394.

(22) TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, 85 ss.; BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 89 ss.; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66.

(23) HEINECIO, J.: *Recitaciones*, cit., 304; GLÜCK, F.: *Commentario alle pandette*, cit., 365 ss.; AMELOTTI, M.: *Un nuevo testamento per aes et libram*, SDHI, XV, 1949, 36, n. 7, destaca que el uso del latín era impuesto por el Derecho romano clásico para todos los negocios del *ius civile* y efectivamente están escritos en latín, el *Test. Antonii Silvani*, BGU, 7, 1695 y 1696, y ahora los fragmentos publicados en P. Michigan 7. La posibilidad de introducir el griego en los testamentos comenzó a ser admitida, de forma limitada, por una Constitución de Alejandro Severo y fue después generalizada por una Constitución de Teodosio y Valentiniano. Fuera del ámbito

en cualquier lengua, sin que fuera necesario el uso del latín, puesto que este requisito desaparece totalmente en la época de Teodosio II (24), e incluso con anterioridad en algunas regiones del imperio.

Sobre la materia en la que podía o debía redactarse el testamento *per holographam scripturam*, Nov. Val. 21,2 no establece ningún requisito específico, quizá debido a su ánimo de conferir prioridad absoluta a la *voluntas testantis* frente a los formalismos establecidos hasta el momento, para que la voluntad no se viera prisionera de la forma.

El testamento escrito era redactado en *tabulis cerisque* (25), como nos indica Gai. 2.104. Ulpiano, en sus comentarios al libro 39 del edicto recogido en D. 37,11,1 pr., entiende por tablas del testamento las de cualquier clase de materia, así pues, sean de madera, otra materia como papel o pergamino o cuero de algún animal –*sive igitur tabulae sint lignae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel si corio alicuius animalis* (26). Respecto a la denominación de *chartae*, el mis-

del *ius civile* el Derecho romano clásico no tuvo dificultad por el uso del griego. Así junto a la *sponsio*, que es *iuris civilis* y está estrechamente ligada a la fórmula latina: *dari Spondes? Spondeo*, tenemos las otras *stipulationes* que son *iuris gentium* y presentan también fórmulas griegas. Cfr. Gaio 3,93. BIONDI, B.: *Successione testamentaria-donazioni*. cit., 55 ss.; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 86. BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 89; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66.

(24) Nov. 16,8 (Brev VIII) de Teodosio y Valentiniano dada en Constantinopla en septiembre del año 439 y dirigida a Florentio, pp.: “*Illud etiam huic legi perspicimus inserendum, ut, quoniam graece iam testari concessum est, legata quoque ac directas libertates, tutores etiam, graecis verbis liceat in testamentis relinquere, ut ita vel legata relicta vel libertates directae tutoresve dati videantur, ac si legitimis verbis ea testator dari, fieri observarique iussisset, Florenti, parens carissime atque amantissime*”, recogida en el C. 6,23,21,6: “*Illud etiam huic legi perspicimus inserendum, ut etiam graece omnibus liceat testari*”. Vid. GLÜCK, F.: *Commentario a Pandette*, cit., 366, en donde indica que Triboniano ha interpolado esta constitución en C. 6,23,2,6; BIONDI, B.: *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 56, n. 7.

(25) HEINECIO, J.: *Recitaciones*, cit., 304: “*Antiguamente se escribían regularmente los testamentos en tablas de cera, que en seguida se cubrían con una tela, en la que firmaban por fuera los testigos. Hoy se escriben en pergamino ó papel, como no haya estado escrito y después borrado, de manera que se pasen las letras, que en latín se llaman charta deletitia, como ahora suele hacerse con el palimpsesto o vitela. Pues los romanos usaban del papel de egipto, tan delgado que no se podía escribir en una y otra página sin transparentarse las letras; debiendo evitarlo para que no se obscureciese lo escrito*”. GLÜCK, F.: *Commentario alle pandette*, cit., 359 ss., destaca que en los orígenes para el testamento escrito se utilizaban *tabulis cerisque*, de ahí la expresión *bonorum possessio secundum tabulas* o también *contra lignum* (D. 37,11,19), *cerati codicilli*, *ultimae cerae*, *lignae tabulae* (D. 38,11,1). Justiniano mismo habla frecuentemente de estas *tabulae*, refutando la opinión de Salmasio. En tiempos posteriores se admitió el pergamino y también la carta, de la cual se distinguen varias especies bajo diferentes nombres, por ejemplo, *chartae Augustae*, *Livianae*, *Claudiaae*, *Faniae*, *Taeniatricae* y otras varias.

(26) D. 37,11,1, pr. Ulp. 39 ad ed.: “*Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram: sive igitur tabulae sint lignae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel si corio alicuius animalis, tabulae recte dicentur*”. GLÜCK, F.: *Commentario alle pandette*, cit., 361, vid. nota 26, donde se indica que Ulpiano distingue el *corium animalis* de la *membranae* y recoge opiniones de diferentes autores.

mo jurista en sus comentarios al libro 42 del edicto que nos transmite D. 37,11,4, define la *Chartae appellatio* tanto a la nueva, es decir, no usada para un escrito precedente, como a la borrada –*ad novam chartam refertur et ad deleticiam*– (27), de tal forma que si alguno hubiera testado al dorso de una carta –*proinde et si in opisthographo* (28) *quis testatus sit*–, también en este caso se puede pedir la *bonorum possessio* (29).

GLÜCK (30) señala que *Charta nova* es lo mismo que carta pura, sobre la cual no hay nada escrito; *deleticia* es una carta ya usada, de la que ha sido cancelada la primitiva escritura y se ha superpuesto una nueva.

FORCELLINI (31), referente a *charta deleticia apud Ulp. Dig. 37.11.4.*, indica: “*quo nomine intelligitur ea, in qua scriptum fuit aliquid, et postea deletum, quamque Cic 7.Fam. 18 et Catull.22.5. vocant palimpsestum*”.

HEUMANN-SECKEL (32) recoge la contraposición de *deleticia charta* a

(27) GLÜCK, F.: *Commentario alle pandette*, cit., 361. Asimismo, véase FORCELLINI, A.: *Lexicon totius latinitatis*. [2. rist. anastatice] t. I, Bolonia, 1965, 601, en donde se indica: “*Charta videtur significasse materiam quamcumque, in qua scribebatur, unde apud Sueton. Ner. 20. Charta plumbea. H. E. Lamina plumbea. Saepius tamen charta dicuntur folia, quibus utimur ad scribendum, quae nunc a saeculo XIII. Post Chr. N. Fiunt ex linteis contritis, olim ex papyri libro et philoris conficiebantur: dispositis super tabula aqua madente tenuibus illis papyri tunicis, rectis et transversis, in modum cratis, deinde prelo pressis et sole siccatis*”.

(28) Vid. GLÜCK, F.: *Commentario alle pandette*, cit., 361 ss., donde indica *per opisthographum* debe entenderse una carta ya escrita por una parte remitiendo en n. 28 a TEXTOR: *Dissertatio de opisthographo*.– HOEPFNER, *commentar über*, etc. *Commentario alle Istituzioni di Eineccio*, 448, p. 480. A continuación señala el significado propio de *opisthographum* o *charta opisthographa*, que es una carta escrita por ambos lados y su utilización en este sentido por Plinio en *Epistolae*, Lib. III, ep. 5, n. 17. Igualmente pone de relieve que después de Augusto los romanos se servían preferentemente del papiro egipcio, que tenía como particularidad no poderse escribir por la parte interna, mas los romanos encontraron el modo de preparar también la parte externa de modo que se pudiera escribir de forma ágil y legible. Una carta preparada en tal modo que pudiera ser escrita por las dos partes se llamaba *Charta opisthographa* o *adversaria* y una escritura realizada sobre las dos partes de la carta *opisthographum*.

(29) Gai 2,104; Ulp. 39 ad ed. D. 37,11,1, pr.: “*Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram: sive igitur tabulae sint lignee sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel si corio alicuius animalis, tabulae recte dicuntur*”; Ulp. 42 ad. ed. D. 37,11,4: “*Chartae appellatio et ad novam chartam refertur et ad deleticiam: proinde et si in opisthographo quis testatus sit, hinc peti potest bonorum possessio*”. GLÜCK, F.: *Commentario alle pandette*, cit., 363, señala que Cicerón *Pro roscio comoedo*, cap. 2, decía que en sus tiempos una escritura escrita también sobre la parte externa de la carta no era un documento probatorio, mas en los tiempos de Ulpiano nada se opone a la validez del testamento *et si in opisthographo quis testatus sit*.

(30) GLÜCK, F.: *Commentario alle pandette*, cit., 363: “*I Romani infatti si servivano per scrivere di un inchiostro nero fatto principalmente di fuligine e facilmente cancellabile quindi con una spugna, Il nostro inchiostro non si cancella così facilmente, ma non v'ha dubbio tuttavia che quando lo scritto sia stato cancellato la carta possa essere usata in caso di bisogno, per scrivervi un testamento, purchè lo scritto non sia così confuso da essere illeggibile*”.

(31) FORCELLINI, A.: *Lexicon totius latinitatis*. [2. rist. anastatice] t. II, Bolonia, 1965, 50.

(32) HEUMANN, H./SECKEL, E.: *Handlexikon zu den quellen des römischen Rechts*, Graz, 1971, 132.

charta nova, entendiendo por *deleticia charta* el papiro cuya escritura ha sido borrada y se ha reescrito en el mismo.

Una Constitución del emperador Constancio (33) dada al pueblo en Laodicea en el año 339 y que nos transmite el C. 6,23,15 (34), establece la supresión en las disposiciones de las últimas voluntades de la necesidad del empleo de palabras solemnes, a fin de que tengan libre facultad los que desean disponer de sus propios bienes para escribirla en cualquier materia destinada a instrumento, y para usar de cualesquiera palabras –*in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem*.

Justiniano, en I. 2,10,12 (35), indica que nada importa –*Nihil autem interest*– que el testamento sea hecho en tablas, en papel, en pergaminos o

(33) GARCÍA DEL CORRAL, I.: *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1895, 55, nota 21, destaca: *Hal. Russ. Cont. 62: Constantinus, erradamente Cont. 66.71.76. Char. Pac. Sp. Imppp. Constantinus, Constantius et Constans, según la inscripción de la Ley 21.C.VI.37*. Sobre la autoría de la Constitución, que aparece en las fuentes atribuida a Constantino, la mayoría de la doctrina estima que debe otorgarse a Constancio; ALBERTARIO, E.: *Studi di diritto romano*, 5, Milano, 1937, 265; BIONDI, B.: *Successione testamentaire*, cit., 219; VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*, 2, 129; BONFANTE, P.: *Istituzione*, 591; DAVID: *Studien zur heredes institutio*, cit., 56, n. 47-48; MONIER, R.: *Manuel elementaire de droit romain*, 1, París, 1945, 461; SAMPER POLO, F.: *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, cit., 190; BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 114. En contra, SEECK: *Die Zeitfolge der Gesetze Constantinus*, Zss, 10, 1889, 255, quien estima que C. 6,23,15 es un fragmento de una Constitución de Constantino dirigida *ad populum*, en el año 320. SANFILIPPO, C.: *Studi sull'hereditas*, AUPA, 17, 1937, 152, quien considera que es de Constantino y no de Constancio. VOCI, P.: *Il Diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il IV secolo. Prima Parte. Iura*, XXIX, 1978, 31 ss., atribuye la Constitución a Constantino y resalta que los datos ofrecidos por el código justiniano son contradictorios. La *inscriptio* de la Constitución 15 menciona *Constantinus ad populum*; la *subscriptio* se refiere al consulado de Costancio y Costante, esto es, al 339, año en que Constantino ya estaba muerto. MOMMSEN y SEECK corrigen los nombres de los cónsules en *Const. no A. VI et Const. no Caes. Conss.*, y *Serdiceae in Serdicae*: la Constitución sería así datada en el año 320, “cioé a un anno del regno di Costantino. La correzione è da accettare, per la corrispondenza con le notizie di Eusebio e per l'inverosimiglianza che Costanzo abbia emanato una nuova costituzione di contenuto pressoché eguale a quella di suo padre”.

(34) C. 6,23,15 *Imperator Constantinus ad populum*: “*Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. 1. Nec enim interest, si dicatur «heredem facio» vel «instituo» vel «volo» vel «mando» vel «cupio» vel «esto» vel «erit», sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. 2. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem*”. * CONST. A. AD POP. * <A 339 S. D. K. FEBR. LAODICEAE CONSTANTIO A. II ET CONSTATE A. CONSS.>. Vid. VOCI, P.: *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il IV secolo. Prima Parte. Iura*, XXIX, 1978, 31 ss.

(35) I. 2,10,12: “*Nihil autem interest, testamentum in tabulis an in chartis membranisque vel in alia materia fiat*”.

en cualquier otra materia –*testamentum in tabulis an in chartis membranisve vel in alia materia fiat*.

Todo lo anterior lleva a concluir que no se exigía requisito alguno que afectase a la materia en la que debía redactarse el testamento ológrafo, existiendo plena libertad, siendo lo relevante que el mismo fuera realizado por completo de puño y letra del testador.

2. Contenido secreto (36). En el acto del otorgamiento únicamente interviene el causante y es el único que conoce su contenido hasta el momento de su apertura y publicación. El carácter secreto de esta disposición de última voluntad se evidencia del contenido de la Nov. 21.2.pr. –*quod solum potuit secretius licere morienti, indicem iudicii sui paginam caesario viro spectabili, tribuno et notario, fratris sui filio, secura commisit*. Los propios emperadores en esta Constitución, en el párrafo 5.º, conceden una mayor protección en general al carácter secreto de las últimas voluntades de las personas estableciendo y ordenando la validez de aquellos testamentos en los que los testigos suscribían una página desconociendo el contenido secreto del testamento –*Praeterea, quoniam plerique deficientium voluntates suas cupiunt esse secretas, nec ante vulgari, quam luce priventur, statuimus ac iubemus, ut, si testes rogati paginae, cuius arcana nescierint, coram testatore subscripserint, nihil ex ignoratione testium testamentorum firmitatibus derogetur*.

Con carácter general aplicable a todos los testamentos escritos, la licitud de que la voluntad del testador fuera secreta fue admitida por Teodosio II y Valentiniano III mediante la Constitución dada en Constantinopla en septiembre del año 439 dirigida a Florencio, Praefecto Pretorio, que nos transmite la Nov. Theodosiana 16,3 (Brev. VIII) y que fue recogida en C. 6,23,21.pr. (37).

3. La ausencia de testigos. Como afirma BIONDI (38), la presencia de testigos en el número establecido por la normativa vigente, necesario en

(36) TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, 85 ss.; BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 89 ss.; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66.

(37) Nov. 16,3,2. *Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp.*: *Hac itaque consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt, quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam vel tantum clausam involutamve proferre scripturam, vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus romanis puberibus omnibus, simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et signantibus, valere testamentum, nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento*. Recogida en C. 6,23,21, pr.

(38) BIONDI, B.: *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 56 ss.

todas las formas de testamento, se requería *ad solemnitatem* y tenía como función probar en modo formal cuanto se había realizado en su presencia: mientras en el testamento escrito la *subscriptio* de los testigos imprime autenticidad al acto, en el testamento oral los testigos son llamados para documentar la voluntad del disponente. Su número variaba según los diferentes tipos de testamento y las diversas épocas históricas: 5 ó 7.

Precisamente los problemas que planteaba en la época de Teodosio II y Valentiniano III la obligación de garantizar el número de testigos exigido por la normativa vigente –*Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur*– y los supuestos que a título de ejemplo relata la propia Novela, en los que se veían privados los causantes de la posibilidad de conseguir testigos para otorgar su última voluntad, así como el deseo de primar la voluntad del testador a fin de que nadie muriera intestado, fue la causa que movió al emperador para conceder validez general al testamento ológrafo, que debía ser realizado por la propia mano del testador, declarando expresamente que no consideraban necesarios los testigos –*testes necesarios non putamus*–, expresándose en el mismo sentido la *interpretatio* de Nov. Val. 21,2.

La ausencia de testigos la suplía el emperador con el requisito de la autografía del testamento por el testador, que consideraba prueba suficiente de que ha existido libertad en cuanto a la designación en él contenida, de ahí que la misma sustituya la función que los testigos tenían en el testamento pretorio, al ser garantía de autenticidad (39).

Ha de tenerse en cuenta que la ausencia de testigos en el momento del otorgamiento del testamento debía ser total, sin que pudiera considerarse testamento ológrafo aquel en el que intervienen un número de testigos inferior al establecido en la normativa vigente, de ahí que el emperador, en el párrafo 2.º de la novela, declare explícitamente que en cualquier caso, cuando el testador elige la presencia de testigos, *legitimum numerum semper oportebit adhiberi*.

4. Prueba de la autenticidad del testamento y cumplimiento del resto de las normas vigentes establecidas en materia de testamentos. A esta característica se refiere la NV 21,2 en el párrafo 1.º *in fine*: *Scripto enim taliter sufficet heredi, asserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipiant sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur*.

(39) BIONDI, B.: *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 53, 62; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 87, 88; BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 89 ss.; PANERO, R.: *Derecho romano*, 3.ª ed., Valencia, 2004, 72; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66.

PÉREZ DE BENAVIDES (40) destaca que el texto y los *Epítomes Aegidii* y *Monachi* usan el verbo *probare* (comprobar); la *interpretatio* y el *Epítome Lugdunense* emplean en cambio el término *prolata*, que aludiría a la publicación del testamento.

La Nov. Val. 21,2 guarda silencio sobre determinadas cuestiones referentes a esta forma testamentaria, como son: a) la *subscriptio* del testador, y b) la fecha del testamento.

a) El tema de la *subscriptio* por el testador no ha sido pacífico en la doctrina, existiendo diversas posiciones doctrinales: 1. Los autores que estiman que no es necesaria la suscripción del testamento por el testador (41); 2. Los partidarios de la necesidad de la *subscriptio* por el testador (42).

En toda la época clásica, como afirma BIONDI (43), la *subscriptio* del testador no se exige como requisito *ad substantiam*, ni en el testamento civil ni en el pretorio.

(40) PÉREZ DE BENAVIDES, M.: *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho romano vulgar*, Granada, 1975, 19 y n. 90.

(41) WARNKOENIG, L. A.: *Commentarii Iuris Romani*, cit., 238; MÜHLENBRUCH, C. F.: *Doctrina Pandectarum*, cit., 266; ARNDTS, L.: *Trattato delle Pandette*, cit., 162: "Se il testatore ha scritto tutto il testamento di proprio pugno, ed ha espressamente dichiarato nel medesimo di aver ciò fatto (*testamentum holographum*) la sua sottoscrizione non è più necessaria"; VAN WETTER, P.: *Pandectes*, cit., 260, n. 32; WINDSCHEID, B.: *Diritto delle pandette*, cit., 135, "Soltanto se il testatore ha scritto di propria mano l'intero testamento, e nel testamento stesso ha notato d'aver ciò fatto, la sua sottoscrizione non è necessaria"; BIONDI: *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 62, considera que si se trata de testamento ológrafo redactado *sua manu totum*, no es necesaria la firma ni del testador ni de otro (c. 28,6 cit.), ya que la misma autografía es ya garantía de autenticidad. BONFANTE, P.: *Istituzioni di diritto romano*, cit., 588, dispone que en el testamento ológrafo no se precisa la firma del testador. ARIAS RAMOS, J./ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano*, II, 15 ed., Madrid, 1979, 784: "El testamento escrito podía a su vez, ser ológrafo, si lo había escrito el mismo testador, o ológrafo, si otra persona; en el primer caso, no era necesaria la *subscriptio* del testador". El autor, en la nota 729, indica: "la *subscriptio* no era exactamente análoga a nuestra firma actual, sino una breve frase en la que el sujeto es quien la escribe y el verbo *subscripsi*". BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 90 ss.; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66 ss.

(42) VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 79; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 86, n. 36: "La necesidad de la *subscriptio* de los testigos data de una Constitución del año 395 y la del testador del año 439". Opinión que es puesta en tela de juicio por ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 67: "Efectivamente, la Nov. Th. 16 sanciona tal requisito, pero, como ya ha puesto de relieve implícitamente Blanco Rodríguez, parece olvidar esta autora que dicha constitución no entra en vigor en Occidente hasta el año 448".

(43) BIONDI, B.: *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 61 ss. El autor destaca la evolución de la *subscriptio*. BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 90. Sobre la *subscriptio* y su evolución: GIRARD, P. F.: *Manuel élémentaire de droit romain*, París, 1929, 864.

BLANCO RODRÍGUEZ (44) manifiesta que el problema se agudiza a partir del año 448, en que se aplica la Nov. Theod. 16, ya que en su apartado 2 (C. 6,23,21,1) se establece la necesidad de la suscripción del testador como elemento esencial, en orden a la solemnidad del testamento, y en su apartado tercero (C. 6,23,21,1) se establece la intervención de un octavo testigo en aquellos supuestos en los cuales el testador no sepa o no pueda firmar. Concluye la autora que con esta disposición en vigor parece claro que la firma del testador sería necesaria, ya que se privilegia esta forma testamentaria (el testamento ológrafo) con la no intervención de testigos, pero nada se dice expresamente de la firma del causante y por lo tanto, sería un requisito exigible.

ARRIMADAS GARCÍA (45) afirma que la entrada en vigor de Nov. Th. 16 en la *pars Occidentis* no modifica los requisitos requeridos para el testamento ológrafo que introduce la Novela de Valentiniano, porque la primera tiene un ámbito de aplicación objetivo distinto de la segunda. Dicho en otros términos, cada una de las leyes se endereza a la regulación de tipos de testamentos distintos –ciertamente con sus ventajas e inconvenientes cada uno en orden a diferentes criterios–, aunque ambos presenten la redacción autógrafa como característica común. Por otro lado, la exigencia *ad substantiam* del requisito de la firma vulneraría en cierto modo el espíritu de la Constitución de Valentiniano: si se da validez a una forma común del testamento sin testigos, haciendo de la autografía garantía de autenticidad del mismo, no parece muy coherente que ese mismo testamento devenga ineficaz por ausencia de *subscriptio*. Cosa distinta es que, en la práctica posclásica, la *subscriptio* se incorporase usualmente *ad probationem*, para reforzar la garantía de autenticidad de los testamentos.

Ni la N. Val. 21,2,1 ni su *interpretatio* contienen referencia alguna a la *subscriptio* del testador, por lo que ha de concluirse que la misma no era un requisito *ad substantiam*, siendo suficiente la escritura de todo el testamento de puño y letra del testador, como así lo ha ratificado posteriormente Justiniano con la Constitución del año 530 recogida en C. 6,23,28 (46), compartiendo la tesis que se pronuncia por la no exigencia de *subscriptio* del testador.

(44) BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 90. Respecto a la aplicación de la Novela 16 de Teodosio II sobre formas testamentarias, dispone: “En este tema, hemos de tener en cuenta que en el año 446 en que aparece el testamento ológrafo en occidente, aún no se ha publicado la Nov. 16 de Teodosio II sobre forma testamentaria, ya que la misma se aplicará en occidente y por lo tanto con carácter general en todo el Imperio a partir del 3 de junio del año 448 con la Nov. Valent. 26”.

(45) ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 67.

(46) C. 6,23,28: “Cum autem constitutione, quae de testamentis ordinandis processit, caveatur, quatenus septem testium praesentia in testamentis requiratur et subscriptio a testatore fiat vel

b) Fecha del testamento. Como afirman WINDSCHEID y BIONDI (47), la fecha no es requisito para la eficacia del testamento, ni siquiera para el ológrafo.

El texto de la Nov. Val. 21,2, así como la *interpretatio*, omiten toda referencia a la fecha, por lo que en esta época no puede considerarse como requisito necesario para la validez del testamento.

La necesidad de expresar en el testamento la fecha únicamente se exige en la Nov. 107,1 de Justiniano publicada en el año 541 para el testamento de los ascendientes a favor de los descendientes –*testamentum parentum inter liberos*– (48). En esta novela se recoge como primer requisito la colocación de la fecha –*primus quidem eius praescribere tempus*–. La fecha ha de ser ológrafa –*deinde quoque... propria manu*–, siendo indiferente que se realice en cifras o en letras (49).

El testamento ológrafo que introduce Valentiniano III en la Nov. Val. 21,2 fechada en Roma y dirigida a un funcionario de Occidente, Albino II, *Prefecto del Pretorio*, parece ser que jamás entró en vigor en Oriente, destinándose exclusivamente a regir en la parte occidental del imperio (50), sin que fuera recogida en la legislación justinianeana como forma común de testar.

alio pro eo, et constitutio sic edixit: «octavo subscriptore adhibito», et quidam testamentum suum omne manu propria conscripsit et post eius litteras testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt aliaque omnia sollemniter in testamento peracta sunt et testamentum ex hoc, de quo dubitatur, irritum factum est, eandem constitutionem corrigentes sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit et hoc specialiter in scriptura reposu erit, quod sua manu hoc confecit, sufficiat ei totius testamenti scriptura et non alia subscriptio requiratur neque ab eo neque pro eo ab alio, sed sequantur huiusmodi scripturam et litterae testium et omnis quae expectatur observatio, et sit testamentum validum, et codicillus, si quinque testium litterae testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneat, et nemo callidus machinator huiusmodi iniquitatis in posterum inveniatur».

(47) WINDSCHEID, B.: *Diritto delle pandette*, cit., 136; BIONDI, B.: *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 63.

(48) Respecto a que Justiniano fue quien declaró necesaria la indicación de la fecha en el testamento en la Nov. 107,1, vid. GLÜCK, F.: *Commentario alle pandette*, cit., 413 ss.; sobre el *testamentum parentum inter liberos*, vid. SOLAZZI, S.: *L'origine del testamentum inter liberos*, SDHI, 1944, 356 ss.; BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit. En esta materia de la consideración de la fecha como requisito necesario o no para la validez del *testamentum parentum inter liberos* motivó polémicas doctrinales que la autora expone en la página 95. Igualmente controvertido ha sido el lugar de colocación de la fecha, ¿al principio o al final de la disposición?, la autora, tras destacar las posiciones divergentes existentes en la doctrina, llega a la conclusión de que la fecha debe situarse en primer lugar.

(49) BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 96 ss., donde recoge las opiniones de la doctrina en esta materia.

(50) VAN WETTER, P.: *Pandectes*, cit., 260, n. 32; DE DOMICIS: *Il problema di rapporti burocrativo legislativo tra Occidente ed Oriente*, 1954, 457; KASER, M.: *Das Römische Privatrecht II*, 1955, 345; VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*, 2, 79 ss.; *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il V secolo*. SDHI, XLVIII, 1982, 116, donde el autor relaciona once novelas que

Justiniano, con carácter extraordinario, admitió una forma ológrafa en el *testamentum parentum inter liberos* dentro de la regulación que realiza mediante la Novela 107 del año 541, para el que exige unos presupuestos básicos o condiciones necesarias, si bien no suficientes, como afirma BLANCO RODRÍGUEZ (51), que afectan a la *testamentifactio* del causante, dado que únicamente podían realizar el testamento los padres o ascendientes de ambos sexos, quienes tenían que saber de letras: *si quis litteras sciens*, lo que conduce a excluir a los analfabetos, que debían realizar el testamento conforme a las formalidades establecidas por la Nov. Theodosiana 16, y al ciego, así como a los sujetos beneficiarios del mismo, que tenían que ser los *liberi*, ya sean éstos legítimos, adoptados, legitimados y naturales (52). Además, en lo que respecta a la forma que debía observarse, exigía que el testamento fuera realizado *manu propria*, colocando al principio la fecha *—primum quidem eius praescribere tempus—*, señalando el nombre de los hijos, indicando la cuota que asigna a cada uno de ellos en letras y no en cifras. Se establece también la posibilidad de disponer legados, fideicomisos... a terceras personas, con el requisito añadido de que intervinieran testigos *ad solemnitatem*.

2. Recepción del Derecho romano

2.1. Edad Media.

MEREA (53) afirma que el Código de Eurico muestra claramente que los visigodos, ya en el siglo VI, conocían y practicaban el testamento, institución a la que se habían habituado en su convivencia con el pueblo romano.

A esta afirmación también llega ALONSO Y LAMBÁN (54) a través de los fragmentos 320, 336, 318, 319 del Código de Eurico, concluyendo que

no se recibieron en Oriente, entre las que se encuentra la Nov. Val. 21.2; BIONDI, B.: *Impostazione del testamento*, cit., 118; SAMPER POLO, F.: *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, cit., 99; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 91 ss.; BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 88 ss.; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 61, n. 3; 67.

(51) BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 73 ss., 94; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 62, n. 5.

(52) BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 76 ss., 94.

(53) MEREA, P.: *Sobre o testamento hispánico no século VI. Estudos de Direito privado visigótico II. Edición especial de AHDE*, t. 16. Madrid, 1945, pp. 30-36. Sobre el Código de Eurico, vid. D'ORS, Á.: *Estudios visigóticos II. El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960.

(54) ALONSO Y LAMBÁN, M.: "Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón", RDN, 1954, 8, 53 ss.

de los fragmentos examinados, resulta evidente que el Código de Eurico presupone la aceptación del testamento romano por parte de los visigodos, sin que pueda decir con certeza las formas que fueron acogidas, dado el estado fragmentario del Código de Eurico, pero se trataba en todo caso de un testamento en tal estado de disgregación, que podía ser asimilado a cualquier acto de última voluntad.

PÉREZ DE BENAVIDES (55) destaca que no aparece en el Código de Eurico ninguna rúbrica consagrada a los testamentos, pero el uso de términos como *inhordinatus*, *intestatus*, e incluso el de *testamentum*, parece acreditar su existencia.

Lo cierto es que del testamento ológrafo ninguna mención se encuentra en el Código de Eurico (56).

El Breviario de Alarico II o *Lex Romana Wisigothorum* (506) (57) transcribe íntegramente la Nov. Val. 21,2, consagrando el testamento ológrafo como figura autónoma e independiente frente a las demás disposiciones *mortis causa*, con los mismos caracteres que estableció Valentiniano III, dada la reproducción literal de ambos textos.

El testamento ológrafo se introdujo en la praxis occidental a través de la *Lex Romana Burgundionum*, en su título XLV (*De testamentis*):

LRB 45,1 (58): "*Testamenta, si per olographam manum fiant, probata manus veritate, sine testibus integram capiunt firmitatem*".

En este texto se recogen como caracteres del testamento ológrafo, la autografía del testador –*per olographam manum*–, la necesidad de probar la autenticidad de la escritura –*probata manus veritate*–, así como la no intervención de testigos, sin que se haga referencia alguna a la exigencia de que se mencione la fecha de otorgamiento ni la *subscriptio* del testador, lo que me conduce a compartir la opinión de SAMPER (59), que con-

(55) PÉREZ DE BENAVIDES, M.: *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho romano vulgar*, Granada, 1975, 77 ss.

(56) ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 68.

(57) CONRAT, M.: *Breviarium Alaricianum, Römisches Recht im Fränkischen Reich in Systematischer Darstellung*, Leipzig, 1963; LAMBERTINI, R.: *La Codificazione di Alarico II*, 2.^a ed., Torino, 1991. Sobre la *Lex Romana Wisigothorum*, vid. GARCÍA GALLO, A.: "Nacionalidad y territorialidad del Derecho en época visigoda", AHDE, 13 (1936-1941), 168 ss.; "Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y costumbres visigodas", AHDE, 44, 1974, 343 ss.; D'ORS, Á.: *La territorialidad del Derecho de los visigodos, Estudios Visigóticos*, I, Roma-Madrid, 1956.

(58) SAMPER POLO, F.: *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, cit., 100; BLANCO RODRÍGUEZ, M. L.: *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 89; ARRIMADAS GARCÍA, A.: *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 68.

(59) VON SALIS, L. R.: *Monumenta Germaniae Historica, Leges*, 1.2.1, Hannover, 1982.

sidera que este texto parece ser un resumen de la Nov. Valentiniano 21,2,1, en la que se suprimen todos los ejemplos y el caso particularizado que motiva la norma, mencionando únicamente la parte sustancial del texto de la Constitución.

Nuestra institución aparece reconocida en *Lex Visigothorum* (60) 2,5,16 bajo el título *De olografis scripturis*:

Lex Visigothorum 2,5,16 (Recc. Erv) (61). *De olografis scripturis*:

“Quia interdum necessitas ita sepe concurrit, ut sollemnitas legum libere conpleri non possit, adeo, ubi qualitas locorum ita constiterit, ut non invenientur testes, per quos iuxta legum ordinem unusquisque suma adliget voluntatem, manu propria scribat ea, que hordinare desiderat; ita ut specialiter adnotetur, quecumque iudicare voluerint, vel que de rebus suis habere quemquam elegerint. Dies quoque et annus habeatur in eis evidenter expressus. Deinde, toto scripture textu conscripto, rursum auctor ipse suscribat. Et dum hec scriptura infra XXX annos ad eum, in cuius nomine facta est, vel ad successores eius pervenerit, eam episcopo vel iudici infra sex menses non differat presentare. Quam sacerdos idem et iudex, adlatis sibimet tribus aliis scripturis, in quibus testatoris suscriptio repperitur, ex earum contropationem considerent, si certa et evidens scriptura est, quam idem conditor olografa ratione conscripsit. Et dum sta previderint, eadem cartula, que offertur, vera nihilominus habeatur, adque etiam continuo sacerdos ipse vel iudex sive alii testes idonei eandem olografam scripturam sua denuo suscriptione confirmant. Et sic voluntas ipsius testatoris plenissimam obtineat firmitatem.”

Como afirma PÉREZ DE BENAVIDES (62), en la normativa visigoda no existe una exposición sistemática del testamento. Las disposiciones que se

(60) También conocido por *Liber Iudiciorum*, o *Liber Iudicium*. Sobre *Lex Visigothorum*, *Liber Iudicium* o *Liber Iudiciorum*, vid. ZEUMER, K.: *Historia de la legislación visigoda*, traducción del alemán por Carlos Clavería, Barcelona, 1944; DÍAZ Y DÍAZ, M.: “La *Lex Visigothorum* y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación”, *AHDE*, 46, 1976, 163 ss.; GARCÍA LÓPEZ, Y.: *Estudios críticos y literarios de la Lex Visigothorum*, Santiago de Compostela, 1991; OSABA, E.: *El adulterio Uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid, 1997, 81 ss.

(61) Texto tomado de ZEUMER, K.: *Monumenta Germaniae histórica. Legum Sectio I. Leges nationum Germanicarum*, t. I, Hannover, 1973 y 1902.

(62) PÉREZ DE BENAVIDES, M.: *El testamento visigótico*, cit., 79 ss. En la página 82 y ss. señala el autor que “no existe en LV una definición de testamento explicando en la nota 37 que a diferencia del Breviario de Alarico, LV es una obra cuyo carácter eminentemente casuístico, excluye el uso de conceptos generales. Su propia denominación de *Liber Iudiciorum* que aparece ya en los primeros manuscritos conservados y el frecuente uso del condicional si al comienzo de numerosas leyes confirman su carácter práctico”.

refieren a él se encuentran dispersas en distintos libros, y así, mientras el L. II, tít. 5 se ocupa de los requisitos formales correspondientes a los distintos modos de testar, el L. IV, tít. 5 alude a la reserva legítima y a la posibilidad de mejorar y el L. VII, tít. 5 sanciona los actos contrarios a la voluntad del difunto, entre los que destaca el testamento.

LV 2,5,16 (63) regula el testamento ológrafo en una norma genérica bajo el título *De olografis scripturis*, en la cual se encuentra contenido lo referente al testamento ológrafo (64).

El texto de LV 2,5,16 comienza con unas consideraciones previas que justifican el fundamento de la norma y en ellas nos indica que los hombres a veces no pueden cumplir las leyes –*Quia interdum necessitas ita sepe concurrit, ut sollemnitas legum libere conpleri non possit*–, reconociendo que existen ocasiones en las que es difícil encontrar el número de testigos exigido y en atención a ello se dicta la norma que establece determinados requisitos para la validez del testamento ológrafo (65). Esta justificación ya se encontraba presente en la Nov. Val. 21,2,1, acogida en el Breviario de Alarico 4,2, en la que el propio emperador indicaba –*Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur*– y en el mismo texto detallaba *ad exemplum* algunas situaciones en las que era difícil encontrar el número de testigos que exigía la normativa vigente para la validez del testamento, por lo que la misma supone una restauración del régimen establecido por Valentiniano III (66).

(63) LV 2,5,16 según Vulgata. Vid. OSABA, E.: *El adulterio Uxorio en la Lex Visigothorum*, cit., 81 ss., donde realiza una introducción a la LV. En la página 83 afirma: “A partir de finales del s. VII manos anónimas añaden a la LV leyes de Recesvinto que habían sido suprimidas en la redacción de Ervigio o leyes no colacionadas en la propia edición recesvindiana, además de modificaciones y añadidos en los textos legales. Estas versiones se conocen como *Vulgatae* y han sido recientemente objeto de un detenido estudio por GARCÍA LÓPEZ: *Estudios críticos y literarios de la Lex Visigothorum*”; LV 2,5,14 (Recesvinto): XIV. *Flavius Gloriosus Recesvindus Rex*.

(64) ALONSO Y LAMBÁN, M.: “Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón”, cit., 63 ss., matiza que esta norma admite más que el ológrafo, uno especial ológrafo, sólo para cuando circunstancias anormales hicieran dificultoso el ya regulado como típico. PÉREZ DE BENAVIDES, M.: *El testamento visigótico*, cit., 79, 80.

(65) PÉREZ DE BENAVIDES, M.: *El testamento visigótico*, cit., 91: “Una Ley de Recesvinto da la forma de otorgamiento del testamento ológrafo que sólo se designa con este nombre en el título de la Ley. Condición indispensable es la ausencia de testigos explicada en forma análoga a la Novela del Breviario”.

(66) GARCÍA GALLO, A.: “Del testamento romano al medieval, las líneas de su evolución en España”, AHDE, 1977, 47, 468: “Al igual que Teodosio II y Valentiniano III reaccionan frente al vulgarismo jurídico dominante de su tiempo ordenando la sucesión voluntaria, Chindasvinto, y en especial Recesvinto y Ervigio, reaccionan frente al Derecho vulgar de su época dictando leyes que en esencia suponen restaurar el régimen establecido por aquellos emperadores. Estas leyes se recogen en el *Liber iudicum* y nos muestran cuál es el Derecho oficial desde mediados del siglo VII”. PÉREZ DE BENAVIDES, M.: *El testamento visigótico*, cit., 79, señala que

Para conceder plena validez al testamento ológrafo en el texto analizado se establecen dos tipos de requisitos: a) unos que afectan al otorgamiento y b) otros que se refieren a la adveración.

a) *Requisitos del otorgamiento.*

a.1) Autografía del testamento por la propia mano del causante, esto es, que la disposición de última voluntad fuera escrita por la propia mano del testador –*manu propria scribat ea, que hordinare desiderat*– (67). Este requisito evidencia la recepción de la Nov. Val. 21,2,1, recogida literalmente en el Breviario de Alarico.

a.2) Obligatoriedad de expresar día y año en el testamento –*Dies quoque et annus habeatur in eis evidenter expressus*– (68). Este requisito de exigir fecha completa en el testamento fue una innovación de Recesvinto, puesto que el mismo no era mencionado ni en la Novela de Valentiniano 21,2 ni en el Breviario de Alarico, que la reproduce literalmente. Chindasvinto tampoco había requerido dicho requisito en LV 2,5,13 (69), que reglamenta el testamento del viajero o del soldado en campaña. Pero sí la establece como requisito necesario para la validez de los documentos escritos en general en LV 2,5,1 (70) –*Scripture, que diem et annum*

la terminología de LV presenta fundamentalmente una nota de continuidad con respecto a la observada en la *Interpretatio* del Breviario. *Testamentum* se sigue oponiendo a *successio* concebida ésta como sucesión intestada. *Voluntas* es usado tanto sólo como en relación con otros términos: v. *Defuncti*, v. *Donatoris*, *morientium extrema voluntas*. Su significado auténtico apenas si puede equipararse a *testamentum* en algún caso, señalando en la nota 17 como supuesto en el que se equipara LV 5,14 “*voluntatem suam propria manu conscribat*”.

(67) Posteriormente en FJ 2,5,15 en la versión latina: “*manu propria scribat ea, quae ordinat*”. En la versión castellana: “*cada uno omne deve escrevir su manda con su mano*”.

(68) FJ 2,5,15: “*é notar y el día y el anno en que faze la manda*”.

(69) LV 2,5,13 (Recc. Erv): XI. *Flavius Chindasvindus Rex. Qualiter firmentur voluntates eorum, qui in itinere moriuntur*: “*In itinere pergens aut in expeditione publica moriens, si ingenuos secum non habeat, voluntatem suam propria manu conscribat. Quod si litteras nescierit aut prelangore scribere non potuerit, eandem voluntatem servis insinuet, quorum fidem episcopus adque iudex probare debebunt. Et si nullatenus antea fraudulentis fuisse patuerint, quod sub iuramenti taxatione protulerint, conscribatur, ut sacerdotis adque iudicis suscriptione firmetur; hac postmodum auctoritate regia roboratum, firmum quod decreverit habeatur*”. Texto que pasó sin modificaciones sustanciales a FJ 2,5,12: *De las mandas daquellos que van en romería, cuemo deven seer firmadas*.

(70) LV 2,5,1 (Chind.) (Recc): *Quales debeant scripture valere*. – “*Scripture, que diem et annum habuerint evidenter expressum adque secundum legis ordinem conscripte noscuntur, seu conditoris vel testium fuerint signis aut suscriptionibus roborate, omni habeantur stabiles firmitate*”. Vid. ZEUMER, K.: *Historia de la legislación visigoda*, cit., 198 ss.; MARLASCA, O.: “Algunos requisitos para la validez de los documentos en la *Lex Visigothorum*”, RIDA, 1998, 567 ss., donde destaca que se trata de una Ley de Chindasvinto (642-653) y el apéndice que se añade a la misma en la edición de Ervigio.

habuerint evidenter expressum-. ZEUMER y MARLASCA (71) afirman que la exigencia de que se fechen los documentos escritos (*dies et annus*) para la validez de los mismos, la ha tomado Chindasvinto de la *antiqua* subsiguiente, esto es, LV 2,5,2 (72) –*dummodo in his dies vel annus sit evidenter expressus, nullatenus inmutari permitimus*.

a.3) *Subscriptio* del testamento por el testador –*rursum auctor ipse suscribat*– (73). No es suficiente el *signum* del otorgante, sino que precisa la *subscriptio* (74). Este requisito era omitido en la Nov. Val. 21,2 y en el Breviario de Alarico 4, si bien su necesidad se recogía en San Isidoro, Etim. 5,24,7.

La *subscriptio* debía colocarse después que todo el contenido del testamento estuviera escrito, al final del escrito, y así se transmitió a FJ 2,5,15 –*é depues que tod esto oviere escripto, escriva en fondon de la carta que lo confirma con su mano*.

(71) ZEUMER, K.: *Historia de la legislación visigoda*, cit., 198 ss.; MARLASCA, O.: “Algunos requisitos para la validez de los documentos en la *Lex Visigothorum*”, cit., 569. En la página 571, explica la autora: “Las *Antiqua* son las más antiguas dentro de las leyes que conforman la LV”. “Esta *antiqua* había pertenecido ya al código de Eurico y ello lo demuestra el hecho de haber sido recogida la citada ley en la *Lex Baiuvariorum* 16,16 donde establece lo siguiente: «*Pacta vel placita quae per scripturam quacumque facta sunt, vel per testes denominatos III vel amplius, dummodo in his dies et annus sit evidenter expressus, inmutare nulla ratione sinere permitimus*». Establece la citada ley visigoda para la validez de los documentos escritos (*pacta vel placita*) la exigencia de que conste con toda claridad el día y el año. La procedencia de este principio es romana, aunque como dice ZEUMER no existe una ley más antigua que establezca de una manera expresa que se fechen los documentos y que hubiera podido servir de modelo a la LV 2,5,2”.

(72) LV 2,5,2 (*antiqua*): *De pactis et placitis conscribendis*.- “*Pacta vel placita, que per scripturam iustissime hac legitime facta sunt, dummodo in his dies vel annus sit evidenter expressus, nullatenus inmutari permitimus*”.

(73) En FJ 2,5,15: “*rursus auctor ipse suscribat*”. En versión castellana: “escriba en fondon de la carta que lo confirma con su mano”.

(74) ZEUMER, K.: “*Zum westgothischen Urkundenwesen, 1. Subscriptio und signum. 2. Die Schriftvergleichung*”, en *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde* 24, 1898; ALONSO Y LAMBÁN, M.: “Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón”, cit., 63, con fundamento en la opinión de M. TORRES LÓPEZ y ZEUMER afirma: “La *subscriptio* visigótica es análoga a la precedente romana. No se limitaba al nombre, sino que era una aclaración, las más de las veces en forma subjetiva y primera persona. Tiene sin embargo una novedad, y es la indicación de la fecha, la cual no aparece en los documentos romanos. El *signum* sustituía a la *subscriptio* cuando el interesado, parte en el acto o testigo, no sabía o no podía escribir, y solía ser una cruz. ZEUMER cree que la *subscriptio* daba pleno valor probatorio a los documentos, mientras en los signados se reclamaba la prueba mediante juramento de alguno de los testigos, sobre la legitimidad del *signum*”. MARLASCA, O.: “Algunos requisitos para la validez de los documentos en la *Lex Visigothorum*”, cit., 569, afirma “La *subscriptio* tiene por objeto acreditar (por el otorgante o los testigos) el contenido del documento. Por otra parte el *signum* es mencionado con frecuencia (desde CE 307) junto a la *subscriptio*. La *subscriptio* supone alfabetismo, en cambio, el *signum* es sustitutivo de *subscriptio* para analfabetos. Aquí el elemento esencial es un signo (señal, normalmente cruz) junto al cual otro declara en forma objetiva”.

b) Requisitos de adveración:

b.1) *Contropatio scripturae* (75) con otros escritos del testador, exigida también en LV 2,5,15 de Chindasvinto (76).

LV 2,5,16 para la adveración del testamento exige que el juez o el obispo tomen otros tres escritos que hubieran sido redactados de puño y letra del testador y tras haberse comprobado la semejanza de la letra del testamento, sea confirmado el testamento. Además, exige que una vez que esto hubiera quedado acreditado, el obispo, el juez u otros testigos deben confirmar el escrito que contiene el testamento otra vez, y de esta forma se conferirá validez al mismo.

PÉREZ DE BENAVIDES (77), analizando el testamento en la legislación visigoda, manifiesta que este requisito existió ya en el Breviario de Alarico 4,2, en el que se alude a *probata*, pero la *interpretatio* ha sustituido el término por *prolata*, pero se exigen en el *Liber* nuevas garantías: el obispo, el juez u otros testigos *idonei* deben confirmarla con su firma.

b.2) *Presentación en el plazo legal de seis meses*, que es exigido con carácter general por Chindasvinto en LV 2,5,14, en la que dispone que el testamento que es otorgado por escrito ha de ser manifestado ante el obispo en un plazo no superior a seis meses. Para el supuesto de ocultación de la voluntad escrita, se conmina a los culpables con la indemnización a los perjudicados de cuanto les dejara el muerto en ella –*et si quis eandem qualibet fraude subpresserit, tantum illis, in quibus testatus est, de*

(75) TORRES LÓPEZ, M.: *Lecciones de Historia del Derecho Español*, v. II, Salamanca, 1936, 129: “La *contropatio manuum o scripturam*, tiene su origen en las *scripturam collatio, manus collatio o litterarum comparatio* del Bajo Imperio. Consistía en una comprobación de legitimidad del documento por cotejo de escrituras, en el caso que nos ocupa se hacía con tres”.

(76) LV 2,5,15 (Recc. Ery) XIII. *Flavius Chindasvindus rex. De contropatione manuum, si scriptura vertatur in dubium*. “Omnes scripture, quarum et auctor et testis defunctus est, in quibus tamen suscriptio vel signum conditoris adque testium firmitas repperitur, dum in audientia prolata constiterint, ex aliis cartarum signis vel suscriptionibus contropentur, sufficiatque ad firmitatem vel veritatis huius indaginem agnoscendam trium aut quattuor scripturarum similis et evidens prolata suscriptio. Quod si talibus scripturis legum tempora obviaverint, pro certo decernitur, quia valere non poterunt.”. Esta Ley se aplicó en nuestro Derecho patrio al ser recogida en FJ 2,5,14: *De los escriptos que son dubdosos, cuemo deven seer provados por otros escriptos dessa misma mano*. “Todos los escriptos é los pleytos que son fechos, é aquel que lo fizo fazer, é las testimonias son muertas, si parece su sennal dellos en el escripto, deve omne acatar las otras sennales, é los otros escriptos que ellos fizieron, é confirmar aquel escripto con los otros escriptos. E deven abondar tres escriptos, ó quatro que sean semeiables daquel, por provar á aquel; fueras ende si los tiempos en que fuéron fechas las leyes, dizen que aquellos escriptos non deven valer”. La *contropatio scripturae* se regula con más detalle en LV 2,5,17 de *Recesvinto* titulada *De contropatione scripturarum et earum pena solvenda*, que sin modificaciones sustanciales se encuentra incluida en FJ 2,5,16 titulada: *De los escriptos que se semeian*.

(77) PÉREZ DE BENAVIDES, M.: *El testamento visigótico*, cit., 91, 92 y nota 98.

proprio cogatur exolvere, quantum eiusdem scripture serie conquirere poterant vel habere.

La LV 2,5,16 de Recesvinto pasa a nuestro Derecho patrio en *Fuero Juzgo* (78) 2,5,15 titulada *De los escriptos dubdosos* (79) con modificaciones referentes al título y a la numeración, pero sin modificaciones esenciales en lo referente a su contenido.

FJ. 2,5,15. *De los escriptos dubdosos*: “Porque los omnes an coyta á las vezes, é non pueden complir las leyes: por ende en los logares u omne non puede fallar tantos testigos cuemo manda la ley, cada uno omne deve escrevir su manda con su mano, é diga special mientras que manda fazer de sus cosas, ó á quien las manda, é notar y el dia y el anno en que faze la manda, é depues que tod esto oviere escripto, escriva en fondon de la carta que lo confirma con su mano. E depues que los herederos é sus fijos ovieren esta manda, fasta XXX annos muestrenla al obispo de la tierra ó al iuez fasta VI meses, y el obispo ó el iuez tomen otros tales tres escriptos, que fuesen fechos por su mano daquael que fizo la manda: é por aquellos escriptos, si semeiare la letra de la manda, sea confirmada la manda. E pues que tod esto fuere connoscido, el obispo, ó el iuez, ó otras testimonias confirmen el escripto de la manda otra vez, y en esta manera vala la manda”.

La recepción del Derecho romano canónico en nuestro Derecho patrio, tal como se produce con las Partidas de Alfonso X El Sabio (80), tiene como consecuencia que ni en este texto legislativo ni en el Ordenamiento de Alcalá, Ley única del Título 19 (81), Leyes de Toro en su

(78) Sobre el *Fuero Juzgo*, creación, ámbito de aplicación, vigencia, versiones, *vid. Los Códigos españoles anotados y concordados*, t. I, Madrid, 1847, 38 ss. El texto del *Fuero Juzgo* utilizado es el contenido en la obra *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices* por la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Madrid, 1815.

(79) En el Códice de la iglesia de Toledo (Toled.) el epígrafe de esta Ley dice: *De los escritos que se semejan, é son las mandas que se escriben los omes por sus manos*. En el Códice del Marqués de Malpica (Malp.) 2 y en el Códice del Escorial 1 (Esc.) *De los escriptos ó grafios (esc. I. otrasios), é son las mandas que te escriben los omnes cuyas son por sus manos*. En la versión latina el epígrafe de esta ley dice: *De holographis scripturis*.

(80) P. 6,1,7 recoge una forma ológrafa para el supuesto concreto *del testamento que el padre faze entre sus hijos, manguer non sea acabadamente*. En él se requiere que esté escrita y firmada por el testador y representa una excepción al régimen de formalidades externas de los testamentos escritos privados regulados en P. 6,1,2 y P. 6,1,3. El precedente de P. 6,1,7 se encuentra en el *testamentum parentum inter liberos* del Derecho romano.

(81) *Vid. Ordenamiento de Alcalá*, tít. XIX, Ley única titulada: “*Quantos testigos son mester en el testamento et que valen las mandas, aunque non sea establescido heredero en el testamento: ò si lo fuere è non y viniere la herencia*”. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I./MANUEL Y

Ley 3 (82), la Novísima Recopilación 10,18,8 (83) se regule el testamento ológrafo con carácter general y como forma común de testar.

2.2. Codificación.

En España el movimiento codificador arranca de 1812. La tarea se inicia con la elaboración de sucesivos proyectos, entre los que se puede citar el de 1821 (84) y el de 1836, iniciado por Cambroner y finalizado por Ayuso, Tapia y Vizmanos (85). En la normativa que nos facilitan ambos proyectos ningún artículo se encuentra que regule de forma específica el testamento ológrafo (86).

RODRÍGUEZ, M. de: *El ordenamiento de las leyes que D. Alfonso XI hizo en las cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos cuarenta y ocho*, Madrid, 1774.

(82) La Ley 3 de las de Toro deroga la forma de testamento llamado *inter liberos* por el silencio que de la misma hacía. En este sentido, LLAMAS Y MOLINA, S.: *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro, ilustradas con notas y adiciones histórico-crítico-doctrinales por José Vicente y Caravantes*, 3.ª ed., t. I, Madrid, 1853, 119: "Gregorio López en la ley 7, tít.1, Partida 6, glosa 2; Antonio Gómez en el mismo número 59 y siguientes del comentario a esta ley, y Matienzo en la Ley 2, tít. 4, libr. 5 de la Recopilación (1, tít. 18, lib. 10, Novísima) glosa 1, número 4 y siguientes, escitan esta duda y resuelven contestes que el testamento que el padre haga entre sus hijos, sin observar la solemnidad de los testigos en la forma dispuesta por la presente ley, será nulo y de ningún efecto"; DOMINGO DE MORATÓ, D. R.: *El Derecho Civil de España con las correspondencias del romano, tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las instituciones y del digesto romano español de Juan Sala*, t. I, Valladolid, 1877, en cuyas páginas 46 y 47 indica que había sido derogado el testamento del padre *inter filios* (L.2.cit.); CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. 6.º, *Derecho de sucesiones*, vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, 69.

(83) *Novísima recopilación*, 10,18,8, en la que se recoge como forma privilegiada en razón de las personas que podían utilizar esta forma de testar la validez del testamento realizado por el militar escrito y firmado de su puño y letra, cualquiera que sea el papel en que se realice y sin necesidad de testigos.

(84) LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española. 4 Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I y II. Madrid, 1979. El esquema del proyecto de 1821 comprende, un título preliminar "De las Leyes", una primera parte "De los derechos y obligaciones individuales" y otra segunda parte "De la administración general del estado para hacer efectivos los derechos y obligaciones". Únicamente fueron impresos y publicados 476 artículos correspondientes al título preliminar y no toda la primera parte, al carecer del libro tercero.

(85) LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española. 4.*, cit. El Proyecto de 1836 consta de un título preliminar y cuatro libros con 2.458 artículos. El Libro IV regula las sucesiones hereditarias. El título II se ocupa de las sucesiones testamentarias, ocupándose el capítulo III del Testamento (arts. 2238 a 2276), contemplando el testamento abierto, cerrado, común y privilegiado, sin que se incluya regulación alguna referente al testamento ológrafo.

(86) LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española. 4. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I y II. Madrid, 1979. Los preceptos que se van a citar en los textos articulados de los Proyectos han sido extraídos de esta obra. Para el Proyecto de 1851 he utilizado también la obra de GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, t. I-II, Ed. facsimilar, Barcelona, 1973. Respecto al Anteproyecto de Código Civil Español (1882-1889), he manejado la obra de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

El Proyecto de Código Civil de 1851 de GARCÍA GOYENA se ocupa en el Libro III “*De los modos de adquirir la propiedad*”. El título I trata “*De las herencias*”. El capítulo II se titula “*De las herencias por testamento*” y está subdividido en cuatro secciones. La sección 1.^a se ocupa de la *naturaleza y especies del testamento*, dentro de la cual se ubica el artículo 563, en el que se indica: “*El testamento es común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado*”.

La sección 2.^a regula *las solemnidades del testamento común*; la sección 3.^a, *las solemnidades de los testamentos especiales*; la sección 4.^a, *Quiénes pueden ser testigos en los testamentos*.

El primer artículo con que se inicia la sección segunda es el artículo 564, referido al testamento ológrafo, que se expresa en los siguientes términos:

Artículo 564: “*El testamento ológrafo, para ser válido deberá hacerse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del lugar, año, mes y día en que se otorgue*” (87).

(87) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., p. 18, reseña como concordancias en el Derecho extranjero: “*artículo 970 del Código Civil francés, cuya palabra daté (fechado) envuelve todo el final de nuestro artículo; 895 Napolitano, 1579 de la Luisiana, 648 de Vaud y 979 Holandés, que exige además que el testamento sea presentado y depositado en poder de un Escribano con asistencia de dos testigos*”. En el Derecho histórico destaca como concordancias la ley 15, título 5, libro 2, del Fuero Juzgo, así como la ley recopilada 1, título 23, libro 10, en la que ordena asimismo la expresión del día, mes y año, y la 54, título 18, Partida 3, añade la del lugar; pero ambas hablan en general de todo instrumento público. Discrepo de la opinión recogida por GARCÍA GOYENA en el apéndice 4 de su obra cuando afirma que el Derecho romano no reconocía el testamento ológrafo, sino cuando se testaba por el Derecho o privilegio militar, y el del padre entre hijos. Novela 107, capítulo 1, y Ley 40, título 1, libro 29, del Digesto, puesto que a lo largo de esta exposición queda demostrado que el Derecho romano tras la Novela de Valentiniano III, 21,2 conocía, además de las formas mencionadas por GARCÍA GOYENA, el testamento ológrafo con carácter general. Ciertamente que no fue incluido por Justiniano en su magna obra, pero ello no significa que el Derecho romano no reconocía el testamento ológrafo, pues en occidente mantuvo su vigencia y se transmitió a la praxis occidental a través de la *Lex Romana Burgundionum*, siendo incluida en la *Lex visigothorum* y posteriormente en nuestro Derecho patrio en el Fuero Juzgo en las leyes 12, 13 y 15 del título 5, libro 2. Sobre las concordancias de GARCÍA GOYENA y su valor para la interpretación del Código Civil, así como la vida y obra del mismo, vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil”, RCDI, 501, 1974, 289 ss.; RUIZ VADILLO, E.: “El testamento ológrafo”, RDP, t. 56, Madrid, 1972, 618 ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, cit., 71 ss.; O’CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*, t. V, *Derecho de sucesiones*, 3.^a ed., Madrid, 1990, 151; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, v. II, 1.^a parte, Bilbao, 1991, 311 ss.

GARCÍA GOYENA (88) destaca que es innegable que el testamento ológrafo facilita sobremanera el ejercicio del precioso derecho de testar y debe darse entrada en el nuevo Código con las precauciones que parezca oportunas para su presentación y comprobación. La defensa de este testamento la efectúa poniendo de relieve los inconvenientes que presentan tanto el testamento cerrado como el abierto: las solemnidades del testamento cerrado son muchas y engorrosas; además no se puede ocultar que se ha testado, y esto sólo puede causar alarmas y disgustos; en el abierto, hay el inconveniente mayor de hacerse públicas las disposiciones: de aquí el retraimiento de testar, y lo que es mucho peor, el testar *in extremis* por sorpresa y sugerencias o intrigas codiciosas.

El capítulo III, titulado *De la apertura, publicación y protocolización de los testamentos*, se ocupa en la sección primera de los *testamentos ológrafo y cerrado* (arts. 592 y ss.), regulando la obligación de presentarlo al juez del último domicilio del testador, quien ha de cerciorarse de la muerte del testador antes de proceder a otro acto ulterior. Una vez comprobada la muerte del testador, lo leerá y procederá al examen de testigos que reconozcan el testamento y una vez comprobada la veracidad de la letra, el juez lo rubricará al principio y fin de cada una de sus páginas y lo mandará entregar con todas las diligencias al escribano actuario para que obre en sus protocolos y se den copias a quien corresponda (89).

En el Proyecto de Código Civil de 1851 se exigen para la plena validez del testamento ológrafo unos determinados requisitos formales que afectan al acto del otorgamiento y otros que se refieren a la adverbación, al igual que se exigía en el Derecho romano, en la *Lex Visigothorum* y en el Fuero Juzgo, si bien con algunas diferencias. En este momento me referiré con detalle a los primeros, dada la extensión de la materia.

Como requisitos que establece el proyecto de Código Civil de rigurosa observancia en el acto del otorgamiento para la existencia y validez del testamento ológrafo, se destacan los siguientes:

(88) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., 321. LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española*, cit., 604, señala que en el Senado, cuando tuvo que debatir el Anteproyecto de 1882-1888, BOSCH alabó la admisión del testamento ológrafo. Censuraron la introducción del testamento ológrafo: COMAS, LUIS SILVELA, TRIVES. COMAS abundó en las suspicacias levantadas por la introducción del testamento ológrafo, y refiere la anécdota del buhonero que vendía plumas en la plaza de Santa Cruz y falsificaba firmas a presencia del interesado que no sabía distinguir después la auténtica. En la prensa de nuestros días aparece el caso del multimillonario americano *Hovar Huges*, en el que se han presentado una docena de testamentos ológrafos a favor de diversas personas y entidades, por lo que el juez, abrumado, dijo a la prensa que al que presente otro testamento le mete a la cárcel. Sobre las ventajas e inconvenientes del testamento ológrafo, *vid.* ESPAÑA, R.: *Tra-tado práctico de testamento ológrafo*, Madrid, 1885, 16 ss.

(89) *Vid.* GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., 47 ss.

1. La autografía completa por el testador. El testamento ológrafo debía estar escrito todo y firmado por el testador. GARCÍA GOYENA (90) explica respecto a este requisito que *en el testamento cerrado se exige únicamente la firma, porque las solemnidades del acto de la entrega hacen imposible toda falsedad, y la falta de esta garantía en el ológrafo se suple en lo posible con la necesidad de haber de estar enteramente escrito por el testador. La firma es el alma de todo instrumento; sin ella el testamento ológrafo no pasaría de ser un proyecto de testamento.*

Se requería que el testamento fuera escrito y firmado por el testador en su totalidad, lo que tenía como consecuencia, como resaltaba GARCÍA GOYENA (91), que una sola palabra escrita de mano extraña lo anule según el citado artículo 588; pero si la palabra se encuentra interlineada, se tendrá por no escrita y subsistirá el testamento, pues de otro modo nada sería más fácil que anularlo. Lo mismo debe decirse de lo testado o rayado (no siendo en parte sustancial como la fecha o firma), que no valdrá, sin perjudicar en lo demás a la validez del testamento.

2. Obligatoriedad de expresar en el testamento el *lugar, año, mes y día* en que se otorgue.

En los precedentes históricos de esta institución se exigía únicamente la expresión de la fecha, pero no se mencionaba la necesidad de indicar el lugar en que se otorga (92). Se trata de una novedad la inclusión del lugar respecto a los precedentes históricos, que no perduró ni en el Anteproyecto de Código Civil (1882-1888) ni en la redacción definitiva del Código Civil, aunque sí pasó a la Compilación catalana (93).

En relación con la forma y lugar en que puede expresarse la fecha, el precepto no establece ningún requisito añadido, dejando a la voluntad del testador la expresión de la misma en letras o en números. Respecto al lugar de colocación de la fecha, tampoco especifica requisito alguno, lo normal es que la fecha se sitúe antes de la firma, pero lo contrario no sería por sí solo causa de nulidad (94).

(90) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., 19.

(91) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., 19.

(92) *Vid.* precedentes históricos en Novela Justiniano 107 para el testamento *parentum inter liberos* y LV 2,5,16; y en general para la validez de todos los documentos escritos LV 2,5,1 y 2,5,2 y posteriormente Fuero Juzgo 2,5,1; 2,5,2 y 2,5,15. El requisito de expresar el lugar se menciona en P 3,18,54, aplicable a toda clase de instrumento público.

(93) Artículo 120 del Codi de Successions per causa de mort a Catalunya: *vid.* RICART MARTÍ, E.: *Apuntes sobre el testamento ológrafo*, cit., 208 ss.

(94) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., 19.

3. La necesidad de otorgarse el testamento en una materia determinada, cual era el *papel*. Este requisito determinaba la exclusión de las manifestaciones de última voluntad realizadas por el causante de su puño y letra en cualquier otra materia: pergamino, madera, etc., así como el principio de libertad del testador para elegir la materia sobre la que plasmar su última voluntad, que ya se había declarado en el Derecho romano (95). Pero además el Proyecto de 1851 supeditaba la voluntad del testador al cumplimiento de otra formalidad, cual era que el papel en el que escribiese de su puño y letra su última voluntad obligatoriamente tenía que ser *del sello correspondiente al año de su otorgamiento*, lo que impedía conferir validez al testamento escrito sobre un papel común o carta, con la excepción prevista para el supuesto del testamento ológrafo otorgado por un español en país extranjero, regulada en el artículo 585 (96). GARCÍA GOYENA (97) justificaba este requisito del sello correspondiente indicando: “*Es una nueva precaución para asegurar por lo menos la certeza en la fecha del año, y en vano se omitirá aquí este requisito si la ley o las leyes sobre el uso del papel sellado lo exigen. Pero de todos modos, exigiéndose aquí la falta de papel sellado hará nulo el testamento por lo dispuesto en el artículo 588, salva la excepción del artículo 585*”.

Recibido el Proyecto en el Ministerio de Gracia y Justicia, ante las reiteradas reclamaciones dirigidas a la Comisión, se resolvió por Real Orden de 12 de junio de 1851 demorar la publicación a fin de someterlo a información pública, sin que el texto llegara a ver la luz.

El Decreto de 7 de enero de 1885 autorizó al Ministro de Gracia y Justicia para presentar en las Cortes un proyecto de Ley de Bases para la redacción del Código Civil, encargo que llevó a cabo el titular de la cartera, Francisco Silvela, con el proyecto de igual fecha publicado en el *Diario de Sesiones* del Senado correspondiente al día 12 siguiente, apéndice al número 54. En la Base XIV y referente al testamento ológrafo, dispone (98): “*El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios ca-*

(95) Gai. 2,104; D. 37,11,1,pr.; D. 37,11,4; C. 6,23,15, I. 2,10,12.

(96) Artículo 585: *Los testamentos otorgados en país extranjero con las solemnidades usadas en el mismo son válidos. El español podrá además otorgar testamento ológrafo con arreglo al artículo 564, sin el requisito del papel sellado. Vid. GARCÍA GOYENA, F.: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., 39. A favor de la supresión del requisito del papel sellado Fabié, tal como destaca LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española*, cit., 573.

(97) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., 18.

(98) LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española*, cit., 427. En la página 524 relata: “La discusión de la Ley de Bases de 1885 quedó interrumpida, por urgencias de la Ley de presupuestos *-primum vivere-* y fin de la legislatura señalado para el 11 de julio de 1885. (...) Con el gobierno liberal, vino de nuevo a Gracia y Justicia Alonso Martínez, el 27 de no-

pitales a los acuerdos que la Comisión General de Codificación, reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882, y con arreglo a ello se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de ológrafo, abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero (...)".

El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888) (99), dentro del libro III, titulado *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, en el título 3.º se ocupa *De las sucesiones*, dedicando el capítulo 1.º a la *sucesión testamentaria*. La sección 1.ª de este capítulo trata de *los testamentos en general*, la sección 2.ª se ocupa de *la forma de los testamentos*. En esta sección, el apartado 1.º, titulado de *las disposiciones generales*, sitúa el testamento ológrafo dentro de los testamentos comunes y describe su definición en los artículos 672 y 673, que se expresan en los siguientes términos:

Artículo 672: "*El testamento es común o especial.*

El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado (100).

Se consideran especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero."

Artículo 673: "*Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 684.*"

El párrafo 2.º de la mencionada sección regula todo lo referente a los requisitos que se exigen para la existencia, validez y eficacia del testamento ológrafo, tanto los que han de cumplirse en el momento del otorgamiento como los posteriores que han de contemplarse para su averación y protocolización en los artículos 684 a 690, agrupándose todos en una misma sección, a diferencia del Proyecto de Código Civil de 1851.

viembre de 1885 y con bastante lentitud nombró la Cámara nueva Comisión que emitió dictamen el 14 de junio de 1887. La Base XIV fue aprobada sin debate tal como nos destaca el autor en la página 537. En la página 540 pone de manifiesto el autor que el Congreso aprobó sin discusión el dictamen de la Comisión mixta, el 1 de mayo de 1888 y también el senado, el día 4 del mismo mes de mayo. El 11 de mayo de 1888 fue sancionada la Ley de Bases para la publicación del Código Civil por la reina regente D.ª M.ª Cristina, en nombre de su hijo Alfonso XIII y refrendada por el Ministro Alonso Martínez, según aparece publicada en *Gaceta* del día 22, sin exposición de motivos, en cuya base 15 mandaba añadir el ológrafo a las clases de testamentos admitidos por la legislación anterior".

(99) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

(100) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, cit., 195. Como concordancia, cita el artículo 563 del proyecto de GARCÍA GOYENA.

Artículo 684: “*El testamento ológrafo, para ser válido, deberá hacerse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.*”

Si contiene palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador antes de poner su firma” (101).

Artículo 685: “*El sordomudo, el extranjero a que se refiere el artículo 679 y cualquiera otro que no pueda hablar, ni ser entendido de viva voz, podrá hacer testamento ológrafo si sabe escribir” (102).*

Artículo 686: “*No tendrá valor ni eficacia el testamento ológrafo si no se protocoliza, presentándolo con éste objeto al Juez de Primera instancia del último domicilio del testador, o del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de un año, contado desde el día de fallecimiento” (103).*

Los artículos 686 a 690 disciplinan todos los requisitos necesarios para la adverbación y protocolización del testamento ológrafo, entre los que se encuentra el órgano competente para ello: juez de primera instancia del último domicilio del testador o del lugar en que éste hubiera fallecido. Plazo de presentación: un año, a contar desde el día del fallecimiento (art. 686); obligatoriedad que impone a toda persona en cuyo poder se encuentre depositado dicho testamento de presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, en el plazo de diez días siguientes (art. 687). Sujetos legitimados para instar la protocolización (art. 687). Necesidad de comprobar, previo a cualquier otra actuación, el fallecimiento del testador, así como la autenticidad de la autografía por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador y puedan declarar que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano del propio testador o a falta de testigos idóneos o en caso de duda acudiendo al cotejo de letras (art. 688). Obligación de citar al cónyuge sobreviviente y los descendientes legítimos del testador, y en defecto de unos y otros, los hermanos (art. 689). Una vez que el juez estime justificada la identidad del testamento, acordará su protocolización en los registros del notario a quien corresponda, por el cual se darán a los inte-

(101) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, cit., 198, destaca como concordancias el 564 Proyecto adicionado y 775 Cod. Ital.

(102) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, cit., 198, sitúa como concordancias el artículo 786 Cod. Ital.

(103) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, cit., 199 ss.

resados las copias o testimonios que proceda. En otro caso, denegará la protocolización (art. 690.1). El artículo 690.2 establece que cualquiera que sea la resolución del juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

Puede afirmarse que los artículos del Anteproyecto de Código Civil, en lo referente a los requisitos que afectan al momento de otorgamiento, son prácticamente similares a los del Proyecto de GARCÍA GOYENA, salvo en lo referente a la expresión del lugar del otorgamiento, que aquí se suprime, y la inclusión de un segundo párrafo en el artículo 684, en el que se recogía la opinión de GARCÍA GOYENA en el supuesto de que el testamento contuviera palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, en cuyo caso el testador debía salvarlas antes de poner su firma.

Tras los trámites y discusiones correspondientes en el Congreso y en el Senado, la reina regente María Cristina en nombre de su hijo, el rey don Alfonso XIII, decretó en San Ildefonso el 24 de julio de 1889 (RD 24-07-1889) la publicación e inserción en la *Gaceta de Madrid* del texto de la nueva edición del Código Civil, hecha con las adiciones y enmiendas propuestas por la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos colegisladores. La publicación se realizó en la *Gaceta* números 206 a 208, de 25, 26 y 27 de julio de 1889 (104).

En el Código Civil vigente, y respecto de su antecesor, no existe modificación en cuanto a la ubicación del testamento ológrafo dentro del Libro III, titulado *De los modos de adquirir la propiedad*, título III, *De las sucesiones*, dedicándose el capítulo 1.º *A los Testamentos* y dentro de ellos, la sección 4.ª se ocupa del *Testamento ológrafo*, si bien la consideración del mismo como testamento común (105) y su definición se encuentran

(104) LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española*, cit., 626.

(105) VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t. V, Valladolid, 1926; MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil*, t. V, 7.ª ed., Madrid, 1972, 611, señala como precedentes en nuestro Derecho el proyecto de Código de 1851 en su artículo 563, y el de 1882 en el 672. En el Derecho comparado concuerda con el 969 del Código de Francia, 601 de Italia, 969 de Bélgica, el 752 de Uruguay, el 1910 del de Portugal de 1867 y 1204 y siguientes de 1966, el 1008 del de Chile, el 3622 del de la República Argentina, el 879 de Veracruz, el 1499 y 1500 del de Méjico, el 3481 del de la Baja California, el 837 del de Venezuela, el 1629 del de Brasil y el 708 del de Panamá; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 151, señala como precedente legislativo inmediato en el Derecho comparado el artículo 969 del Código Civil francés, siendo esta trayectoria seguida por los códigos que recogen a esta figura ológrafa. Así se introdujo en el Código Civil italiano de 1865, artículo 774, Código Civil italiano de 1942: artículo 601; Código Civil alemán, parágrafo 2231; Código Civil suizo, artículo 498. En el Derecho español de la codificación señala como precedentes el artículo 563 del Proyecto de Código Civil de 1851 y el anteproyecto: artículo 672. La autora explica con detalle la impor-

dentro de la sección 3.^a, titulada *De las formas de los testamentos*, artículos 676 (106) y 678, que son sustancialmente idénticos a los que figuraban en el Anteproyecto.

El artículo 678, donde se recoge la definición del testamento ológrafo, establece: “*Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688*”.

Artículo 688 (107): “*El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.*”

tancia de esta clasificación de testamentos comunes-testamentos especiales, así como las características que ofrece dicha forma de testar en relación con las otras formas comunes.

(106) Artículo 676: “*El testamento puede ser común y especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado*”. El artículo 677: “*Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero*”. MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil*, t. V, 7.^a ed., Madrid, 1972, 608 ss., “*Determinan estos artículos las diferentes clases de testamentos reconocidos por el Código, de acuerdo con lo establecido en la base 15 de la ley de 11 de mayo de 1888. Según ellos, la primera clasificación establecida se refiere a las solemnidades observadas en su otorgamiento, entendiéndose por testamento común aquel en que se cumplen todos los requisitos o solemnidades exigidos por la ley, por regla general y para las circunstancias ordinarias y normales de la vida; y por testamentos especiales, aquellos en que, por excepción, se prescinde de alguno o algunos de dichos requisitos, en consideración a la especialidad también de las condiciones en que puede encontrarse el testador. Censúrase por algunos la subsistencia de los testamentos especiales, por considerarles hijos de irritantes privilegios, opuestos por completo a los principios de igualdad en que hoy se inspira la testamentifacción*”; TORRES GARCÍA, T. F.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. IX, vol. 1. Artículos 657 a 693, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Madrid, 1990, 384: “*Que es forma común, y esto no sólo por expresarlo el artículo 676 del Código Civil, sino también del sentido de que sólo hay una forma ológrafa de documentación del testamento, a diferencia de lo que sucede con las otras formas comunes de testar, en las que las razones que justifican el formalismo testamentario se cumplen de diversas maneras, en el testamento abierto, además de los presupuestos del artículo 694 del Código Civil, el artículo 697 se refiere al testamento abierto del enteramente sordo, el artículo 698 al del ciego —en cambio, en ésta, sólo si es escrito todo él por la mano del testador—. Igualmente no se puede hablar de testamento militar o marítimo ordinario y extraordinario ológrafo, como sucede con la forma abierta o cerrada, artículos 716, 717, 720 y 722 del Código Civil, sino que, por el contrario, al no suponer el otorgamiento del testamento ológrafo ninguna especialidad ni por la persona que lo otorga ni por la relajación de los requisitos exigidos para su eficacia, solamente hay testamento ológrafo cuando el escrito que contiene la declaración de voluntad mortis causa ha sido escrito todo él, firmado y fechado de la mano del testador*”.

(107) Respecto a las concordancias y precedentes: *vid.* SCAEVOLA, Q. Mucius: *Código Civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Miguel Moreno Mocholi*, t. 12. *De las sucesiones en general. De los testamentos. Artículos 657 a 739*. 2.^a ed., Madrid, 1950: Concordancias.—Análogo al artículo 564 del proyecto de Código de 1851, igual en los párrafos 2.^o y 3.^o al 684 y análogo en su último párrafo al 685 del de 1882. Concuerda con el artículo 970 de los Códigos de Francia y Bélgica, 979 del de Holanda y 1026 del de Chile. El de Méjico lo regula en sus artículos 1550 al 1564, conteniendo la novedad de que es esencial su redacción por duplicado y que el original ha de depositarse en la sección correspondiente del registro público, de donde el testador podrá retirarlo cuando lo deseara. Fallecido éste, habrá de practicarse la adveración por el Juez, mediante confrontación del duplicado con el original depo-

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones las salvará el testador bajo su firma”.

Al igual que los precedentes examinados en el Derecho romano, en la LV y en el Fuero Juzgo, las características esenciales del testamento ológrafo son la autografía total, la no intervención de otra persona diferente del testador (notario o testigos), el testador en cualquier momento, puede anular, modificar, enmendar por sí y ante sí sin necesidad de otra persona y el carácter secreto no sólo de la voluntad testamentaria, sino incluso del propio hecho del otorgamiento (108).

Tal como se encuentra regulado en nuestro Código Civil español, podemos decir que al igual que en los precedentes históricos y legislativos, para la existencia, validez y eficacia del testamento ológrafo se exigen una serie de requisitos que han de reunirse en el momento del otorgamiento y otros que afectan a su adveración y necesaria protocolización.

Los requisitos que se han de observar en el momento del otorgamiento afectan a:

1. *Testamentifacio* del testador. Se introduce un párrafo nuevo, inexistente en la primera edición del Código, en el artículo 688 que restringe la capacidad para otorgar testamento ológrafo, permitiéndose el otorgamiento únicamente a las personas mayores de edad (109), constituyendo

*sitado. El novísimo Código de Italia trata del testamento ológrafo en sus artículos 602 y 608, y el de Suiza, en el 504 y 505. El de la república Argentina lo regula en varios (3639 a 3650), dándole un gran detalle en su ordenamiento. Como precedentes legales señala Fuero Juzgo, libro segundo, título V, Ley 15 y Partida 6, tít. I, Ley 7. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, cit., 68 ss., destaca con acierto como precedentes en el Derecho romano la Nov. Val. 21,2,1 y el *testamentum parentum inter liberos*: C. 6,23,21 y Nov. 107,1, que penetró por conducto de las Partidas (Ley 7.^a, título I, Partida 6.^a) en el Derecho español y fue derogada por la Ley 3 de Toro. Igualmente indica que en nuestra patria se registra como principal precedente el Fuero Juzgo 2,5,15. TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 77 ss., donde además de las fuentes en el Derecho romano y en el Derecho histórico sitúa al Código francés como precedente inmediato y efectúa referencia a los antecedentes en el Derecho francés: *Droit coutumier*; *costumbre de París 1580*; *Ordenanza de 1735*, y de la misma autora *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., 385.*

(108) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, cit., 67 ss.; O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*, cit., 151.

(109) SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil*, cit., 379. RUIZ VADILLO, E.: “El testamento ológrafo”, cit., 627 ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, cit., 72 ss.; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 175 ss. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. IX, vol. 1, cit., 389: “Esta exigencia de mayoría de edad ha sido configurada jurídicamente como una incapacidad legal en cuanto que su razón de ser se encuentra no en que el causante carezca de aptitud

una excepción a la regla de la capacidad de obrar que para la realización de negocios intervivos establece el artículo 322 del Código Civil y la que con carácter general establece en relación con la testamentifacio el artículo 622 (110).

En la exposición de motivos que precede a la segunda edición (111), se dice por sus autores que con la mira de asegurar la autenticidad de las disposiciones testamentarias y de alejar el peligro de las falsedades, se ha restringido la facultad de hacer testamento ológrafo, concediéndolo tan sólo a los mayores de edad, aunque basta la de catorce años para testar en otra forma (112).

para entender y querer, sino porque no tiene uno de los presupuestos exigidos por una norma de carácter imperativo como es ésta del artículo 688, párrafo 1.º, del Código Civil. Además, acompaña al testador cualquiera que sea el lugar donde se otorgue este testamento, ya sea a bordo de un buque de guerra o mercante español (art. 732, párr. 1.º y 2.º del CC), ya que las normas que reglamentan la capacidad testamentaria siguen al español fuera de España. Se traía de una incapacidad relativa en cuanto que sólo afecta a la capacidad del que quiere otorgar testamento ológrafo frente a la incapacidad del menor de catorce años, que es absoluta; es una incapacidad susceptible de cesación, pues sólo está incurso en ella el que habiendo cumplido los catorce años y estando en su cabal juicio no es mayor de edad, desapareciendo la misma en el momento en que alcanza ésta”.

(110) Artículo 322: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”, este precepto desarrolla el contenido genérico del artículo 315: “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo del día del nacimiento”; artículo 662: “Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. Sobre si los menores de edad emancipados pueden otorgar testamento ológrafo, igualmente vid. TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 194 ss. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. IX, vol. 1 A, cit., 393 ss.; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Derecho de sucesiones*, cit., 312; O’CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*. T. V. *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1999.

(111) *Colección legislativa de España*, t. 143, 560 ss., donde se recoge la exposición de motivos.

(112) ESPAÑA, R.: *Tratado práctico*, cit., 112 ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil español*, t. VI, vol. 2, 2.ª ed., Madrid, 1910, 364: *A los catorce años existe mayor dificultad para garantizar la autenticidad de la letra en el testador*; SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil*, cit., 379 ss., en la que pone de relieve: “No fueron, sin duda alguna ajenos a esta muy importante y laudable modificación los meritorios esfuerzos de los oradores que en el Congreso de los Diputados y en el Senado hicieron objeto preferente de sus críticas y la redacción deficiente del primitivo artículo 688, sobre todo de los Senadores, señores Silvela y Comas. Los argumentos de éste, de modo principal, debieron decidir la reforma al evidenciar que los niños de catorce, quince, dieciséis y hasta diecisiete años mal podría servir para sello de autenticidad a cualquier testamento, atendido sólo ese extremo, ni tampoco la de los estudiantes; no teniéndose, además, a la edad de catorce años, firma alguna en documento público con la cual pueda hacerse la confrontación de la que se estampase en el testamento ológrafo. Y si, tratándose de los estudiantes, se acudiera a las firmas que ponen en los libros de exámenes, después que han pasado por el duro trance de ser examinados, con todo el susto y desasosiego que es de suponer en tales casos, no habría ningún testamento ológrafo hecho por aquellos que se pareciese a su letra”. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, t. 6, v. 2, Madrid, 1973, 70, en la edad de la pubertad suelen no estar bien formados los rasgos de la escritura. OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, 135 ss., en cuanto “para otorgar el testamento ológrafo-

En consecuencia, la capacidad para otorgar testamento ológrafo quedó limitada a los mayores de edad, que en aquellos momentos estaba situada en los veintitrés años, habiendo sido rebajada después de la Ley de 13 de diciembre de 1943 a los veintiuno y en la actualidad, tras la reforma operada por RD Ley de 16 de noviembre de 1978 y el artículo 12 de la Constitución española, la misma se ha fijado en los dieciocho años (113). El sistema para el cómputo de la mayoría de edad es el denominado cómputo civil consagrado por el legislador en el artículo 5 del Código Civil, lo que conduce a computar los días inhábiles. El artículo 315.2 del mencionado cuerpo legal determina la necesidad de incluir completo el día de nacimiento para el cómputo de la mayoría de edad, situándose su precedente en el Derecho romano en un texto de Ulpiano, Comentarios a Sabino, Libro VI, recogido en D. 28,1,5 (114).

Como requisito consustancial al testamento ológrafo se encuentra que el testador sepa y pueda escribir, puesto que la última voluntad del testador ha de realizarse escrita por el propio testador, lo que no pueden cumplir aquellas personas que no saben o no pueden escribir (115).

2. *Autografía total por el testador.* Como afirma Mucius SCAEVOLA (116), es el elemento más esencial y característico de este testamento, lo que precisamente exige la etimología de la palabra ológrafo, que se com-

fo, la primera edición del Código no fijaba una edad especial, por lo cual regía también respecto a éste la regla general de capacidad para testar, establecida por el artículo 663, pudiendo otorgarlo los mayores de catorce años de uno y otro sexo... Pero la comisión revisora, teniendo en cuenta cuanto se alegó respecto a que en la niñez y en la edad juvenil el tipo de letra no está aún formado con carácter permanente y definitivo, introdujo en el artículo 688 un primer párrafo según el cual el «testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad», justificándose en la exposición de 30 de junio de 1889 esta norma especial de capacidad por la conveniencia de asegurar su autenticidad y de alejar el peligro de falsedades». TORRES GARCÍA, T. F.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. IX, v. I.A, cit., 390 ss.; O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*, cit., 152.

(113) TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 198, n. 146.

(114) D. 28.1.5. *Ulp.L.VI ad sabinum*: "A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complere? Propone aliquem kalendis ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiamsi pridie kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: iam enim complere videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur".

(115) Sobre las personas que no saben o sufren una imposibilidad física, *vid.* RUIZ VADILLO, E.: "El testamento ológrafo", cit., 627 ss.; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 217 ss. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 400 ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, cit., 72 ss.; O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*, t. V, cit., 151. LLEDÓ YAGÜE, F.: *Derecho de sucesiones*, cit., 313.

(116) SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil*, cit., 364 ss. y 380 ss.

pone de dos palabras griegas, *olos* y *graphos*, una de las cuales significa entero y la otra escribir; de modo que se trata de escribir por entero.

Para que sea válido este testamento, el mismo ha de *estar escrito todo él* por el testador, de tal forma que no será válido si lo escribe otra persona a su ruego, ni siquiera bajo su dictado, ni si utiliza un medio fonográfico o mecánico, como una máquina de escribir o un ordenador, aunque sea la mano del propio testador la que realizara el escrito (117). En este sentido ya tuvo la oportunidad de pronunciarse la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25, en sentencia de 27 de diciembre de 2003, Jur 2004/90213 (118).

La autografía del testamento ha de ser total, sin que se exija una escritura determinada, pudiendo el testador salvar las palabras enmendadas, tachadas o entre renglones. La doctrina española (119) y el Tribunal Supremo, entre otras, en STS de 24 de febrero y de 4 de noviembre de 1961 (Ar. 351 y 4436 del año 1961) (120), han interpretado reiteradamente este

(117) SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil*, cit., 380 ss.; RUIZ VADILLO, E.: "El testamento ológrafo", cit., 633 ss.; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 225 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 407; O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*, cit., 153; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Derecho de sucesiones*, cit., 315.

(118) SAP Madrid, sección 25, de 27 de diciembre de 2003, número 699/2003. Jur 2004/90213: FJ 2.º: "En cuanto al fondo (alegación segunda) de la motivación de parte de la naturaleza de la acción de petición de herencia, tendente a la recuperación de todo el acervo hereditario y como tal, universal que ejercita la actora y ante la que se oponen, en primer lugar, el testamento ológrafo que presentó la demandada (su doc. n.º 6 a los folios 71 y 72) con la cita de los artículos 678 y 688 del Código Civil. Este documento es utilizado con aquel valor testamentario como disposición de última voluntad de D. Lorenzo y en el que, entre otros extremos, se niega la condición de hija a D.ª Maite. Al constituir o, mejor dicho, atribuirse al citado documento todos los efectos de un testamento, en este caso ológrafo, y del que prácticamente deriva toda la oposición de D. Cornelio, basta su examen para concluir que faltan todos los requisitos para conferirle la consideración de testamento ológrafo ya que por definición y para que sea válido es necesario que esté íntegramente escrito y firmado por el testador con expresión del año, mes y día en que se otorgue, escritura que lo ha de ser del otorgante, de su puño y letra, manuscrito directamente, formalidad al igual que las restantes, de carácter esencial y que de faltar determina su nulidad. Ya se refirió el Juez a quo a este particular en el fundamento IV de derecho de la sentencia recurrida y apenas si cabe añadir nada más porque lo cierto es que el tan citado documento n.º 6 en modo alguno reúne aquellos requisitos. Se trata de una simple fotocopia de un texto mecanografiado y con una firma ilegible sin que sea preciso abundar en la discordancia del mismo con la previsión del artículo 688 CC".

(119) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., 19; SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil*, cit., 381; OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, cit., 139, 144 ss.; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 260 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 409 ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, cit., 72 ss.; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Derecho de sucesiones*, cit., 317 ss.

(120) STS, Sala 1.ª, de 24 de febrero y 4 de noviembre de 1961, en las que se indica que las palabras intercaladas y al margen del documento, no salvadas por la firma del testador, cuando no varíen ni alteren, no pueden destruir la eficacia del testamento si no afectan a la declaración de voluntad.

requisito en el sentido de que las tachaduras, enmiendas o añadidos no salvados bajo la firma sólo anularán el testamento si afecta a elementos esenciales del testamento; si no los afectan, simplemente son invalidadas las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones.

El artículo 688 concluye haciendo una advertencia en lo referente al idioma: "*Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma*" (121).

Comparto en esta materia la opinión de TORRES (122) de interpretar esta norma en sentido amplio, de tal forma que el testamento ológrafo puede ser escrito en cualquier idioma, lo que lleva a distinguir las siguientes proposiciones que destaca la autora: a) español que escribe su testamento en lengua nacional; b) el español que lo escribe en idioma diferente del suyo propio; c) el del extranjero que escribe su testamento en su propio idioma, en español, o en otro diferente del suyo nacional; todo lo cual es posible teniendo en cuenta la naturaleza de escrito privado de esta forma de testar, para cuya escritura no existe ninguna norma especial en cuanto al idioma en que debe ser redactado el testamento. La norma de este párrafo último va dirigida al extranjero que otorga testamento ológrafo en España, de acuerdo con las prescripciones que nuestro ordenamiento jurídico exige para esta forma de testar, la cual puede interpretarse en un doble sentido: con ella se trata de favorecer al extranjero que encontrándose en España quiere otorgar testamento y se le autoriza escribirlo en su propio idioma, pero también que, dado el carácter facultativo que tiene tal mención, tampoco se prohíbe al extranjero que otorgue testamento ológrafo en idioma español.

3. La autografía total afecta no sólo al contenido del escrito, sino también a la firma del testamento por el propio testador (123). La doctrina

(121) Este inciso no se contenía ni en el Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, ni en el artículo 684 del Anteproyecto del Código Civil. TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., en la página 266, nota 80, indica: "*sin embargo, el mismo sí que estaba en el Proyecto de Código Civil de 1882, en cuyo artículo 685 se indicaba igual precepto en favor de los extranjeros, del cual tuvo que ser tomada la mencionada indicación*".

(122) TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 266 ss., y en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 439.

(123) Sobre las funciones que cumple la firma, vid. FERNÁNDEZ ANADÓN: "Significado de la firma en el instrumento público o la firma suplida", *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 2.ª, Estudios de Derecho Notarial, vol. I, Madrid, 1962, 514. ROCA DE LAQUE, M. E.: "Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general.- Eficacia en los distintos tipos de testamentos. Comentario a la sentencia de 8 de abril de 1965", *RJC*, 1970, 301 ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho de sucesiones*, Parte general, t. I, Barcelona, 1971, 2.ª ed., 1976, cit., 414; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 314 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 416.

española (124) ha analizado este requisito llegando a la conclusión de que la firma simplemente manuscrita, la firma realizada por medios diferentes de los autógrafos como puede ser la estampilla, o firma mecanografiada o realizada por procedimientos mecánicos (125) son medios indirectos de firmar y no firma en el sentido exigido en el presente artículo. Tampoco se considera válido la huella digital y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de noviembre de 1973 (Ar. 4163/1973) (126).

TORRES (127) destaca que en nuestro Derecho positivo se conocen dos maneras de firmar los documentos. –Firma. A) Escribir el nombre del firmante al final, que puede realizarse con el nombre de la persona solamente, como aconteció en el testamento ológrafo cuya validez fue reconocida por la STS de 8 de junio de 1918, en el que la testadora firmó con el nombre de “Matilde”, acompañado de la rúbrica; media firma definida como la que consta sólo de los dos apellidos del firmante, bien de uno solo o de los dos y la firma entera; o B) Trazar un rasgo de su propia mano-rúbrica.

El Código Civil español omite lo referente al lugar en que ha de colocarse la firma dentro del testamento ológrafo (128). En este sentido la

(124) SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil*, cit., 389; BADENES GASSET, R.: “Comentarios a la sentencia de 30 de noviembre de 1945”, RJC, 1946, 120 ss. En la página 123 señala el autor: “Será indiferente que la firma, siendo de puño y letra del testador se escriba con tinta o con lápiz, pero no puede ser válido un testamento ológrafo sin que todo él esté suscrito por el testador, ya que, en definitiva la palabra ológrafo se compone de dos griegas, olos y graphos, una de las cuales significa entero y la otra escribir, y admitir un testamento ológrafo en el que alguna de sus partes estuviera escrito con ayuda de medios mecánicos y no simple y directamente por la mano del testador, sería tanto como afirmar que seguiría teniendo los caracteres de un triángulo aquella figura geométrica a la que le faltase uno de los tres lados o ángulos, máxime si se trata precisamente del requisito de la firma que tiene la doble finalidad de integrar la declaración de voluntad e identificar la persona del disponente”. TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 329 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 417 ss.

(125) La sentencia de 3 de abril de 1945 consideró como no válida aquella firma para la cual el testador se había valido para imprimirla por medios mecánicos, ya que, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 691 del Código Civil –equiparados el cuerpo del escrito y la firma–, tal cuerpo no puede ser de condición o naturaleza distinta de la firma, y ésta, por lo tanto no puede ser estampada por ningún medio mecánico. *Vid.* comentario sobre esta sentencia que realiza R. BADENES GASSET en RJC, 1946, cit., 120 ss.

(126) STS, Sala 1.ª, de 10 de noviembre de 1973 (Ar. 4163/1973): “Es evidente de una parte que la impresión de la huella dactilar no es la firma a que hace referencia el mencionado precepto y que por tal no cabe entender más que la autografía, esto es, la escritura de la mano de su propio autor y de otra parte, que el criterio de equivalencia entre la firma del testador y su manifestación de no saber o no poder firmar, que propugna el recurrente, no puede ser compartido, antes por el contrario, si el testador sabe y puede firmar, tiene necesariamente que autorizar el testamento con su firma”.

(127) TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 319 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 420; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, cit., 76 ss.

(128) Únicamente se indica el lugar para el testamento cerrado en el artículo 7096,2 y 3

mayoría de la doctrina se ha pronunciado por considerar que el lugar de la firma en el escrito testamentario es el final del mismo (129).

4. La fecha completa es para el Código Civil requisito esencial de este testamento, ya que por medio de la misma se determinará la capacidad del testador (art. 666) y la eficacia, puesto que permite determinar cuál es el testamento posterior, esencial a los efectos de revocar o ser revocados por otros testamentos de fecha distinta (130).

La fecha que ha de hacerse constar es la del momento del otorgamiento del testamento, teniendo en cuenta la dicción del Código Civil: “*con expresión del año, mes y día en que se otorgue*” (131). En la redacción vigente del Código Civil se suprimió la necesidad de indicar el “lugar”, que se había introducido en el Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 y que se mantiene en la compilación catalana, artículo 120, lo que permite concluir que no es un requisito *ad solemnitatem* para el Derecho civil común la constancia en el testamento del lugar del otorgamiento (132).

Con la forma en que se encuentra redactado el artículo 688, existe libertad en cuanto a la determinación de la fecha siempre que sea autógrafa, siendo indiferente que se exprese en números, arábigos o romanos, o en letras, pudiendo utilizarse en su expresión cualquier tipo de calendario utilizado, el gregoriano, árabe o judío, admitiéndose por la doctrina la fecha por equivalencias (referida a una festividad, conmemoración: día de navidad de 1999; fecha del cumpleaños del testador, etc.) y sin que haya de observarse en su expresión un determinado orden respecto a la colocación del día, mes y año (133).

del Código Civil; bien al final del escrito si lo escribe el testador, o al final del documento, si es otra persona a su ruego.

(129) SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, cit., 371; OSSORIO MORALES, J.: *Manual de la sucesión testada*, cit., 141; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 335 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 424 ss.

(130) RUIZ VADILLO, E.: “El testamento ológrafo”, cit., 636. Sobre las funciones de la fecha, TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 275 ss. Y la misma autora en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 426. El carácter esencial de la fecha ha sido determinado por la jurisprudencia en sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1900, 12 de julio de 1905, 5 de diciembre de 1927, 4 de noviembre de 1947, respecto de la cual véase *Comentario de L. Díez-Picazo en Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, v. 3, Madrid, 1976, 2.^a ed., 338 ss.

(131) TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 287 ss., en donde detalla las menciones, caracteres y demás cuestiones referentes a la fecha. La misma autora en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 429 ss.

(132) El Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse en este sentido en STS, Sala 1.ª, de 5 de diciembre de 1959. Véase comentario a esta sentencia realizado por L. Díez-Picazo en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, v. 2, 618 ss.

(133) RUIZ VADILLO, E.: “El testamento ológrafo”, cit., 636 ss.; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 279 ss.; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Derecho de sucesiones*, cit., 317 ss.

Respecto al lugar que debe ocupar en el escrito testamentario, la doctrina civilista se encuentra dividida entre los que propugnan el principio de la libertad absoluta de testar en el momento de fijar el lugar que la misma debe ocupar dentro de su escrito y los partidarios de que se consigne al pie del escrito pero antes de la firma, decantándose por la postura que propugna la absoluta libertad del testador, siendo indiferente el lugar que la misma ocupe en el testamento, puesto que tan válido será el testamento que contenga la fecha en el encabezamiento como aquel que se encuentre al final del mismo siempre que la misma sea autógrafa, exacta, completa y verdadera.

5. Una de las modificaciones sustanciales de los requisitos que se establecieron para la existencia y validez del testamento ológrafo en el momento del otorgamiento afectaron a la materia sobre la cual puede ser escrito el testamento ológrafo.

En el Proyecto de 1851, artículo 563; Anteproyecto de Código Civil, artículo 684 y el artículo 688,2 del Código Civil vigente antes de la promulgación de la Ley de 21 de julio de 1904, solamente admitía el testamento ológrafo otorgado en papel, excluyendo la validez de los testamentos ológrafos realizados en cualquier otra materia: pergamino, madera, tela, etc. Pero además no se consideraba testamento ológrafo el otorgado por el puño y letra del testador en cualquier papel, sino que como requisito *ad solemnitatem* se exigía que el testamento ológrafo fuera otorgado en *papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento* (134), so pena de nulidad y así lo indicó el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de junio de 1903, 18 de enero de 1910 y 30 de junio de 1914 (135).

(134) Este requisito de orden civil estimaba el legislador que era una de las mayores garantías de autenticidad, y por eso no señaló la clase de papel; bastaba que fuera correspondiente al año del otorgamiento. Únicamente se exigía para el testamento ológrafo y no para el testamento cerrado, que podía ser escrito sobre papel común, tal como establecía el artículo 706.2 CC.

(135) En las STS de 26 de junio de 1903, 18 de enero de 1910 y 30 de junio de 1914 se mantuvo la nulidad originaria por no haberse otorgado el testamento ológrafo en papel sellado. *Vid.* NOVOA SEOANE, R.: "Un caso particular de testamento ológrafo. Cuestiones prácticas", RDP, 1920, 225, quien analiza el testamento ológrafo otorgado por un abogado que desempeñó importantes cargos, entre ellos, la Fiscalía del Tribunal Supremo. Había pertenecido en los veinte últimos años de su vida a los Cuerpos Colegisladores y era senador del reino al fallecer. Cuando era muy joven, en 1892, había otorgado testamento abierto ante un notario de Madrid; pero entre sus papeles en el domicilio de Madrid, se encontró una disposición de última voluntad, escrita por el mismo testador, de su puño y letra firmada por él en un pliego de papel con el membrete del Senado, con fecha 17 de julio de 1904. El asunto llegó hasta el Tribunal Supremo, que dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 1907, en la que, en lo que aquí interesa, declaró: "*extendido el supuesto testamento ológrafo el 17 de julio de 1904, en un pliego de papel de cartas con membrete del Senado días antes de promulgarse la Ley de 21 de julio del*

La exigencia de papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento estuvo en vigor hasta la promulgación de la Ley de 21 de julio de 1904, por la que se modificó la redacción del apartado 2.º del artículo 688 y del apartado 3.º, omitiendo el requisito del papel tal como ha llegado hasta nosotros en la actual y vigente redacción (136).

Con esta modificación se amplía la libertad de testar de forma ológrafa y se introducen en el artículo 688 del Código Civil los principios que regían en el Derecho romano (137) sobre la libertad que tenía el testador para plasmar su declaración de voluntad escrita en cualquier materia (papel, pergamino, madera, tela, etc.) y no única y exclusivamente en papel, pudiendo ser escrita tanto en una hoja como en varias, tanto en blanco como usadas, es decir, se admite como testamento ológrafo el que fuera escrito en el reverso de otro escrito o de una carta como ya se permitía en el Derecho romano y nos los transmite Ulpiano L.42 *ad edictum* en D. 37,11,4.

Admisión de validez que no solamente ha sido reconocido por la doctrina (138), sino también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una sentencia dictada el 8 de junio de 1918, ponente: D. Antonio Gullón (139), que declara la validez del testamento ológrafo otorgado por Matilde

mismo año aparece clara su nulidad por dejar incumplido el requisito esencial del papel sellado exigido por la Ley vigente en la época del otorgamiento".

(136) ESPAÑA, R.: *Tratado práctico sobre testamento ológrafo*, cit., 114 ss.; NOVOA SEOANE, R.: "Un caso particular de testamento ológrafo", cit., 228 ss., explica con detalle el proceso que siguió la supresión del papel sellado y los defectos de forma y fondo que se produjeron en esta modificación. TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 247 ss., y en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 437.

(137) D. 37,11,1,pr.; D. 37,11,4; C. 6,23,15; I. 2,10,12.

(138) SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil*, cit., 386; TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 261.

(139) El supuesto de hecho que analiza la sentencia es el siguiente: "Doña Matilde Corcho Arroyo, esposa de D. José Pazos Vela Hidalgo, falleció en la ciudad de Valladolid el 8 de febrero de 1916, sin dejar ascendientes, ni tampoco descendientes y sí como parientes más próximos a sus dos sobrinos D. Domingo y Doña Saturnia de la Torre Corcho, hijos de una hermana de doble vínculo, no habiendo otorgado Doña Matilde testamento ante Notario, según la certificación del Registro General de actos de última voluntad. Con fecha 11 de mayo de 1916, o sea, a los tres meses y tres días posteriores al en que falleció Doña Matilde Corcho Arroyo, el esposo viudo de esta, D. José Pazos Vela Hidalgo, acudió al Juzgado de Primera instancia del distrito de la Plaza, de Valladolid, manifestando que su dicha esposa fallecida no tenía él noticia que hubiese otorgado testamento, por lo que dio orden de que así se manifestara al hacer la inscripción de su defunción, pero que en reciente viaje a Peñafiel, donde también tenía casa abierta, encontró entre los papeles de la difunta el testamento ológrafo por ella otorgado, en que expresaba el año, mes y día de su otorgamiento, 24 de octubre de 1915 y solicitó que previa la identidad de que el texto y firma del testamento eran de puño y letra de la testadora a medio de declaración de tres testigos que presentaría, se acordase la protocolización en la Notaría de Valladolid. Con dicho escrito presenta el testamento ológrafo extendido en una hoja en blanco que forma parte de una **carta** fechada en Peñafiel a 8 de marzo del 73".

de a favor de Pazicos, que era del siguiente tenor: **“Peñafiel a 24 de octubre 1915. Pazicos de mi vida: en esta primera carta de novios va mi testamento, todo para tí, todo, para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde=Rubricada”**.

El testamento ológrafo se encontraba extendido en una hoja en blanco que forma parte de una **carta fechada** en Peñafiel a 8 de marzo de 1873, y que literalmente dice así: *“Querido Pepe he recibido la tuya la que me ha servido de mucho placer y en un tanto me la consolado de la grande tristeza que tengo, 2 días ace que estoy separada de ti y se me han hecho dos siglos no acierto a salir a ningún lado ni puedo hacer nada, todo me sienta mal, con nada estoy contenta ni agusto, solo con estar a tu lado querido Pepe, es tanto lo que me acuerdo de ti que todo el día me lo paso llorando particularmente desde las dos de la tarde en adelante y desde las 7 hasta las 10. A esta llegamos todos mal y particularmente yo, lo que nunca me ha sucedido me mareado y todo el camino vine con una fuerte calentura ya la tenía cuando me despedí de ti a causa del disgusto que me ha causado el separarme de tu lado. Me dices que me olvide de los que nos dijo aquella biejecita lo tengo muy presente, nunca se me olvidará, porque estoy en la persuasión de que se realizará por que te quiero mucho y tengo confianza en ti, que creo no me olvidarás como yo tampoco te olvido ni te olvidaré. No se me aparta del pensamiento los paseos que dábamos por el cementerio el Prado de la Madalena y la noche que fuimos al bibero, noche fatal, noche de despedida y de desconsuelo para mi, el separarme de tu lado; cuando recibí tu carta, estábamos concluyendo de comer, ay te mando un mimito, acte cuenta que le tomamos a medias como todo. Antonia me encarga te dé sus recuerdos y que se acuerda mucho de tí, Adiós querido Pepe, no te olvide ésta que te quiere mucho, muchísimo, pero muchísimo.— Matilde (con rúbrica), un millón de besos de mi parte (ilegible).*

El juez de primera instancia del distrito de la plaza de Valladolid dictó auto con fecha 25 de mayo de dicho año 1916 por el que considerando que justificada en forma legal a medio de testigos idóneos la identidad del testamento, procedía acordar su protocolización, conforme al artículo 693 del Código Civil (140).

(140) El auto del Juzgado de Primera Instancia del Distrito de Valladolid de fecha 25 de mayo de 1916 disponía: *“siendo mayor de edad Doña Matilde Corcho Arroyo cuando otorgó el testamento, escrito éste y firmado por aquélla, con expresión del año, mes y día de su otorgamiento, reúne a los efectos de la protocolización todos los requisitos esenciales que para su validez exige el artículo 688 del mismo Código, sin que a ello se oponga su redacción ni la clase de papel en que fue otorgado conforme a lo dispuesto en la Ley de 21 de julio de 1904, sentencias del Tribunal Supremo de 1907, cuya omisión debe subsanarse reintegrando el testamento a razón de peseta por pliego, conforme a lo prevenido en el Real Decreto de 6 de diciembre de 1904, artículo 3.º; que las resoluciones que se dicten en expediente donde se pretende la protocolización*

Previa celebración del oportuno acto conciliatorio, don Domingo de la Torre Corcho promovió ante el Juzgado de Primera instancia del distrito de Valladolid juicio declarativo de mayor cuantía contra don José Pazos Vela Hidalgo, en el que suplicaba la nulidad del documento que se supone escrito por Matilde Corcho Arroyo que se ha mandado protocolizar como testamento de la misma, se abriera la sucesión legítima y en tal concepto declarar herederos abintestato al actor y su hermana, como más próximos parientes y sin perjuicio de los derechos del cónyuge viudo y que don José Pazos está obligado a proceder en unión del actor a la práctica de las operaciones testamentarias, por consecuencia del fallecimiento de doña Matilde Corcho Arroyo, para determinar cuál sea el caudal hereditario y hacer su adjudicación.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Domingo de la Torre Corcho contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 26 de mayo de 1917, que declara la validez del testamento ológrafo otorgado en Peñafiel el 24 de octubre de 1915. Los argumentos que esgrime el Tribunal Supremo en lo que aquí nos interesa son los siguientes:

“Considerando que lo que aceptado como cierto en la sentencia y justificado por la prueba testifical y los demás elementos de juicio: que la carta en cuya hoja blanca fue escrito el documento controvertido era dirigida al hoy demandado por Doña Matilde cuando conservaban entre ambos las relaciones amorosas previas a su matrimonio de más de cuarenta años de duración; que durante ellos se ha acreditado así bien que al D. José le llamaba siempre Pepe su esposa; que ésta al decir «*Pazicos*», sin duda alguna se dirigía a su marido, corroborándolo aún más el haber añadido: «*de mi vida*» como tierna expresión del acendrado cariño a su esposo; y el elegir precisamente la cuartilla en blanco que había en la primera carta de novios para consignar en frases entrañables su última voluntad, diciendo «*va mi testamento, todo para tí, todo para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde*», hay

de un testamento ológrafo, se llevarán a efecto no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda conforme con lo establecido en el artículo 493 del mismo Código, y que a más de no oponerse a la protocolización el que se formule oposición, la pretendida por el recurrente no es admisible por no haber justificado tener en el asunto interés legítimo ni parentesco con la testadora; mandó se protocolizase el testamento de Doña Matilde Corcho Arroyo de fecha 24 de octubre de 1915, con las diligencias practicadas y reintegro de aquél en la Notaría de D. Luis Ruiz Huidobro, quien daría a los interesados las copias o testimonios que procedieran, quedando a salvo el derecho de las partes para ejercitarlo en el juicio que correspondiera, protocolización que tuvo efecto en la mencionada notaría por acta de 2 de junio del año 1916”.

que reconocer, sentadas estas premisas, que la Sala sentenciadora ha entendido, con acierto, que consignada la fecha del documento en Peñafiel a 24 de octubre de 1915, escrito todo él de puño y letra de Doña Matilde, firmado por esta con su nombre y rúbrica, manifiesta su voluntad de testar, designando al heredero de modo que no puede dudarse quien es el instituido y mandando que todos sus bienes fuesen para su marido, resultan cumplidas todas las normas y formalidades prescritas en el repetido artículo 688 del Código.

Considerando que al establecer semejantes conclusiones la sentencia, después de analizar serena y detenidamente el documento y todos los demás elementos que enumera haber tenido en cuenta para formar su criterio, o sea: que Matilde pensó, quiso de modo cierto y tuvo firme propósito de ordenar su voluntad postrera al decir «*va mi testamento*»; que hizo expresa y determinada designación de herederos en favor de su marido valiéndose para ese efecto de nombrarlo con el diminutivo de su primer apellido, pues de no referirse a él, carecía por completo de todo su significado la frase «*pazicos de mi vida*»; que las palabras «*todo para tí, todo para que me quieras, etc.*», está claro son la manifiesta disposición de todos sus bienes patrimoniales, de la totalidad de su haber para que después de su muerte los poseyera y disfrutara su marido, y que el nombre y rúbrica de «*Matilde*», por ser de la propia mano de esta, por la forma y contexto del documento y hasta por el papel en que se extendió, convencen de que lo escribió Doña Matilde Corcho Arroyo, aunque sólo estampara su nombre, no cabe desconocer que los indicados razonamientos del tribunal juzgador se ajustan fielmente a los preceptos legales antes indicados y a los artículos 667, 665 y 772, párrafo 2.º del Código Civil, sin haber incidido por aplicación indebida ni por errónea interpretación en las infracciones que de esos preceptos legales invocan los diferentes motivos de este recurso”.

El testamento ológrafo que otorgó Matilde en Peñafiel el 24 de octubre de 1915 a favor de Pazicos reunía todos los requisitos exigidos por la legislación vigente, puesto que en el momento de su otorgamiento, el 24 de octubre de 1915, ya estaba en vigor la nueva redacción del artículo 688 del CC, por el que se suprimía el requisito del otorgamiento en papel sellado correspondiente al año del otorgamiento, lo que permitía que existiera libertad absoluta para el testador a fin de escribir su última voluntad en cualquier materia, como ya se había establecido en el Derecho roma-

no, sin que fuera necesario forma alguna especial para realizar la institución de heredero. La testadora, quien carecía de descendientes y ascendientes, designaba, utilizando sus propias palabras sin sujeción a formalidad alguna, como heredero universal a Pazicos, esposo de la testadora, al utilizar la expresión "*Pazicos de mi vida: todo para tí*", estaba escrito todo del puño y letra de la testadora y contenía al pie su firma con el nombre de Matilde y su rúbrica.

La circunstancia significativa de que Matilde otorgara su última voluntad a continuación de su primera carta de novios, que había dirigido a José Pazos el 8 de marzo de 1873, sirvió al Tribunal Supremo no sólo para interpretar la voluntad testamentaria, sino para recuperar en nuestro Derecho el criterio que ya en su día manifestó Ulpiano L.39 ad ed. D. 37,11,1 pr. de considerar como *tabulae testamenti* las *chartae*, entendiendo por tales en un texto que nos transmite D. 37,11,4 Ulp. l. 42 *ad edictum* –*ad novam chartam refertur et ad deleticiam*–, de tal forma que si alguno hubiera testado al dorso de una carta –*proinde et si in opisthographo quis testatus sit*–, también en este caso se puede pedir la *bonorum possessio* e instaurar el principio de la libre facultad que tienen las personas que desean disponer de sus bienes para escribirla en cualquier materia destinada a instrumento y para usar de cualesquiera palabras que, procedente del emperador Constancio, se recoge en C. 6,23,15.

O'CALLAGHAN (141) destaca que "un grupo de notarios colocó, mucho después, una placa en la casa que habitaron en Peñafiel con la siguiente leyenda: «A Matilde y Pacicos, que por su amor entraron en la jurisprudencia. Peñafiel, 24 de octubre de 1915, 24 de Octubre de 1989. Un Grupo de Notarios». Placa que fue descubierta por descendientes de las dos ramas familiares que sostuvieron el pleito". Dada la importancia que este testamento ológrafo tiene para el Derecho romano, me atrevo a proponer que los romanistas españoles deberíamos colocar otra placa con la siguiente leyenda: "A Matilde y Pazicos que por su amor entró el Derecho romano en la jurisprudencia y con ellos Ulpiano, Constancio, Valentiniano y Justiniano".

Los artículos 689 y siguientes del Código Civil regulan los requisitos exigidos para la adverbación y protocolización del testamento ológrafo a fin que el mismo sea válido y produzca todos sus efectos (142). Entre es-

(141) O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*, t. 5, Madrid, 1999, n. 2.

(142) Sus precedentes en lo referente a la necesidad de la comprobación de la identidad ya fueron exigidos en Nov. Val. 21,2 y en la *interpretatio* a la misma, regulándose con más detalle la *contropatio scripturae* y la presentación en un plazo legal ante la autoridad competente en la *Lex Visigothorum* 2,5,14; 2,5,15; 2,5,16; 2,5,17 y que pasaron a nuestro derecho patrio en el Fuero Juzgo 2,5,13; 2,5,14; 2,5,16.

tos requisitos (143) se dispone: A) Obligatoriedad de protocolizarlo, presentándolo ante el juez de Primera instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido (art. 689). Plazo de caducidad para cumplir dicha obligación que ha sido ampliado a cinco años, frente al año que se recogía en el Anteproyecto de Código Civil, artículo 686. B) Sujetos legitimados para presentar el testamento: obligatoriamente las personas en cuyo poder se halla depositado, que deberán realizarlo en un plazo de diez días y facultativamente cualquier persona que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto, recogiendo como sanción por el incumplimiento la de indemnizar los daños y perjuicios que se causen por la dilación (art. 690). C) Adveración judicial: se encuentra regulada en los artículos 691 y 692, que proceden íntegramente de los artículos 688 y 689 (144) del Anteproyecto de Código Civil, en los que se dispone la necesidad de comprobar el fallecimiento del testador así como su identidad por medio de tres testigos o en su defecto o para el supuesto que dudasen los examinados, por medio del cotejo pericial de letras, debiendo ser citados para la práctica de estas diligencias el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, descendientes y los ascendientes del testador, y en defecto de unos y otros, los hermanos. D) Protocolización acordada por el juez mediante resolución judicial si estima justificada la identidad del testamento que deberá realizarse en los Registros del notario correspondiente, por el cual se darán a los interesados copias o testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización. La resolución del juez se llevará a efecto cualquiera que sea su contenido, y aun cuando hubiera existido oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda (art. 693).

De todo lo anterior y a modo de síntesis, puede concluirse que, a pesar de que ni en las Partidas de Alfonso X el Sabio, ni en la legislación posterior se admitió el testamento ológrafo como forma común de testar, e incluso la Ley 3 de las de Toro deroga la forma especial de testamento ológrafo que se admitía en el texto alfonsino para el testamento de los ascendientes en favor de los descendientes, introducido como consecuencia de la recepción del Derecho romano justiniano que contemplaba el *testamentum parentum inter liberos* como una forma especial o privilegiada, en el Código Civil español vigente y en la jurisprudencia española se encuentran presentes los principios, requisitos y caracteres que se exigían

(143) TORRES, T. F.: *El testamento ológrafo*, cit., 351 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 441 ss.

(144) La actual redacción que presenta el Código Civil en el artículo 689 es la modificada tras la reforma sufrida en dicho precepto por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

en el Derecho romano y en el Derecho histórico precedente para la validez y eficacia del testamento ológrafo, y como ejemplos de ellos puede destacarse: a) La autografía a que hacen referencia los artículos 678 y 688 del CC y la no intervención de otra persona diferente al testador tiene su precedente en la Nov. Val. 21,2 como forma común de testar y en la Novela 107 del *testamentum parentum inter liberos* como forma especial para un determinado tipo de testamento, así como en la LV 2,5,16, que pasó al Fuero Juzgo 2,5,15; b) La exigencia de la firma en el testamento a la que se refiere el artículo 688 del Código Civil se encontraba en el Derecho justiniano en el *testamentum parentum inter liberos* con las matizaciones indicadas en el presente trabajo y de ella ya nos hablaba San Isidoro de Sevilla en Etimologías 5,24,7 y se recogió como requisito en LV 2,5,16, que pasó al Fuero Juzgo 2,5,15; c) La exigencia de la fecha completa que en el artículo 688 se establece como requisito *ad substantiam* del testamento ológrafo, en el Derecho romano se introdujo en la Nov. 107,1 de Justiniano para el *testamentum parentum inter liberos* y con más detalle se reguló en LV 2,5,1; 2,5,2 para todos los documentos escritos y para el testamento ológrafo fue introducida por Recesvinto en LV 2,5,16, pasando al Fuero Juzgo 2,5,1; 2,5,2 y 2,5,15; d) La libertad que tiene el testador para realizar testamento ológrafo en cualquier materia destinada a instrumento a partir de la modificación sufrida por el Código Civil tras la reforma que tuvo lugar por la Ley de 21 de julio de 1904 y utilizando cualquier palabra tiene su precedente en D. 37,11,1,pr; D. 37,11,4; C. 6,23,15; I. 2.10.12; e) La necesidad de comprobar la autenticidad de la escritura se encontraba ya en la Nov. Val. 21,2 y en la *interpretatio*, si bien la regulación referente a la obligación de presentarlo ante el órgano competente y la forma de realizarse la *contropatio scripturae* se detalla en LV 2,5,14; LV 2,5,15; LV 2,5,16; LV 2,5,17, que pasó a nuestro Derecho patrio en FJ 2,5,13; FJ 2,5,14; FJ 2,5,15 y FJ 2,5,16.

LA SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA: APROXIMACIÓN A UNA PROPUESTA DE REGLAMENTO COMUNITARIO (1)

JUAN CARLOS MARTÍN ROMERO

Notario. Vocal de la Cátedra de Derecho Notarial.

*Colaborador Honorario del Departamento de Derecho Mercantil
(Derecho Privado Especial) de la Universidad de Málaga*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. GÉNESIS. 3. RECOMENDACIONES DE LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DESTINADAS A LA COMISIÓN SOBRE LA ELABORACIÓN DEL REGLAMENTO DE LA SPE. 4. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO: EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA. 5. CONFIGURACIÓN BÁSICA DE LA SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA. 6. FUENTES. 7. CONSTITUCIÓN. 8. DENOMINACIÓN Y SEDE SOCIAL. 9. ESTATUTOS. 10. CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN. 11. ACCIONES. 12. CAPITAL SOCIAL. 13. ORGANIZACIÓN. 14. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. 15. BIBLIOGRAFÍA.

(1) Este pequeño estudio se ha realizado como aportación al *Libro Homenaje a Francisco Carpio Mateos*, quien fuera Director de la Academia Granadina de Notariado, "Alma Mater" de la misma y notario de Granada.

1. Introducción

Actualmente todos reconocen que son las pequeñas y medianas empresas (PYME) las que desempeñan un papel fundamental en el entramado económico europeo, del que constituyen más del 90 por 100 del parque empresarial y dos tercios del empleo. Por ello, se ha puesto de manifiesto que resulta ilógico que a la hora de adoptar un estatuto europeo de sociedad sólo se mantenga la forma más adecuada para las grandes empresas, la Sociedad Europea (SE), y sean sólo éstas las que se beneficien de este dispositivo.

La Sociedad Europea (SE) está en gran medida inspirada en las normas relativas a las sociedades anónimas y ha sido concebida para las grandes empresas. Y es que este esfuerzo de armonización está dirigido sobre todo a las sociedades anónimas, mientras que la legislación aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada o a las empresas individuales sigue estando muy marcada por el Derecho nacional.

La propia Comisión Europea era consciente de esta situación, ya que el 4 de septiembre de 2001 confió a un grupo de expertos en Derecho de sociedades un mandato relativo a las normas paneuropeas de las OPA, en un primer momento y, más tarde, sobre las prioridades clave para la modernización del Derecho de sociedades, entre las que se incluían la posible necesidad de nuevas formas jurídicas (como, por ejemplo, una sociedad privada europea dirigida especialmente a las pequeñas y medianas empresas).

El Comité Económico y Social Europeo ha insistido asimismo, en dictámenes recientes, en la necesidad de una forma jurídica europea para las PYME. Así, en el dictamen de iniciativa sobre “Economía social y mercado único” de 2 de marzo de 2000 se afirma que “La posibilidad de fundar este tipo de formas jurídicas también debería estar al alcance de las personas físicas y de las pequeñas empresas que desean tomar parte en la cooperación transfronteriza a fin de fortalecer su propia competitividad”. Además, en el dictamen adicional sobre la “Carta Europea de la Pequeña Empresa”, aprobado el 28 de noviembre de 2001, se insta a elaborar un “estudio sobre un estatuto europeo de la sociedad privada”.

Por eso, se impuso una reflexión sobre un estatuto europeo de sociedad accesible a las PYME, para facilitar sus intercambios en el seno del mercado único, permitir a empresas de distintos países poner en común sus recursos, pero también, en el caso de creación de una nueva empresa o de cambios de estatutos, dar desde el principio una envergadura europea al proyecto. Este estatuto único parece tanto más necesario cuanto que la ampliación ha aumentado aún más las disparidades entre las legislaciones nacionales.

En cuanto a las ventajas que se han esgrimido para esta forma social, se señalan las siguientes: el desarrollo de la cooperación económica transnacional y transfronteriza, que favorece la integración europea; la simplificación por la propia existencia de un estatuto único europeo, la necesidad de trámites administrativos simplificados, la posibilidad de una declaración fiscal única, etc.; ventajas de tipo económico, ya que se reforzaría la competitividad y la notoriedad de las PYME que optasen por este estatuto, mediante la introducción de una "etiqueta" europea. Además, dicho estatuto podría resultar atractivo para las inversiones extranjeras que se efectúen en Europa.

Ya hemos examinado cómo se afirma que las PYME se encuentran discriminadas en la actualidad, ya que no pueden beneficiarse de un estatuto europeo como las grandes empresas. A ello coadyuva además que no sería realista esperar una armonización rápida de las legislaciones nacionales, debido sobre todo a su enorme disparidad y a la ampliación de la Unión.

La introducción de un instrumento único simplificado, complementario de la SE, parece para algunos la vía más eficaz para suprimir los obstáculos al desarrollo de una actividad transnacional por parte de las PYME.

Un estatuto europeo para las PYME debería favorecer el espíritu empresarial, la creación de nuevas actividades e incitar a la colaboración transfronteriza en el seno del Mercado Único. Con este fin, para los partidarios de esta figura, la estructura que sería conveniente crear debería satisfacer los objetivos fundamentales siguientes:

- Ser libre y fácilmente accesible tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.

- Ser simple, flexible y modulable en función de los distintos deseos de los socios.

- Ser evolutiva para adaptarse a los cambios de estructura de la sociedad y a las transformaciones de su entorno.

- Constituir una estructura de empresa realmente europea, esto es, que no se vincule a los derechos de las sociedades nacionales. Sin embargo, no debería reivindicar ningún privilegio ni régimen de favor.

También se ha puesto de manifiesto que la Sociedad Privada Europea dirigida a las PYME respondería claramente a un planteamiento complementario de la SE:

Por su dimensión europea: el estatuto estaría destinado a las actividades que impliquen un hecho europeo en su sentido más amplio, esto es, la existencia de dos socios nacionales de dos o más Estados miembros, o

bien simplemente una actividad económica existente o proyectada a escala europea, esto es, que traspase el marco de un único Estado miembro. En ambos casos, y a diferencia de las fusiones entre grandes empresas, la cooperación entre PYME responde casi siempre a un proyecto de ampliación y desarrollo, o incluso de creación de nuevas actividades.

Por su naturaleza: se trataría de una sociedad que no pudiese hacer un fomento oficial del ahorro, al contrario que la SE.

Por su concepción: la nueva sociedad se fundamentaría en la libertad contractual; sería una sociedad con una fuerte *affectio societatis*. Debería darse la máxima flexibilidad a los socios para organizar sus relaciones y, de manera más general, el funcionamiento de la sociedad. A título de ejemplo y de orientación, podría resultar útil proponer estatutos tipo, aunque esta posibilidad ya ha sido utilizada en Derecho español, en sede de sociedad limitada nueva empresa, con poco éxito, quizá no por la bondad de la medida, sino por los problemas tipológicos del tipo en que se incardina (problemas jurídicos-mercantiles).

Por su régimen jurídico: se trataría de una auténtica sociedad de Derecho europeo y las remisiones a los Derechos nacionales serían limitadas y específicas.

Por sus destinatarios: no parece conveniente, en aras de la flexibilidad, fijar un límite máximo de trabajadores asalariados para poder beneficiarse de un estatuto europeo de la PYME. Por supuesto, las empresas a las que iría dirigido serían las pequeñas y medianas empresas, con arreglo a la recomendación de la Comisión de 1996 en proceso de revisión. El estatuto se adaptaría a todas las pequeñas empresas o sociedades unipersonales.

Por la dimensión social: el Reglamento remitiría en general a los principios del Derecho del lugar de ejercicio de la actividad de los trabajadores asalariados. Además, para la participación de los trabajadores, sería conveniente prever determinadas medidas.

¿Cuáles serían las posibles modalidades de un estatuto europeo para las PYME?

Al efecto se ha dicho que en cuanto al Derecho aplicable se parte de la base de que el proyecto debería establecer un claro reparto del ámbito de competencias de las distintas fuentes de Derecho: el Reglamento, los estatutos y el Derecho nacional.

En las materias que regiría (en particular, modos de constitución, capital, sede social, registro, responsabilidad de los directivos, etc.), el Reglamento debería ser completo y mantenerse independiente de los Derechos nacionales, que según se mantiene no podrían invocarse, ni siquiera con carácter subsidiario. Esto, según esta tendencia, es muy importante para asegurar el carácter unitario y, por consiguiente, europeo, del texto, la cla-

ridad y la seguridad que la forma elegida debe aportar a los socios y a los terceros.

El Reglamento debería también preservar la libertad contractual de los socios, cuyo ámbito debería definir explícitamente (en particular, organización y funcionamiento de la sociedad, régimen de los títulos). Algunas materias deberían estar cubiertas imperativamente por los estatutos. Para evitar los riesgos de omisión, deben adoptarse en su constitución, a nuestro juicio, las medidas necesarias para que la escritura (mecanismo de control de la autenticidad y regularidad del instrumento constitutivo) contenga todos los requisitos necesarios que posibilite la inscripción de la SPE en el Registro, y entre ellas las estipulaciones que deberían incluir los estatutos y ello sin merma de la simplificación administrativa-constitutiva que se pretende. Ello es llevar a la práctica la aplicación del dogma que exige la previa seguridad jurídica como prioritaria de la actividad económica.

También se estima que la sociedad europea para las PYME queda sujeta, al igual que las sociedades nacionales, a las normas generales de los Estados miembros: Derecho mercantil, fiscal, penal, procedimientos de insolvencia y de suspensión de pagos.

En cuanto a las disposiciones generales, se destaca que la sencillez y una gran flexibilidad de funcionamiento serían los dos preceptos por los que se regiría el proyecto.

Por ello, la sociedad podría estar constituida por una o varias personas físicas o jurídicas, nacionales o no de un Estado miembro. El capital mínimo en un principio y en los estudios posteriores se estimó que podría fijarse en 15.000 euros y dividirse en acciones, sin excluir otras posibilidades. Como veremos, esta posibilidad, prevista en la recomendación, no se recoge en la Propuesta de Reglamento. Por otro lado, cada socio sólo se obliga hasta el importe que se obliga a suscribir.

El lugar que representa la libertad contractual sería importante, a reserva de la protección de los derechos de las minorías y de terceros, que estaría regida por el Reglamento. Serían así los estatutos los que definirían los derechos de los socios, la organización y el funcionamiento de la sociedad, los poderes de sus órganos, así como las condiciones de transferencia de títulos. Sin embargo, el Reglamento impondría obligaciones mínimas, como la enumeración de las materias sujetas a una decisión colectiva de los socios.

La representación de la sociedad frente a terceros se basaría en normas conformes a la primera Directiva europea en materia de Derecho de sociedades.

La sede social se situaría en el interior de la Unión Europea y correspondería al lugar de la administración central de la sociedad. Podría tras-

ladarse a otro Estado miembro, sin disolución ni creación de una nueva persona jurídica.

Serían posibles la cesión forzosa y la salida de un socio, que deberían estar reguladas por los estatutos, así como el precio de rescate o de cesión de los títulos. Los estatutos podrían prever asimismo la no proporcionalidad con respecto al importe del capital suscrito de los derechos pecuniarios y no pecuniarios de los socios, o incluso la inalienabilidad temporal de los títulos. En estos ámbitos, el pacto social sólo podría modificarse por unanimidad. Para terminar este apartado cabe concluir afirmando que en esencia cuatro principios clave guían esta propuesta. En primer lugar, el estatuto de la SPE ha de ser sencillo, autónomo y uniforme en toda Europa. En segundo lugar, ha de ser flexible en relación con la organización interna de las empresas. En tercer lugar, debería facilitar y abaratar la creación de una empresa. Por último, tanto individuos como empresas ya existentes deben poder crear nuevas empresas sirviéndose de este estatuto.

Como veremos, todas estas pautas se han mantenido en esencia en las “Recomendaciones” y en la “Propuesta Reglamentaria”.

2. Génesis

La aprobación del estatuto de la sociedad europea en 2001, y el de la sociedad cooperativa europea en 2003, ha proporcionado a las empresas un primer marco jurídico para sus actividades transfronterizas. No obstante, la complejidad de estas estructuras societarias no resulta adecuada para las PYME, que necesitan una herramienta o instrumento jurídico más flexible. Por ello, se ha afirmado que el estatuto de la sociedad europea no se ajusta a las necesidades de las PYME, por los siguientes motivos, entre los que destaca su capital mínimo exigido, fijado en 120.000 euros, que corresponde a grandes sociedades que suelen recurrir a la captación de fondos de los particulares, este capital suele ser, en la mayoría de los casos, imposible de alcanzar para las PYME; y que su estatuto se caracteriza por su rigidez y escaso margen para la libertad contractual y que las remisiones a las legislaciones nacionales lo convierten en un instrumento más nacional que comunitario, por ello, la doctrina ha señalado que el proyecto original de estatuto puramente comunitario se ha transformado en una combinación entre el Reglamento y los derechos de los Estados miembros.

Por ello se afirma, en cambio, que el estatuto de la Sociedad Privada Europea pretende completar el modelo existente. Especialmente adaptado a las PYME, les permitirá acogerse a un estatuto unificado aunque fle-

xible, para que operen fácilmente en el conjunto del mercado interior de la Unión Europea.

El proyecto de Sociedad Privada Europea (SPE), liderado por Francia y Alemania desde hace casi diez años, responde –se afirma– a dicho objetivo.

En el marco de su plan de acción para las PYME, la Comisión Europea presentó el 25 de junio pasado un proyecto de Reglamento comunitario sobre la Sociedad Privada Europea y que ha sido objeto de debate en el Consejo desde julio de 2008, y que constituye, como veremos, una de las principales medidas de la *Small Business Act*, que pretende promover el desarrollo de las PYME en Europa, facilitando su acceso al mercado único y simplificando la gestión de sus actividades.

La SPE constituye la primera forma de sociedad totalmente supranacional –lo que debe ser– objeto de debido estudio por la doctrina española y que deja un amplio margen a la libertad contractual de los accionistas. Éstos podrán elegir la fórmula de organización de la sociedad y las relaciones entre ésta y sus directivos, a partir del modelo de la sociedad por acciones simplificada francesa.

La Comisión de las Comunidades Europeas ha publicado recientemente, como hemos dicho, una Propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, forma societaria de nuevo cuño que –insistimos– forma parte de un paquete de medidas destinadas a ayudar a las PYMES, dado que las mismas, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, representan el 99 por 100 de las empresas en la Unión Europea, pero de ellas, sólo el 8 por 100 llevan a cabo actividades transfronterizas y el 5 por 100 poseen filiales o empresas con intereses comunes en el extranjero (*joint-ventures*). La importancia de la PYME en el tráfico jurídico-económico es palmaria y ha sido resaltada con anterioridad.

En suma, la Sociedad Privada Europea (en adelante, la SPE) forma parte, como hemos dicho, del paquete de medidas que compone la *Small Business Act para Europa*, para facilitar la actuación de las PYMES en el mercado único.

Se trata de facilitar una forma o tipo societario y su adaptación jurídica uniforme y jurídicamente segura.

Para la adopción de su régimen jurídico, de los diversos expedientes, armonización de la legislación de los Estados miembros, mejora del Estatuto de la Sociedad Europea y su adaptación a las PYME, proposición de la creación de un nuevo tipo societario, se opta por este último, proponiendo un Reglamento para crear este nuevo tipo social que regulará *ex novo* el estatuto de la Sociedad Privada Europea, que se impondrá directamente con carácter normativo y sin necesidad de la transposición al De-

recho nacional de cada Estado, lo que implica una peculiaridad en Derecho societario, en cuanto a su forma de establecimiento (Reglamento) y además, como trataremos de esbozar en estas líneas, cómo el contenido sustantivo propuesto se aparta, no sólo de las Directivas en materia societaria, sino de la legislación básica nacional en esta materia societaria, fundamentalmente las leyes de sociedad anónima y de responsabilidad limitada de los distintos Estados nacionales.

Los partidarios de esta forma societaria ponen de manifiesto que este nuevo estatuto común constituye un régimen flexible, que facilitará las operaciones comerciales de las empresas en todo el territorio de la Unión. De este modo, las empresas podrán establecerse más fácilmente en el extranjero reduciendo el coste de los trámites de instalación. La SPE –dicen– constituye una herramienta esencial tanto para el crecimiento de las PYME como para el empleo.

Para los partidarios de este tipo supranacional, se eliminan obstáculos tales como los costes de constitución de una sociedad en otro Estado miembro y de funcionamiento en el extranjero, así como la desconfianza en determinadas formas extranjeras de sociedades desconocidas o poco conocidas en otras jurisdicciones (Estados miembros). Frente a dichos obstáculos se facilita su constitución y funcionamiento.

3. Recomendaciones de la Resolución del Parlamento Europeo destinadas a la Comisión sobre la elaboración del Reglamento de la SPE

La Resolución del Parlamento Europeo establece recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la elaboración del Estatuto de la Sociedad Privada Europea. Para ello, la Resolución entra en determinadas consideraciones esenciales a la hora de configurar esta figura, fundamentalmente que debería existir la posibilidad de que una o varias personas físicas o jurídicas, no necesariamente domiciliadas en un Estado miembro, constituyeran una Sociedad Privada Europea en el territorio de la Comunidad con arreglo a normas y procedimientos de Derecho comunitario que deberían establecerse en un reglamento y que la sociedad así constituida debería tener personalidad jurídica y que sólo debería responder con su activo de sus obligaciones frente a los acreedores.

La Resolución considera que, junto a las formas de sociedad previstas en cada país, la Sociedad Privada Europea ofrece a las empresas una posibilidad añadida de libre elección voluntaria de la forma en que deseen constituirse, así como la opción de optar en su organización por un sistema monista o dualista, a su elección.

Sin perjuicio del control de legalidad notarial de la escritura pública (“mecanismos de control de la autenticidad y regularidad del instrumento constitutivo”, según la terminología empleada), al que se hace expresa referencia en las recomendaciones, se considera lógicamente la necesidad de dotar a la Sociedad Privada Europea de la adecuada publicidad, considerando que debería inscribirse, de conformidad con la legislación nacional de transposición de la Directiva 68/151/CEE, en el registro correspondiente en el Estado donde estuviera domiciliada, con una dirección postal válida a efectos de notificación como domicilio social, sin perjuicio de los mecanismos de control de la autenticidad y regularidad del instrumento constitutivo.

En base a los argumentos expuestos, se solicita a la Comisión que le presente, basándose en el artículo 308 del Tratado CE, y antes de finales de 2007, una propuesta legislativa sobre el estatuto de la Sociedad Privada Europea elaborada siguiendo las recomendaciones formuladas en el marco de las consultas interinstitucionales y que se detallan en el anexo, de aquí la importancia de examinar el texto del Reglamento, Exposición de motivos y Estatuto, y analizar las recomendaciones sobre el contenido de la propuesta solicitada para interpretar adecuadamente la propuesta.

La primera de las recomendaciones hace referencia a la legislación aplicable proclamando “El Derecho comunitario como base para la forma de empresa”, por ello, el Parlamento Europeo considera que un Estatuto de la Sociedad Privada Europea debería contener en la mayor medida posible disposiciones de Derecho comunitario y, por consiguiente, prescindir de referencias al Derecho nacional, para configurarse como un estatuto unitario y definitivo. Por ello, las disposiciones de Derecho de sociedades aplicables a la Sociedad Privada Europea deberían ser exclusivamente las del Reglamento sobre el Estatuto de la SPE, y los ámbitos del Derecho de sociedades regulados en este Reglamento deberían quedar exentos de la aplicación de las leyes de los Estados miembros. Esto reza en particular para la naturaleza jurídica, la capacidad jurídica y la capacidad de acción, la constitución, la modificación de sus estatutos, la transformación y la disolución, el nombre o el nombre comercial; la organización interna, los poderes de representación de los órganos, la adquisición y la pérdida de la condición de socio y los derechos y obligaciones que entraña, la responsabilidad de la sociedad, del gerente, de los miembros de sus órganos y de los socios por las obligaciones de la misma, así como normas mínimas sobre las obligaciones de la dirección frente a la sociedad; en el Estatuto deberían recogerse asimismo las disposiciones relativas al funcionamiento de los órganos de la sociedad, las mayorías necesarias para la toma de decisiones, los intercambios de puntos de vista de los socios y las condiciones de compra y venta de participaciones de

la sociedad; tales disposiciones deberán poder formularse individualmente con arreglo a las características de la empresa. En los otros ámbitos se aplica, por principio, el Estatuto y, sólo de manera subsidiaria, otras disposiciones de distinto ámbito de aplicación, por este orden: otras disposiciones de Derecho comunitario y las disposiciones sobre formas de sociedad comparables que estén en vigor en el Estado miembro en el que la sociedad de que se trate tenga su domicilio estatutario. Las formas de empresa relevantes y comparables que existan en los distintos Estados miembros deben relacionarse en un anexo. Después comentaremos, al estudiar la propuesta, la primacía del Reglamento y la subsidiariedad de las legislaciones nacionales. Tema sobre el que, dada su importancia, deberemos incidir en otros estudios posteriores de una manera más profunda y pormenorizada a partir de esta primera toma de contacto, y que seguro serán objeto de análisis por la doctrina mercantilista española y extranjera.

La segunda recomendación se refiere a las modalidades de creación, estimando que la sociedad debe poder ser creada *ex nihilo* o bien a partir de una sociedad existente, o a raíz de una fusión entre sociedades, o en el marco de una filial común. Por otra parte, la Sociedad Privada Europea debe poder transformarse en Sociedad Europea.

En cuanto al capital social (recomendación tercera), se entiende que el capital social debería dividirse en participaciones con un valor nominal determinado; que las participaciones de los socios deberían expresarse en euros, redondeándose hacia la unidad; que el capital mínimo debería ascender a 10.000 euros (observemos las oscilaciones) o su equivalente en otra moneda en el momento de la inscripción en el registro o mejor dicho, a nuestro juicio, su equivalente en el momento constitutivo del otorgamiento de la escritura; que el capital mínimo que determina el alcance de la responsabilidad del socio no debe ser necesariamente desembolsado.

Básica es la organización, a la que se refiere la recomendación cuarta, exigiendo que la sociedad tenga, como mínimo, un gerente, y que los gerentes principales sean nombrados por decisión de los socios o en la escritura de constitución de la sociedad; así como que no pueda ser gerente ninguna persona a la que un tribunal o una autoridad administrativa de un Estado miembro haya prohibido ejercer una función comparable a la misma.

Y todo ello sin perjuicio de adoptar la opción por uno de los dos sistemas, monista o dualista.

La recomendación quinta se refiere al contenido de la escritura de sociedad, poniendo de manifiesto que la escritura de sociedad debe incluir los datos siguientes: la forma jurídica y la razón social de la sociedad; la duración de la sociedad, cuando se constituya para un período limitado;

su objeto; su sede; su capital social y los órganos que pueden representarla ante terceros y en los tribunales; y la aportación que debe hacer cada socio por su participación en la sociedad.

En cuanto a la responsabilidad del gerente (recomendación sexta), se considera que el gerente o los gerentes de la sociedad deben ser responsables frente a la sociedad, de forma individual o solidaria, por todas las acciones que infrinjan las disposiciones civiles o penales aplicables a la sociedad.

¿Cuál debe ser la responsabilidad de los gerentes de la sociedad y de los socios en caso de disminución del patrimonio?, de ello se ocupa la recomendación séptima, considerando que los órganos de la sociedad deben ser responsables solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad por operaciones de la sociedad que causen la disminución del patrimonio social en beneficio de un órgano de la sociedad, un socio o una persona próxima a aquél o a éste; que debe imponerse al beneficiario de una prestación ilegítima de la sociedad la obligación de restituirla; que sólo debe poder exigirse una responsabilidad cuando la operación no haya sido ejecutada en el interés bien entendido de la sociedad; que no podrá exigirse responsabilidad, en particular, cuando la sociedad esté integrada en una política coherente de grupo y las eventuales desventajas sean compensadas por la pertenencia al grupo; que la responsabilidad del gerente o de los socios debe entenderse sin perjuicio de otras disposiciones jurídicas aplicables.

La recomendación octava sugiere que, como anexos al Reglamento, se contengan los modelos de estatutos que los socios puedan adoptar íntegramente o en parte y para cada Estado miembro, formas jurídicas de sociedad a las que se equipare la Sociedad Privada Europea para los ámbitos no regulados en el Reglamento, particularmente para lo relacionado con la aplicación de las disposiciones vigentes en materia de rendición de cuentas o de la legislación penal, social o laboral.

4. La Propuesta de Reglamento: el Estatuto de la Sociedad Privada Europea

La Propuesta consta de una Exposición de Motivos donde, entre otros aspectos, se fundamenta la figura desde un punto de vista jurídico y los objetivos perseguidos por la regulación que se propone; se compone de cuarenta y ocho artículos, que se estructuran en diez capítulos, que tratan, el primero, de las denominadas disposiciones generales, donde se regulan materias tan trascendentes como la normativa aplicable; el segundo, que se refiere a la formación, requisitos constitutivos, denominación, sede,

sucursales. El tercero hace referencia a las acciones, lista de accionistas, transmisión, derechos de exclusión y separación. El capital social viene regulado en el capítulo cuatro, así como las acciones propias, y la reducción de capital. De la organización de la sociedad se ocupa el capítulo siguiente. El sexto se ocupa de la participación de los trabajadores y el séptimo de la transferencia de la sede estatutaria. De la legislación aplicable a las modificaciones estructurales, de la disolución y de la nulidad se ocupa el capítulo octavo. El noveno se refiere a las disposiciones suplementarias y a las transitorias; el capítulo décimo a las finales.

5. Configuración básica de la Sociedad Privada Europea

El artículo 3 de la Propuesta enumera los requisitos de la Sociedad Privada Europea, enumerando las características de este tipo o modelo social.

Así: su capital estará dividido en acciones, enteramente suscrito, aunque sin necesidad de que esté totalmente desembolsado (art. 19), donde los socios sólo responden hasta el tope de su aportación suscrita o que se han comprometido a suscribir.

La sociedad está dotada de personalidad jurídica aunque sus acciones no pueden ser ofrecidas al público ni pueden ser admitidas a negociación en un mercado reglamentario u oficial.

Puede ser constituida por personas físicas o entidades jurídicas, denominados accionistas fundadores (siendo posible la unipersonalidad societaria, que la presume el propio articulado de la propuesta reglamentaria), entendiéndose por entidades jurídicas, sociedades, sociedad anónima europea, sociedad cooperativa europea, grupo europeo de interés económico regulado por el Reglamento 2137/85 e incluso otra sociedad privada europea.

Expuesto lo que antecede y a la hora de dar una definición, la Sociedad Privada Europea la hemos conceptualizado como una sociedad de capitales por acciones de responsabilidad limitada, lo que significa que la responsabilidad de los accionistas se limitará al importe del capital que hubieran suscrito. Sin embargo, creemos que al examinar la libertad estatutaria nos demuestra que puede calificarse de híbrida, cerrada, etc. La SPE no podrá recurrir a la captación de fondos de los particulares y no podrá, por lo tanto, cotizar en bolsa. Podrá tener varios fundadores, tanto personas físicas como jurídicas, y ser de nueva creación o *ex nihilo*, o ser el resultado de una modificación estructural, bien por transformación, escisión de una sociedad o por la fusión de varias sociedades existentes.

6. Fuentes

La SPE se rige por el presente Reglamento y respecto a las materias enumeradas en el anexo por sus Estatutos y sin perjuicio de la aplicación supletoria de la legislación nacional.

Lo que nos lleva a examinar detenidamente qué ocurre cuando una materia no esté regulada por el Estatuto o por el anexo I. En tal caso se rige por la legislación reconocida por el Derecho comunitario que se aplique a las sociedades en el Estado miembro donde radique la sede estatutaria o denominado Derecho nacional aplicable. Ello implica que el Reglamento que crea este nuevo tipo social regula *ex novo* el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, que se impondrá, en caso de prosperar la propuesta, directamente con carácter normativo y sin necesidad de la transposición al Derecho nacional de cada Estado, con lo que de hecho se rebaja al mínimo la aplicación de la Ley nacional, ya que rige en primer lugar la norma reglamentaria, luego las estatutarias en cuanto a los aspectos previstos en el anexo del Reglamento y en último lugar la legislación nacional, con lo que se reduce al mínimo la aplicabilidad de la legislación de los diferentes Estados (art. 4). En el mismo sentido se ha manifestado FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO.

Como afirma DRURY, se aplicarán en primer lugar los principios reglamentarios, en su defecto los comunitarios y en su defecto los que inspiran las leyes nacionales, siempre que no sean incompatibles con el Reglamento.

El Reglamento debe ser, por tanto, una disposición que cubra los elementos esenciales del Derecho de sociedades. Dando una amplia libertad a los particulares a través de los Estatutos.

7. Constitución

El proyecto de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea pretende satisfacer las necesidades prácticas de los usuarios. Especialmente adaptado a las PYME, este nuevo Estatuto pretende asimismo ser una herramienta útil para las filiales extranjeras de los grandes grupos. Esta idea fue preconizada por DRURY poniendo de manifiesto la importancia de utilizar la Sociedad Privada Europea (grupo *holding*) para la creación de filiales en los distintos países.

En cuanto a la SPE, no vamos a volver a hacer referencia a los socios fundadores, ni a quienes pueden serlo, aspectos que han sido examinados anteriormente, ni reiterar su fundación *ab initio* o bien por la transformación, escisión de una sociedad o por la fusión de varias sociedades existentes. Todas estas cuestiones las hemos estudiado.

Sólo diremos que en cuanto a los "MODOS DE CONSTITUCIÓN, el Reglamento prevé que los Estados miembros podrán autorizar la constitución de una Sociedad Privada Europea mediante los modos reseñados (mediante la creación de una SPE conforme a las disposiciones del presente Reglamento o bien a través de la transformación, la fusión o la escisión de una sociedad existente) (art. 3).

El Reglamento destaca que la constitución de una Sociedad Privada Europea por transformación, fusión o escisión se regirá por el Derecho nacional aplicable a la sociedad que se transforma, a cada una de las sociedades que se fusionan o a la sociedad que se escinde.

Matiza el artículo 5 que la constitución por vía de transformación no implica la liquidación, ni la pérdida, ni la suspensión de su personalidad jurídica.

Y aclara que se considera como sociedad a estos efectos toda forma de sociedad que puede estar constituida en virtud de la legislación de los Estados miembros, una sociedad anónima europea y llegado el caso una Sociedad Privada Europea.

Destaca la ausencia de todo elemento transfronterizo, por ello se cuestiona qué ventajas y qué inconvenientes nos proporcionaría exigir un elemento transfronterizo en la constitución y durante el funcionamiento de una SPE.

Por tanto, a diferencia de la sociedad anónima europea, que exige el elemento transfronterizo, en la Sociedad Privada Europea no se requiere elemento transfronterizo ni en su constitución, ni en sus actividades.

Sin embargo, esta opinión no es compartida por todos en el sentido de que la propuesta de la Comisión representa una grave injerencia en el Derecho de sociedades nacional, debido, en especial, a la ausencia del requisito de un elemento transfronterizo en la constitución de una SPE. Por ello, se afirma que es muy cuestionable que el artículo 308 del Tratado CE pueda servir de fundamento jurídico admisible al Reglamento. La posibilidad de constituir una SPE sin ningún tipo de relación transfronteriza creará una situación de competencia con las formas de sociedades nacionales. El artículo 308 del Tratado CE, sin embargo, exige la existencia de un elemento transfronterizo. Cuestión que debe matizarse.

Como dice DRURY, a la hora de examinar las ventajas que para él tiene este sistema, pone de manifiesto las circunstancias que rodean el mercado y que aconsejan a juicio de este autor el régimen propuesto. Para él hay que destacar que la Sociedad Europea está diseñada para las grandes empresas. Que todos los argumentos expuestos cobran más importancia para los países de economía centralizada y planificada, donde existe un vacío legal y donde sería difícil instaurar un Derecho mercantil capitalista (antiguos países del bloque oriental). Para él, el cenit es la no nece-

sidad de conocer veinticinco sistemas separados de Derecho societario, de lo que discrepamos, pues no obstante observar las diferencias existentes, el conocimiento de los principios configuradores es básico para el estudio de cualquier institución, sea comunitaria, nacional o de Derecho comparado.

Otro aspecto es el economicista por las ventajas del mercado único en sede europea y respecto a la exportación.

A todo ello hay que añadir que diversos acontecimientos constituyen un aval de la circulación transfronteriza por diversos medios. La sociedad anónima europea no se adapta y las fusiones transfronterizas pueden ser engorrosas. Ello se puede, a juicio de dicha doctrina, solucionar dotando a esta forma social de una estructura uniforme para toda Europa.

8. Denominación y sede social

La Sociedad Privada Europea debe añadir a su denominación las siglas "SPE".

Siglas que están reservadas a dicho tipo social, pues sólo una Sociedad Privada Europea puede añadir a su denominación dichas siglas "SPE" (art. 6).

La sede estatutaria y la administración central o el principal establecimiento de la sociedad debe estar establecido en la Comunidad Europea.

Ahora bien, una Sociedad Privada Europea no tiene obligación de establecer su administración central o su principal establecimiento en el Estado miembro donde se ubique su sede estatutaria (art. 7).

Al ser el domicilio estatutario determinante de la *lex societatis*, puede motivar intereses de las partes de que aplique determinada *lex societatis* mediante el recurso a un cambio del domicilio estatutario.

De conformidad con el artículo 35, el domicilio social de una SPE puede ser transferido a otro Estado miembro, dicho proceso no puede implicar liquidación, ni interrupción o pérdida de su personalidad, ni afectar a los derechos y obligaciones que la sociedad haya asumido en virtud de sus relaciones contractuales.

De lo expuesto se colige que la doctrina se cuestione las consecuencias de la posible disociación de los domicilios reales y sociales.

9. Estatutos

Dada la jerarquía del régimen de fuentes aplicable: Reglamento, norma estatutaria y supletoriamente la Ley nacional aplicable, se pone de ma-

nifiesto de una manera evidente la importancia de la regulación de la materia estatutaria contenida en el Anexo.

Los Estatutos deberán contener las materias establecidas en el Anexo reglamentario, que regularán al menos los siguientes aspectos:

En cuanto a su constitución: el nombre o denominación de la SPE y los nombres y direcciones de los accionistas fundadores de la misma y el valor nominal o parte de las acciones en poder de los mismos.

El capital inicial.

En cuanto se refiere a las acciones: la subdivisión, consolidación o redenominación de las acciones y sus requisitos en su caso; los derechos pecuniarios y no pecuniarios y las obligaciones inherentes a las mismas (categoría o clase de acciones); la participación en los activos y beneficios de la empresa; los derechos de voto correspondientes; el procedimiento para llegar a un acuerdo sobre cualquier variación de los derechos y obligaciones que corresponden a las mismas (categoría de acciones) y, con sujeción al artículo 14, la mayoría necesaria de los derechos de voto; derechos de suscripción o adquisición preferente, en caso de emisión o transferencia de las acciones; si la transmisión está restringida (limitada) o prohibida, los detalles de la restricción, en particular, la forma, plazo, el procedimiento aplicable, y las normas aplicables en caso de fallecimiento o desaparición de un accionista; si la cesión de acciones requiere la aprobación de la sociedad o de los accionistas o en caso de que otros derechos sean previstos para los accionistas o la sociedad en caso de cesión de acciones, como el derecho de adquisición preferente, plazo de notificación al cedente; existencia de otros derechos que los previstos en el Reglamento, que concedan a los accionistas la obligación de vender sus acciones a otros accionistas o a la sociedad, que vienen obligados a comprar sus acciones y requisitos aplicables en su caso.

Respecto al capital, el ejercicio contable de la sociedad y posibilidad de modificación; si la sociedad viene obligada a constituir reservas y en caso afirmativo, el tipo de reserva, las circunstancias en que deben constituirse y las facultades de distribución.

Si las aportaciones no dinerarias deben ser verificadas por un experto independiente y las formalidades que deben cumplirse.

El momento en que el pago o la aportación efectiva debe efectuarse, y las condiciones que eventualmente pueden regir el pago o la aportación.

Si la sociedad puede proporcionar asistencia financiera, en particular, concretamente, adelantar fondos, conceder préstamos, o proporcionar garantías a cambio de la posibilidad de adquisición de sus acciones por un tercero. Pago de dividendos en su caso y requisitos aplicables.

Si el órgano de gestión está obligado a firmar un certificado de sol-

vencia antes de la distribución y requisitos aplicables. El procedimiento que la sociedad debe seguir para recuperar cualquier distribución ilegal.

Si se permite la adquisición de acciones propias y en su caso el procedimiento que se debe seguir, las condiciones en las que los derechos representativos de las acciones se podrán suspender, transferir o anular.

El procedimiento para aumentar, reducir o modificar el capital social y requisitos en su caso.

En cuanto a la organización de la sociedad: el método de adopción de acuerdos de los accionistas; las disposiciones reservadas del presente Reglamento, así como la mayoría requerida para adoptar acuerdos por los accionistas; la mayoría para aprobar los acuerdos de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento (art. 27, parág. I) y el quórum y la mayoría de los derechos de voto requerida. Con sujeción a los artículos 21, 27 y 29, las normas sobre la propuesta de resolución.

El período de tiempo y la forma en que los accionistas deben ser informados de las propuestas de las resoluciones, y los artículos de la sociedad para celebrar las juntas generales; la forma en que los accionistas deben obtener el texto de cualquier propuesta de resolución, los documentos preparatorios en relación con la adopción de una resolución; la manera en que las copias de una resolución aprobada se deben poner a disposición de los accionistas.

En caso de que los artículos de la sociedad prevean la adopción de algunas o de todas las resoluciones, la manera de convocar la Junta general, los métodos de trabajo y las normas sobre el voto por poder.

El procedimiento y los plazos de la sociedad para responder a las solicitudes de información de los accionistas, el acceso a los documentos de la sociedad, y de notificar las resoluciones que hayan sido adoptadas por el accionariado.

La composición del órgano de dirección de la sociedad. Estructura monista o dualista.

Si se compone de un consejo de administración (estructura monista), su composición y organización.

Si se compone de un director o de uno o varios directores gerentes y de un órgano de vigilancia, su nombre y tipo de órgano, y si existe, composición, organización y su relación con el órgano de dirección.

Los criterios de designación de los directores. Su procedimiento de revocación y designación.

Si la sociedad tiene un auditor o bien los artículos de la sociedad establecen que la sociedad debería tener auditor, el procedimiento para su nombramiento, remoción y renuncia.

Las funciones específicas de los directores distintas de las especificadas en el presente Reglamento.

Si se posibilita autorizar situaciones que impliquen un conflicto real o potencial de interés de un director, si en dicha situación está permitida; la mención de la persona habilitada para autorizar dicho conflicto y los requisitos y procedimientos aplicables para su autorización.

Si las transacciones con partes vinculadas a que se refiere el artículo 32 deben ser autorizadas y sus requisitos.

Las normas relativas a la representación de la sociedad por el órgano de gestión, en particular si los directores representan a la sociedad conjuntamente o individualmente y la posibilidad de delegación de ese derecho. Las reglas que rigen la delegación de poderes de gestión en otras personas.

10. Constitución e inscripción

Como hemos examinado en “las recomendaciones”, la resolución hace especial hincapié en que sin perjuicio del control de legalidad notarial de la escritura pública (“mecanismos de control de la autenticidad y regularidad del instrumento constitutivo”, según la terminología empleada), se considera la necesidad de dotar a la Sociedad Privada Europea de la adecuada publicidad, considerando que debería inscribirse, de conformidad con la legislación nacional de transposición de la Directiva 68/151/CEE, en el Registro correspondiente en el Estado donde estuviera domiciliada, con una dirección postal válida a efectos de notificación como domicilio social, sin perjuicio de los mecanismos de control de la autenticidad y regularidad del instrumento constitutivo.

Pero es que, como hemos examinado, “el texto de la recomendación” se refiere al contenido de la escritura fundacional estableciendo que la misma debe incluir los datos siguientes: la forma jurídica y la razón social de la sociedad; la duración de la sociedad, cuando se constituya para un período limitado; su objeto; su sede; su capital social y los órganos que pueden representarla ante terceros y en los tribunales; y la aportación que debe hacer cada socio por su participación en la sociedad.

También se refiere a la escritura la normativa al hacer referencia a que los gerentes principales sean nombrados por decisión de los socios o en la escritura de constitución de la sociedad.

Volviendo al Reglamento, que no menciona la escritura (quizá por influencia del Derecho francés), se refiere a la inscripción de la SPE que debe inscribirse en el Estado miembro donde tenga la sociedad el domicilio social. Adquiriendo personalidad jurídica desde la inscripción. En los casos de fusión por absorción y escisión adquirirá la forma de SPE por su inscripción según manifiesta la propuesta de Reglamento (art. 9).

La publicación deberá efectuarse de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE (art. 11).

Por tanto, se prevé un breve procedimiento de inscripción específico para la SPE y se remite en dicho tema a los Derechos nacionales. No obstante, la inscripción de la SPE deberá poder solicitarse por vía electrónica. El Reglamento recogerá una lista exhaustiva de los documentos e indicaciones que los Estados miembros podrán requerir para la inscripción de la sociedad.

La inscripción practicada conforme a las normas del Estado donde la sociedad tenga su sede significa en nuestro caso la exigencia de un instrumento constitutivo (escritura pública) amén de otros casos como transformación, fusión, escisión en base al carácter constitutivo *ad solemnitatem* que tiene su otorgamiento, por exigencias de la propia legislación societaria y mercantil hipotecaria por el juego del principio de titulación pública auténtica.

Y es que la propuesta del Reglamento, después de señalar en el artículo 10 las menciones exigibles para la inscripción, señala "que el Registro (¿que no al mecanismo de control de la autenticidad y regularidad del instrumento constitutivo al que se refiere la recomendación?) puede estar sujeto a uno sólo de los siguientes requisitos: a un control administrativo o un órgano judicial de la legalidad de los documentos y los datos de la sociedad o a la certificación de los documentos y los datos de la sociedad".

Por ello, de una manera inminente las propias alternativas al texto de la propuesta han puesto de manifiesto indirectamente la importancia de la escritura pública, pues en los Estados miembros en que no esté previsto más que un órgano de control, la limitación podría dar lugar a vacíos en materia de seguridad. Y es que el control de legalidad que la escritura constitutiva proporciona aunado a la publicidad registral aseguran la plena eficacia constitutiva de la SPE.

No puede sustituirse la escritura pública (contrato de constitución formal) por un módulo estandarizado a compilar y registrar. Tesis propugnada por la propuesta reglamentaria y cuya crítica (propugnada por Giancarlo LAURINI) coincide con la nuestra, pues se trata de incluir formas jurídicas ajenas a nuestra tradición jurídica y que además han puesto de manifiesto la arrogancia e inoperancia de su sistema frente a viejas pero eficaces fórmulas acuñadas en el Derecho Común.

Es necesario destacar que los actos realizados antes de la inscripción de la SPE pueden ser asumidos por la sociedad, en otro caso las personas que hubieran realizado aquellos actos serán responsables conjunta y solidariamente sin límite alguno.

En cuanto a las sucursales se prevé que se rijan por la Ley del Estado miembro en que la sucursal se encuentre y en particular las disposiciones de la Directiva 89/666/CEE.

11. Acciones

Se harán constar en la lista de accionistas que regula el artículo 15. Las acciones con los mismos derechos y obligaciones constituyen una clase. En caso de copropiedad de acciones, los copropietarios se consideran un solo accionista y deben designar un representante común.

Una limitación o prohibición de transferencia de las acciones requiere el acuerdo de los accionistas afectados por la limitación o prohibición, lo que constituye una excepción a las resoluciones de los accionistas que se adoptan por mayoría.

Los acuerdos de transmisión requieren forma escrita. Ejecutada de acuerdo con la normativa reglamentaria y estatutaria se notificará la transmisión, para que el órgano de gestión tome razón de la misma en la lista de accionistas. La notificación es esencial pues respecto del socio surte efecto la transmisión desde que ésta se efectúe, en cambio respecto de terceros se exige la constancia en la lista.

Sin embargo, se ha puesto de manifiesto la necesidad de que la cesión de participaciones tenga lugar en el marco de un procedimiento ante un funcionario público (notario) encargado de proceder a un control de legalidad (identificación, etc.) para prevenir, entre otros peligros, el blanqueo de capitales y en ese mismo sentido se propone que los socios se inscriban en el registro comercial o mercantil y ello con la misma finalidad. Aunque esta segunda proposición es totalmente ajena a nuestro Derecho.

Los artículos 17 y 18 se refieren a la exclusión y la separación que se produce, entre otras, por las siguientes causas: traslado del domicilio social a otro Estado miembro, cambio sustancial de las actividades de la sociedad, no distribución de dividendos durante tres años, etc.

12. Capital social

Expresado en euros, con un capital mínimo de un euro, totalmente suscrito y desembolsado parcialmente. Las aportaciones pueden ser efectuadas en dinero o en especie. La verificación de las aportaciones se regirá por la legislación nacional (arts. 19 y ss.).

Luego se ha opinado que se prescinde en realidad de la tesis societa-

ria de que la cifra de capital es una cifra de responsabilidad, pues dicha cifra es más bien simbólica.

Se sustituye la cifra del capital social como cifra de responsabilidad frente a terceros por el análisis del balance y el test de solvencia.

Por ello, es básico el tema del capital social y las pruebas de solvencia que debemos exigir para proteger a los acreedores. Esta postura es criticada por algunos en el sentido de que las disposiciones de la propuesta de Reglamento respecto del capital mínimo de partida son insuficientes. Una inversión de capital de sólo un euro está en contradicción con el principio de protección de los acreedores y no favorece la confianza de las transacciones comerciales en la forma jurídica de la SPE. Se carece en definitiva de un importante “umbral de seriedad” necesario para la constitución de una empresa. Las experiencias registradas con formas de sociedad nacionales de esa clase han puesto de relieve que tales disposiciones sobre el capital mínimo de partida fomentan la constitución (y, a continuación, rápida insolvencia) de empresas nada serias.

Se ha dicho que si la constitución y el mantenimiento de una sociedad suponen costes administrativos y financieros, dichos costes están plenamente justificados por la plena protección de los socios y terceros.

Para Giancarlo LAURINI sólo podría sustituirse la tesis del capital mínimo por “sistemas alternativos serios”.

En cuanto a la adquisición de acciones propias no pueden adquirirse ni directa, ni indirectamente, ni por persona en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad. Si dichas acciones se anulan se reducirá el capital. Entre tanto, quedarán en suspenso los derechos de voto y otros no pecuniarios vinculados a las mismas. En su caso dichas acciones deben ser vendidas en el plazo de un año.

La reducción de capital requiere una adecuada publicidad y garantía adecuadas a los acreedores, que pueden solicitarla del órgano judicial en los treinta días siguientes a la publicación. Con ello se pretende que los accionistas tengan garantizada su posición frente a una reducción de capital.

Al no exigir una cifra máxima de capital social, esta figura puede ser utilizada por grandes empresas.

13. Organización

Son el órgano de gestión que ejerce todas las atribuciones no reservadas a las resoluciones de los accionistas, como por ejemplo aprobación de cuentas anuales, distribución, adquisición de acciones propias, aumento y reducción de capital, nombramiento y remoción de consejeros y en

su caso de auditores, traslado del domicilio social a otro Estado miembro, transformación, fusión, escisión, liquidación, etc.

Para la adopción de las resoluciones no exige una Junta general aunque sí las resoluciones correspondientes.

Sólo pueden ser directores las personas naturales.

De lo expuesto se colige que los accionistas de la SPE gozan de una gran libertad en cuanto a la organización interna de la sociedad. De este modo, serán los Estatutos los que determinarán la mayoría y el *quórum* necesarios para la adopción de acuerdos y los que prevean que las decisiones en determinadas materias requieren mayorías cualificadas. Además no existirá obligación de convocar Juntas generales reales. La forma de decisión de los accionistas deberá definirse en los Estatutos. Sin embargo, debemos poner de manifiesto que de las resoluciones mencionadas, se adoptan por mayoría aunque algunas exigen mayoría cualificada.

Y ello sin perjuicio de que el Reglamento se propone proteger a los accionistas minoritarios, reconociéndoles el derecho a reclamar ante una autoridad jurisdiccional o administrativa competente determinadas resoluciones o el nombramiento de un experto independiente.

14. Disolución y liquidación

Son causas de disolución las siguientes: la expiración del plazo; por resolución de los accionistas; y en los casos establecidos en la legislación nacional aplicable. La disolución deberá publicarse adecuadamente.

La liquidación se rige por la legislación nacional aplicable.

Será aplicable a la liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos similares la legislación nacional aplicable y el reglamento CE número 1346/2000.

Con esta aproximación hemos tratado de acercarnos a un nuevo tipo social que trata de dotar de una estructura uniforme para toda Europa, para facilitar a las PYME el acceso al mercado único y que introduce profundos cambios en el Derecho nacional de cada Estado armonizado a través del sistema de Directivas, mediante la introducción de un futuro Reglamento Comunitario que altera las bases societarias de nuestro Derecho nacional y que pone en entredicho fórmulas ancestrales que exigen la seguridad del tráfico que es previa a la seguridad económica que demanda el mercado único. No basta con asegurar la llamada "globalización económica". Hay que asegurar los mercados con fórmulas societarias que

protejan la seguridad de los socios y de los terceros que contraten con la sociedad.

La propuesta reglamentaria está servida, pero exige, como se colige de estas líneas, un profundo estudio “fundamentalmente jurídico”, pues no es el mercado único el lugar propicio para realizar ensayos societarios.

15. Bibliografía

FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, Antonio: “Sociedad privada europea, una buena ocasión para reflexionar”. Diario *El Economista*, 10/9/2008.

LAURINI, Giancarlo: “Una ley para el pequeño empresario”. *Escritura Pública* número 53.

EL APODERAMIENTO O MANDATO PREVENTIVO (*)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

*Presidente de la Academia de Jurisprudencia
y Legislación de las Islas Baleares.*

Notario Honorario

SUMARIO: **I.** CONCEPTO Y CARACTERES. **II.** MODALIDADES. **III.** FUNDAMENTO. **IV.** ¿QUIÉN PUEDE OTORGAR UN APODERAMIENTO PREVENTIVO? **V.** ¿QUIÉN PUEDE SER APODERADO? **VI.** FORMA DEL APODERAMIENTO. **VII.** CONTENIDO. **VIII.** EXTINCIÓN.

Las ciencias adelantan que es una barbaridad. Si la memoria no me falla, esta frase era de una canción/un cuplé de moda a principios del siglo xx. Y es cierto que las ciencias adelantan y no menos cierto es que entre estos adelantos se encuentran los de la medicina y ramas del saber conexas que han conseguido un espectacular incremento de la esperanza

(*) Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares el día 20 de noviembre de 2008, en el acto inaugural del Curso Académico 2009-2010.

de vida; lo que nos llena de satisfacción –de seguro que en el siglo XIX yo no les estaría ahora dando la vara– y al mismo tiempo provoca inquietud y alarma, pues a nadie se le escapa que con el paso de los años todos nos vamos deteriorando y se está produciendo un gran aumento de las enfermedades de carácter degenerativo (Alzheimer y de Pick, fundamentalmente).

Y como el Derecho es para la vida, el legislador debe tomar en consideración esta nueva situación y tratar de solucionar el problema. Entre nosotros, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49 de la Constitución, ha dispuesto una serie de mecanismos encaminados a lograr la igualdad entre personas con discapacidad y el resto de los ciudadanos, tal como exige el artículo 9.2 de la propia Constitución.

Esta Ley –que lleva por rúbrica “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”– tiene por objeto inmediato la regulación del patrimonio especialmente protegido, masa patrimonial que queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos al mismo. Además incorpora distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de las personas con discapacidad: modificaciones en el Derecho de sucesiones (arts. 756, nueva causa de indignidad; 782, permitiendo que una sustitución fideicomisaria grave la legítima estricta cuando ello beneficie a un descendiente judicialmente incapacitado; 822, en materia de computación; 831, ampliación de las facultades del testador para poder conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto –protección indirecta de las personas con discapacidad–; y 1041, todos ellos del CC, dispensa de colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes con discapacidad); modificación del contrato de alimentos, nuevos artículos 1791 a 1797 de dicho cuerpo legal que regulan los alimentos convencionales, ampliando así las posibilidades que ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad, como los ancianos; modificaciones de la normativa tributaria, mediante las que se adoptan una serie de medidas para favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos, reforzando los importantes beneficios fiscales que, a favor de las personas con discapacidad, había introducido la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del IRPF y por la que se modifican las Leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes; y la regulación de la autotutela (posibilidad que tie-

ne una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación) en el artículo 223 CC, materia de la que me ocupé extensamente en el trabajo con el que colaboré en los *Estudios de homenaje a Miguel Coll Carreras*, siendo complemento de esta regulación la reforma del artículo 1732 CC, “con objeto de establecer –como leemos en la E. de M. de la mentada Ley 41/2003– que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuidad a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor”.

Y llegamos así al tema central de nuestra charla, los denominados “mandatos de protección” por ARROYO I AMAYUELAS, que afirma haber tomado esta expresión del profesor de la Universidad de Montreal Claude FABIEN, o “apoderamientos preventivos” por MARTÍNEZ GARCÍA y RIBELLES DURÁ, recogiendo, quizá, la terminología del Borrador, de lo que ha pasado a ser la Ley 41/2003 –versión 18-02-2002–, que incluía la regulación de la autotutela en su disposición final sexta juntamente con las modificaciones en materia de poderes, o “aprovechamientos o mandatos preventivos” (BERROCAL LANZAROT), que es la que hemos utilizado nosotros como título de este parlamento.

I. Concepto y caracteres

Con la reforma operada en el artículo 1732 CC por la Ley 41/2003, éste queda redactado del siguiente modo: “El mandato se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario. 3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario. El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

Dos puntualizaciones antes de continuar:

1.ª) La posibilidad de prórroga del mandato ordinario, su no-extinción a pesar de la incapacitación posterior del mandante, dependiente, no sólo de la voluntad de éste, sino también de la discrecionalidad judicial, la

cual se aplica también en la autotutela, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 224 y 234 CC y por continuar manteniéndose el sistema de tutela de autoridad en su modalidad judicial, introducido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

2.^a) Matización de la anterior reforma del artículo 1732, efectuada mediante la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la LEC, que consistió en reintroducir la incapacitación como causa de extinción del mandato, “desfaciendo” así el lapsus en que había incurrido la Ley 6/1984, de 31 de marzo, que había borrado del 1732 la “interdicción” como causa de extinción del mandato, por cuanto la incapacitación –bajo el nombre de “interdicción”– ya existía como causa de extinción del mandato en el originario artículo 1732 CC. Supresión debida –como pone de relieve ARROYO I AMAYUELAS– a la ignorancia del actual legislador sobre el lenguaje jurídico del legislador del siglo XIX, según el cual “interdicción civil” significaba, precisamente, “incapacidad” y no “pena de interdicción”, como, por el contrario, presupuso equivocadamente dicha Ley 6/1984.

Recordemos que la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003 entre nosotros es similar a la que ha tenido lugar en otros ordenamientos jurídicos que, aunque con diferencias, reconocen la subsistencia del mandato o el poder conferido una vez declarada la incapacidad/incapacitación del otorgante. Ejemplos: Inglaterra, que junto al *power of attorney* (poder ordinario) que se extingue con la incapacidad admite el *durable/enduring power of attorney*, un poder irrevocable para el caso de incapacidad del otorgante, a partir de 1985 en la *Enduring Powers of Attorney Act*; Escocia, en la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1990*; con algunas dudas Québec (1991) –arts. 273, 2131, 2166 y 2175 del Código quebequiano–; Alemania, donde el parágrafo 672 BGB establece expresamente la no extinción del mandato por incapacidad sobrevenida y, por tanto, tampoco la del poder otorgado (& 168 BGB), corroborados por el & 1896 del propio BGB, son los denominados *Versorgevollmacht*; e Irlanda desde la *Powers of Attorney Act* de 1996. No navegan en la misma ruta las legislaciones belga (art. 2003 CC), italiana (art. 1772 CC) y Suiza (art. 405 de su Código de obligaciones).

Nuestro legislador no aprovecha la reforma para definir el mandato o apoderamiento preventivo –lo que nos parece lógico y normal–, así como tampoco para calificarlo como tal o emplear otra denominación. Ello da pie para que sean los autores los que se ocupen de esta tarea. Por citar algún concepto doctrinal recogemos dos: el primero, el de MARTÍNEZ GARCÍA, que emplea la expresión apoderamiento preventivo, y que sostiene que es “la declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que

una persona en previsión de una futura incapacidad, más o menos acusada, ordena una delegación, más o menos amplia, de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre”. El segundo concepto se debe a FERNÁNDEZ LOZANO, que también acepta la denominación de apoderamiento preventivo, y que lo define como “el negocio jurídico por el que una persona, en previsión a su –conocida o no– posible incapacidad, otorga a favor de otra u otras personas para que la representen, incluso después de sobrevenida ésta, y hasta que se declare su extinción por el juez tras la declaración judicial de su incapacidad”.

A diferencia de nuestra Ley, la francesa de protección de las personas mayores, Ley 2007-308, de 5 de marzo de 2007, sí da un concepto descriptivo del que denomina mandato futuro de protección en el artículo 477 del Código Civil francés, al establecer que “toda persona mayor de edad o menor emancipada que no sea sometida a tutela puede encargar a una o varias personas, en un mismo mandato su representación, para el caso o por una de las causas previstas en el artículo 425, que no pueda por sí sola atender a sus intereses”; causas del artículo 425 son: alteración constante, sea en sus facultades mentales, sea en sus facultades corporales, que la impidan expresar su voluntad.

Para comprender lo que significan los apoderamientos preventivos hemos de referirnos –como hace MARTÍNEZ GARCÍA– al propio concepto de poder. Sin posibilidad de extendernos en una materia que ha sido objeto de una dilatada y vivísima controversia doctrinal, podemos concluir que el poder es el conjunto de facultades que, mediante una declaración de voluntad receptiva (el apoderamiento), son delegadas de manera unilateral por un sujeto en otro para que éste pueda actuar en nombre del delegante. Partiendo de este concepto –continúa el autor citado–, veamos las características del poder, a saber:

1.^a) Necesidad de distinguir entre el poder, que designa el conjunto de facultades que un sujeto delega en otro, del apoderamiento o declaración unilateral de voluntad de la que el poder nace, de la relación subyacente a causa del otorgamiento del poder, y del negocio representativo, que es el que el apoderado concluye con un tercero en nombre y representación del poderdante. También conviene distinguir entre el poder, en el que la relación representativa es esencial (los efectos del negocio concluido recaerán directamente en la persona del poderdante), de la simple autorización, en la que una persona faculta a otra para obrar en su interés, pero en la que los efectos del negocio concluido recaen en la persona del autorizado, que ha de retransmitirlos después al autorizante (supuesto llamado por algunos de representación indirecta y por otros, como CÁMARA, de interposición de persona).

2.^a) Causa del apoderamiento. El apoderamiento tiene su causa en un contrato o relación subyacente entre el poderdante y el apoderado, que normalmente será un contrato de mandato (por el que el apoderado-mandatario se obliga a gestionar intereses del poderdante-mandante), pero que puede ser de otro tipo: arrendamiento de obra, de servicios, comisión mercantil, gestión de negocios, contrato de trabajo, etc.

3.^a) Apoderamiento abstracto. ¿Cabe el apoderamiento que nazca sin contemplación de ninguna relación subyacente? No lo creen posible CÁMARA y DE CASTRO, por ejemplo, sí otros como CANO MARTÍNEZ DE VELASCO. En lo que sí se está de acuerdo es:

— En la independencia del poder respecto de la relación subyacente.

— Y en la posibilidad del otorgamiento de poderes que no tengan todavía su fundamento en una relación previa. Es nuestro supuesto: el de los apoderamientos preventivos o *ad cautelam*, que se confieren al apoderado en previsión de que el poderdante, en un supuesto determinado, no se halle en condiciones de actuar por sí.

A la vista de lo expuesto, mantiene BERROCAL LANZAROT, si estamos ante un apoderamiento preventivo, sus caracteres, como negocio jurídico, son: unilateral, receptivo, revocable, causal, *inter vivos* (pues la producción de efectos y, por ende, la eficacia de la declaración de voluntad emitida por el titular del derecho tendrá lugar en vida del mismo) y personalísimo (sólo el poderdante puede otorgarlo, sobre la base de la confianza que le merezcan la persona o personas que designe como apoderados); y para el caso de mandato representativo: su carácter gratuito, por regla general, aunque cabe que se fije una retribución; bilateral o unilateral, según sea o no retribuido; y consensual, pues es obligatorio desde que existe el consentimiento.

II. Modalidades

Nuestro legislador, como en tantas otras ocasiones, no se distingue por su precisión. En la E. de M., en el párrafo transcrito al inicio de esta charla, al referirse a la razón de ser de la reforma del artículo 1732, señala que se lleva a cabo “con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación”. Mientras que en la redacción que da al párrafo 2.º del apartado 3.º del artículo de que se trate alude, por un lado, a la incapacitación sobrevenida del mandante y, por otro, a la incapacidad del

mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Ello lleva a la doctrina a preguntarse a qué intención obedece que el legislador emplee términos distintos: incapacidad e incapacitación. La respuesta mayoritaria de los autores —PÉREZ DE VARGAS, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, PUENTE DE LA FUENTE y BERROCAL LANZAROT, entre otros— consideran que la incapacidad a la que se refiere el legislador es tanto la incapacitación judicial como la incapacitación de hecho o natural (discapacidad). De otra forma, no sólo se quebraría la finalidad del apoderamiento como instrumento alternativo a la incapacitación judicial y para situaciones transitorias de merma de capacidad, sino también se impediría la eficacia plena de la voluntad del poderdante al hacer depender tanto la subsistencia del apoderamiento como el comienzo de sus efectos de una decisión judicial.

Del ya expuesto párrafo 2.º del apartado 3.º del artículo 1732 se desprenden dos modalidades de la figura que estamos examinando:

A) Apoderamiento continuado o poder con ultractividad, según la terminología de PEREÑA VICENTE o MARTÍNEZ GARCÍA, que es aquél que en su otorgamiento incorpora la previsión expresa de que no se extinga a pesar de una eventual incapacitación del poderdante. Se trata, por tanto, de un poder que desde el primer momento despliega todos sus efectos y que, en principio, no se ven alterados por la pérdida de capacidad del poderdante. Como dice el precepto, aquel que no se extingue porque en el mismo mandato se hubiese dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación sobrevenida del mandante; y como dice JIMÉNEZ CLAR, trátase de un poder en el que el poderdante “blinda el poder y protege sus efectos frente a su futura incapacitación”.

B) Y el apoderamiento o poder preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*, que es el que se otorga en previsión de una futura pérdida de capacidad, por lo que el poder no producirá efectos hasta que se produzca esa pérdida de capacidad, que vendría a ser algo así como la condición suspensiva de cuyo cumplimiento depende que el poder despliegue o no sus efectos. Como dice el legislador, en el repetido apartado 3.º del artículo 1732, el mandato no se extinguirá si se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Incapacidad que, conforme a lo antes expuesto, incluye tanto la incapacidad (discapacidad) de hecho, como la incapacitación judicial.

Ante la falta de una regulación completa de la materia, esta modalidad de apoderamientos preventivos plantea múltiples problemas:

— De una parte, la determinación de las condiciones a las que el apoderado-mandatario ha de acomodar su actuación: por ejemplo, criterios a los que ha de acomodar su toma de decisiones —mantenimiento de la vida

independiente del poderdante o su acogimiento en alguna institución adecuada, etc.

— Y de otra, determinar qué grado de discapacidad provocará la entrada en vigor del poder y quién determinará que se ha llegado a tal grado de discapacidad. Problemas que el propio poderdante deberá intentar solucionar en el documento en que se formalice el apoderamiento o en documento diferente.

No conviene olvidar que ambas modalidades de apoderamiento actúan respecto de quienes han perdido su capacidad de autogobierno (incapacidad de hecho o incapacitado judicialmente), no en cuanto a quienes padecen una discapacidad física manteniendo una plena capacidad intelectual y/o volitiva. En todo caso, tanto la discapacidad física, como una enfermedad o la propia vejez de un sujeto plenamente capaz de obrar, pueden aconsejar —como puntualiza BERROCAL LANZAROT— un mandato ordinario, pero no preventivo, con el objeto de lograr una adecuada gestión de su patrimonio y cuidado de su persona.

III. Fundamento

A nuestro modo de ver, la razón de este instituto coincide con el de la autotutela, que como expuse en su día se halla en la facultad de autorregulación que el ordenamiento jurídico reconoce a todo sujeto de derecho mayor de edad, proyectada —como señala PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ— al momento en que su capacidad llegue a faltar, lo que permite a una persona prever su propia incapacidad y establecer las medidas necesarias para cuando ésta se produzca, respetando así el principio de plena libertad personal, pues ¿quién mejor que el propio interesado para —estando en condiciones de hacerlo— designar a la persona que desea se ocupe de sus asuntos?

Coincide su fundamento con el atribuido, no sólo a la autotutela, sino también con el de las instrucciones previas (las denominadas voluntades anticipadas y más conocidas con la denominación de “testamento vital”, traducción castellana del término anglosajón *living will*, cuya paternidad corresponde a la jurisprudencia norteamericana, y que están reguladas con carácter general en el art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), así como con la posibilidad de iniciar el presunto incapaz su propio proceso de incapacitación (art. 757 LEC).

Fundamento, en resumen, que no es otro que el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de nuestra Constitución.

IV. ¿Quién puede otorgar un apoderamiento preventivo?

Como cuestión previa podemos preguntarnos si, al igual que en la tutela (cfr. art. 223 CC), podrán los padres conferir poderes en nombre de sus hijos para el caso de que éstos lleguen a estar incapacitados.

Nada prevé el Código al respecto, pero –como destaca PEREÑA VICENTE– la aplicación de las reglas ordinarias del contrato de mandato impiden responder afirmativamente. Recordemos, además, que, al hablar de los caracteres de este tipo de apoderamientos, dijimos que eran personalísimos.

No sucede lo mismo en Francia, donde, tras la reforma de su Código Civil por la citada Ley 2007-308 –que ha ubicado los apoderamientos preventivos entre las instituciones tutelares, aunque su estructura sea la del mandato–, prevé expresamente en su artículo 477 que los padres o el que sobreviva de ellos, si ejercen la patria potestad, puedan nombrar un mandatario que represente al hijo, si éste pierde la capacidad y ellos faltan o no pueden cuidar del mismo.

Tampoco debemos olvidar que ésta sea una idea totalmente ajena a nuestro legislador, ya que al regular el patrimonio protegido en la misma Ley 41/2003, concretamente en su artículo 5, establece que, cuando el administrador del patrimonio no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos que lo integren.

La cuestión central es la de la capacidad que se exige para otorgar un apoderamiento preventivo.

Nuestro Código, ni con relación al régimen general aplicable a los apoderamientos, en definitiva, al contrato de mandato (arts. 1709 y ss.), ni, por supuesto, al específico del apoderamiento preventivo, que carece de una regulación propia, dedica precepto alguno a la capacidad del poderdante. La cuestión queda, por tanto, remitida a la más general de la capacidad que se exige para conferir a otro de la representación.

A este respecto, en la doctrina se ha discutido si la capacidad para otorgar un negocio jurídico de apoderamiento es la general del negocio jurídico o la especial del negocio jurídico para el que se otorga el poder de representación (del negocio jurídico representativo). DÍEZ-PICAZO escribía en 1979 que la aplicación al apoderamiento de las reglas generales sobre la capacidad para contratar y para obligarse parece plausible, aunque presente la dificultad de que el apoderamiento no es, en rigor, un contrato. La aplicación de las citadas reglas, contenidas en el artículo 1263 CC, excluiría a los menores no emancipados y a los locos, dementes y sordomudos que no sepan escribir (hoy, aclaramos nosotros tras la modificación introducida en el art. 200 CC por la Ley 13/1983, de 24 de octubre,

los afectados por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma). La aplicación de estas reglas —continuaba afirmando Díez-PICAZO—, en forma generalizada, presenta dos tipos de dificultades. La primera surge al pensar que la capacidad para el otorgamiento del poder debe ponerse en relación con los negocios jurídicos concretos que el poder contemple y con las facultades que se vayan a conferir al apoderado. Así, creemos que el menor emancipado puede otorgar poderes de representación siempre que lo haga para aquellos actos para los que tiene plena capacidad de obrar. Si el menor emancipado no puede por sí solo tomar dinero a préstamo o gravar y vender bienes inmuebles, parece que no lo podrá realizar por medio de apoderado y que será inválido el poder que a éstos se otorgue. Mas si llegamos a esta conclusión, no se ve tampoco especial dificultad para que pueda otorgar un apoderamiento el menor emancipado, siempre que las facultades que confiera a un apoderado tengan por objeto aquellos actos que él pudiera realizar por sí mismo. En otro sentido, parece claro que el negocio realizado por los menores —y entre ellos el de apoderamiento— no será en ningún caso absolutamente nulo, sino sólo anulable a instancia de las personas a quienes corresponda su representación legal o al propio menor en el momento de su llegada a la mayor edad.

¿Podemos trasladar todo lo expuesto al campo de los apoderamientos preventivos? Respecto del menor emancipado parece clara la respuesta afirmativa: podrá conceder un poder preventivo si el ámbito de éste es aquel en el que, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 323 y siguientes del CC, tiene capacidad para actuar sin intervención de sus padres o del curador.

¿Y qué sucede con los incapacitados sometidos a curatela? No parece exista obstáculo para que, en el ámbito en el que conserve su capacidad, pueda otorgar un poder, sea éste preventivo o no. Negar esta posibilidad, escribe PEREÑA VICENTE, supone restringir sin argumentos la capacidad que el juez no ha limitado. En este caso, ¿será necesario que concorra el curador para la validez del poder? El legislador francés, en el reformado artículo 477, exige la asistencia del curador. Entre nosotros, la respuesta que nos parece más adecuada es estar —de conformidad con lo prevenido en los arts. 288, 289 y 290 CC— al ámbito del poder y a lo prevenido en la sentencia de incapacitación: si el poder incluye actos que el poderdante no puede hacer sin asistencia del curador, se impondrá su presencia, y ésta no será precisa en el supuesto contrario.

V. ¿Quién puede ser apoderado?

De nuevo, la Ley 41/2003 nada dice al respecto, lo contrario que hace la repetida Ley francesa 2007-308, que en el reformado artículo 480 del Código napoleónico dispone que el apoderado puede ser persona física o jurídica y debe tener la misma capacidad y cumplir las mismas condiciones que se exigen para los cargos tutelares por el artículo 395 y el apartado segundo del 445.

La cuestión queda así reconducida a la planteada en sede de mandato. Trátase de decidir si es o no posible que actúen como representantes personas que carecen de plena capacidad de obrar o cuya capacidad se encuentre limitada. Es ésta una cuestión largamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia, que no han llegado nunca a unas conclusiones unánimes, dibujándose claramente dos posiciones diversas. Para una de ellas, el representante no necesita poseer las condiciones o cualidades que determinan la plena capacidad de obrar, sino simplemente las condiciones naturales necesarias para entender y querer, de acuerdo, en cada caso, con la naturaleza y el contenido del negocio de que se trate. Para otros, la plena capacidad legal de obrar es necesaria para poder actuar como representante.

Los defensores de la primera de estas posturas –mantenida, entre otros, por O'CALLAGHAN, PUIG BRUTAU, DíEZ-PICAZO, MARTÍNEZ GARCÍA, LEÓN ALONSO y BERROCAL LANZAROT– aducen a su favor, como señala MOSCO, argumentos de orden histórico, práctico y dogmático. Desde el punto de vista histórico, se señala que ya el Derecho Romano admitió la gestión representativa llevada a cabo por personas carentes de plena capacidad, especialmente como *procuratores* o como *institores*. Desde el punto de vista práctico, se han aducido razones de oportunidad. BETTI señaló que, si bien la regla que permite la actuación representativa de personas carentes de plena capacidad de obrar es discutible desde el punto de vista de la lógica y de los principios, se justifica en virtud del interés del representado, para quien agiliza su actuación por medio de intermediarios. Por último, planteada la cuestión en un terreno estrictamente jurídico –afirma DíEZ-PICAZO–, no puede olvidarse que la impugnación de los negocios jurídicos por defecto de capacidad es siempre una medida de protección del incapaz, otorgada a éste o a sus representantes legales exclusivamente. Los que contratan con el incapaz carecen de acción de anulación. Ello significa que el incapaz podría impugnar la aceptación del encargo representativo y de este modo quedar inmune a las consecuencias que en vía de responsabilidad tenga para él la ejecución del encargo, a salvo el posible enriquecimiento injusto; pero que, en cambio, el incapaz no podría impugnar los contratos que hubiera celebrado en “nombre” del *dominus*,

porque en ellos no es parte. Tampoco podrá el *dominus* impugnar ni el apoderamiento ni los negocios del impugnado, por defecto de capacidad de éste, dado que carece de la acción destinada a ello y que él ha hecho posible con sus actos esa actuación representativa, debiendo, por consiguiente, asumir el riesgo.

¿Puede un menor emancipado actuar como representante? Para responder a esta pregunta nos encontramos con el artículo 1716, conforme al cual “el menor emancipado puede ser mandatario; pero el mandante sólo tendrá acción contra él de conformidad con lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores”. Artículo 1716 que ofrece graves dificultades de interpretación. Por un lado, al incluir a los menores emancipados parece estar excluyendo a los no emancipados. Por otro, aplicar a los emancipados las reglas generales de irresponsabilidad contractual de los menores en el mandato parece contrario a la regla del artículo 323 del propio Código. Para DE CASTRO, el repetido 1716 es un cuerpo extraño dentro del sistema del CC, que obedece tal vez a haber seguido demasiado de cerca al Código napoleónico y al italiano de 1865 y propone para entenderlo interpretarlo en el sentido de que el mandatario menor emancipado se obliga conforme a lo dispuesto respecto a las obligaciones de “cada clase” de los menores.

Por su parte, PEREÑA VICENTE considera que la regla del artículo 1716 está prevista para proteger al menor emancipado que no tiene plena capacidad, frente al mandante, pero en el caso de los apoderamientos preventivos se da la circunstancia de que quien está más necesitado de protección es el representado, que es incapaz. Por ello, entiende que, en este supuesto, deberá exigirse al representante plena capacidad y ello con independencia de los actos que comprenda el poder.

¿Puede ser designado representante una persona jurídica? No existe dificultad para responder afirmativamente a pesar del silencio de nuestro Código, a diferencia de la Ley francesa 2007-308, de reforma del artículo 480 de su CC, donde lo admite expresamente. En estos supuestos, afirma FERNÁNDEZ LOZANO, las personas jurídicas actuarán a través de sus representantes orgánicos (administradores). Extremo que hay que diferenciar claramente de la representación voluntaria conferida por la persona jurídica. A saber, si el contenido del poder preventivo es “vender”, ¿podría ejercitar el poder el representante voluntario de la persona jurídica a quien ésta ha otorgado facultades de vender? La respuesta ha de ser negativa, puesto que la persona jurídica, al otorgar a través de su representante orgánico facultades de representación al representante voluntario, lo hace por los actos en que esté directamente implicada ella misma, no para aquellos otros en los que ésta actúe como representante

voluntario de un tercero. Distinta es la respuesta en el caso de que el administrador de la persona jurídica apoderada otorga poder a favor de un tercero “para el ejercicio de las facultades contenidas en el poder otorgado a favor de la persona jurídica”, supuesto en el que estaríamos realmente ante una sustitución de poder.

¿Y cabe la sustitución de poder? Es en el contrato de mandato donde el régimen de la sustitución se desenvuelve. Mas no se percibe obstáculo para aplicarlo al poder lo mismo que al mandato. Son palabras de PORPETA CLÉRIGO, seguidas por la casi totalidad de los autores (DÍEZ-PICAZO, FERNÁNDEZ LOZANO y un largo etcétera); incluso el TS se pronuncia sobre la sustitución en el mandato y en la relación representativa, utilizando ambas expresiones de forma indistinta, v. gr., S. de 9 de mayo de 1958. En este extremo de todos son conocidos los artículos 1721 y 1722 CC, que admiten la sustitución en el mandato siempre que el mandante no lo haya prohibido y el criterio diametralmente opuesto en el ámbito mercantil de los artículos 261 y 296 CCom. El examen de las diferencias entre sustitución propiamente dicha –que supone la extinción de la relación representativa que unía al apoderado sustituyente con el poderdante (principal)– y el subapoderamiento –que es una delegación revocable que deja intacta la posición del apoderado y que le permite, además de conservar su primitivo poder, comportarse desde todos los puntos de vista frente al subapoderado como un verdadero poderdante–, puestas de relieve en 1945 por el nombrado notario PORPETA CLÉRIGO, exceden del marco de esta charla, limitándonos a afirmar que todo lo que se acaba de exponer es, a nuestro entender, de plena aplicación en sede de apoderamientos preventivos.

VI. Forma del apoderamiento

La reforma de mínimos llevada a cabo por la Ley 41/2003 nada establece sobre la forma de los poderes preventivos, por lo que tenemos que recurrir al régimen del mandato, extensible al apoderamiento.

El negocio de apoderamiento responde, en sede de forma, al principio espiritualista de nuestro ordenamiento jurídico, heredado del Ordenamiento de Alcalá, “de cualquier manera que el hombre quiera obligarse quede obligado” (Ley única de su título XVI).

En nuestro CC, además de la norma general del artículo 1278, respecto del mandato, el artículo 1710 establece que: “El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aún de palabra”, siendo múltiples las sentencias del TS que consagran el indicado principio de libertad de forma del apoderamiento, si bien la

mayor parte de ellas se refieren al mandato (por todas, la S. de 21 de marzo de 2003).

En el Derecho comparado encontramos el mismo principio en el Código napoleónico y en el BGB (cuyo parágrafo 167 prescribe que “el poder de representación no requiere la forma prevista para el acto jurídico que se relaciona con el apoderamiento”). Contraria es la solución adoptada por el CC italiano (art. 1392, “el apoderamiento no surtirá efecto si no ha sido otorgado en la forma prevista para el contrato que el representante debe concluir”) y el CC portugués (art. 262, “salvo disposición legal en contrario, el apoderamiento revestirá la forma exigida para el negocio que el representante deba realizar”).

En nuestro Derecho no existe una norma similar a las expuestas. DíEZ-PICAZO niega su admisión, argumentando que, para sostenerla, sería necesario que la voluntad del representado tuviera validez únicamente incorporada a una determinada forma, de tal manera que la forma fuese el único vehículo de manifestación de esa voluntad, lo que no ocurre siempre en nuestro Derecho.

Para FERNÁNDEZ LOZANO es clara la aplicación de la regla general de libertad de forma cuando para el negocio jurídico a celebrar en el ejercicio del poder conferido la Ley exige una forma *ad probationem* o “forma de valer”. Sin embargo, cuando para un determinado negocio se requiera una forma *ad solemnitatem* o forma de ser, como excepcionalmente ocurre (v. gr., donación de inmuebles, capitulaciones, censo enfiteútico y en la hipoteca), el poder en virtud del cual se pretenda la celebración de dicho negocio jurídico deberá revestir la misma forma que la exigida legalmente a éste. Como han afirmado CÁMARA, LORA-TAMAYO y BOLÁS ALFONSO, cuando la Ley exige una forma con carácter esencial, esta exigencia ha de aplicarse a la totalidad de los elementos del negocio.

El expuesto artículo 1710 admite, con carácter general, los mandatos/apoderamientos expresos dados por instrumento público o privado y aun de palabra. Tratándose de los apoderamientos preventivos, la forma escrita (instrumento público o privado) deberá ajustarse a lo que acabamos de consignar. Extraño es, desde luego, que no se haya exigido la escritura pública —como lo ha hecho, por ejemplo, el legislador aragonés en el art. 95 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona— habida cuenta de sus efectos probatorios y ejecutivos (cfr. arts. 1218 CC y 319 LEC). No nos parece admisible, sin embargo, la forma oral por cuanto la conformidad del poderdante —ratificación, en su caso— deberá tener lugar, por definición, cuando carezca de capacidad por su incapacitación sobrevenida.

Tampoco nos parecen admisibles los apoderamientos preventivos tácitos, por la misma razón que acabamos de expresar, cualquiera que sea la

tesis que adoptemos respecto de los mismos (teoría del apoderamiento tácito como una aplicación de las declaraciones tácitas de voluntad o negocios realizados *per facta concludentia*; teoría del apoderamiento tácito basado en la responsabilidad por hecho lícito o por culpa *in contrahendo*; o teoría del apoderamiento tácito como una forma de protección de la apariencia jurídica).

El tema de la forma presenta otro aspecto; el relacionado con la publicidad de estos poderes. Así como la propia Ley 41/2003, al regular la autotutela en el reformado artículo 223 CC, establece expresamente que los documentos públicos relativos al nombramiento del tutor –ya sean los otorgados por los padres o por el posible incapacitado– se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado, nada dice en materia de apoderamientos preventivos.

Según LEÓN ALONSO, lo ideal, tanto desde el punto de vista de la apariencia y la publicidad frente a terceros, como desde el relativo al riesgo que para el patrimonio del mandante significa el artículo 1738 CC (eficacia de lo hecho por el mandatario respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe), sería dotar al tráfico de la contratación civil de los instrumentos necesarios para que el representado pudiera hacer llegar a los terceros el hecho de la revocación y, en su virtud, la falta de representación del apoderado, así como, añadimos nosotros, la existencia misma de los poderes.

En la misma línea, MASOT MIQUEL, después de señalar que, en caso de uso del poder revocado por el apoderado, ni está suficientemente protegida la situación jurídica del poderdante ni tampoco la de los terceros con quienes se ha contratado, considera que mayor seguridad tendrían los terceros que contratan en base a la existencia del poder si pudieran cerciorarse de que realmente el poder está vigente por no haber sido revocado.

Considera FERNÁNDEZ LOZANO que el auge de las nuevas tecnologías y el hecho de que el otorgamiento de poderes se realice, generalmente, en escritura pública, así como el que su revocación tenga lugar ante notario, con notificación de la revocación por este conducto al apoderado y requerimiento para la devolución de la copia del poder, puede permitir, y así estima muy conveniente, la creación de un Registro público de revocación de poderes.

Sin ningún valor oficial y en fase de experimentación, el Consejo General del Notariado creó en 2001 un Archivo de revocación y otras causas de extinción de poderes y que constituía una herramienta de trabajo muy importante en la labor de reforzamiento de la seguridad jurídica.

Esta idea cristalizó en el RD 45/2007, de 19 de enero, de reforma del

Reglamento Notarial (arts. 164, 178, 197, disp. adic. única y disp. final 1.^a); reforma que ha quedado sin efecto *por mor* de la S. del TS de 20 de mayo de 2008 al declarar la nulidad de las disposiciones citadas por carecer de cobertura legal, rigiendo en esta materia el principio de reserva de Ley (art. 149, 1, 8.^a y 18 CE).

Si no existe el Registro de poderes y se desconoce su existencia, ello no impedirá que el apoderado tenga en sus manos el documento en el que conste el apoderamiento y haga uso de él, sin que el juez pueda revocarlo, como permite el artículo 1732, por desconocer su existencia.

Muy acertada es la propuesta de TENA ARREGUI, compartida por PEREÑA VICENTE, quien entiende que la referencia del artículo 223 para la autotutela debe comprender a los poderes preventivos, por cuanto en el documento público notarial correspondiente, además de la designación de tutor, se pueden adoptar disposiciones relativas a la propia persona o bienes, y no cabe duda de que un poder general de administración y disposición de bienes, otorgado en previsión de la propia incapacidad o con cláusula de subsistencia llegada aquélla, está incluido dentro de su tenor. Por esta razón considera que el notario estará obligado a comunicar de oficio el otorgamiento del poder al Registro Civil. Estamos de acuerdo con esta idea, si bien nos preguntamos si la legislación de dicho Registro permite actualmente su anotación o indicación al margen de la inscripción de nacimiento. Pregunta que nos parece merece una respuesta negativa al no haberse llevado a cabo la reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, al haber caducado el proyecto que había por no haber concluido su tramitación en la anterior legislatura (1).

VII. Contenido

Aplicando de nuevo, ante el silencio de la Ley 41/2003, la normativa relativa al contrato de mandato, es clásica la distinción entre mandatos generales y especiales. Los primeros comprenden todos los negocios del mandante y los segundos uno o más negocios determinados (art. 1712). El artículo siguiente, el 1713, añade que el mandato concebido en térmi-

(1) Tras la finalización de este trabajo llega a nuestras manos el Texto del Proyecto de Ley de reforma de dicha Ley del Registro Civil de 1957, aprobado por la Comisión de Justicia el 19 de noviembre de 2008 –y publicado en el *B. O. de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, el 26 siguiente (Serie A, núm. 5-8)–, en el que se añade un nuevo artículo 46 ter, donde se establece que: “En todo caso el Notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante”.

nos generales no comprende más que los actos de administración y que para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso; y finaliza estableciendo que la facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores.

Que los apoderamientos preventivos se confieren con facultades en el ámbito patrimonial no plantea dudas a la doctrina (ARROYO I AMAYUELAS, MARTÍNEZ GARCÍA, BERROCAL LANZAROT).

Más problemático resulta el otorgamiento de un mandato preventivo que incluya la toma de decisiones en el ámbito personal, cuando tales decisiones tengan especial repercusión sobre la integridad de la persona o puedan incluso afectar a su vida. ARROYO I AMAYUELAS, para el supuesto de que la persona afectada –el mandante/poderdante, aclaramos nosotros– no pudiera adoptar dichas decisiones por sí misma o, incluso adoptadas, éstas no estuvieran claras o se consideraran inadecuadas al estado de la medicina en el momento de ejecutarse, se pregunta si debería permitirse a quien no es representante legal del paciente –simple mandatario– otorgar el consentimiento en su nombre o interpretar su voluntad. Tras examinar la reforma llevada a cabo en Québec –que sí lo autoriza (arts. 11, 12, 13 y 15 de su CC)–, entiende que la respuesta no está excesivamente clara en nuestra legislación reguladora de las voluntades anticipadas. Limitándose a la Ley estatal ya citada (Ley 41/2002), destaca cómo en el artículo 9.3 se regula el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, manteniendo que si “el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. De esta manera se está aludiendo esencialmente con la “desgraciada expresión” de personas vinculadas “por razones de hecho” al conviviente no casado, pero muy dudosamente al representante voluntario o mandatario. Por otra parte, en el artículo 11.1 sí cabría incluir la legitimación del mandatario, por cuanto este precepto contempla la posibilidad de redactar un documento de instrucciones previas y en éste “el otorgante... puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. Finaliza este autor inclinándose por entender que, aun a falta de instrucciones precisas, el mandatario debería poder “sustituir” la decisión del mandante o, en su caso, interpretarla, por lo que bastaría un poder general para actuar en el ámbito personal.

Menos dudas tiene BERROCAL LANZAROT, para la cual, ante la plena libertad de actuación que tiene el poderdante para prefijar el contenido del apoderamiento preventivo, puede formar parte del contenido de tales apoderamientos todo lo que afecte a la esfera personal del poderdante,

sea relativo a su cuidado personal (alimentos, acogimiento familiar, internamiento en una residencia geriátrica o de salud mental, cuando las circunstancias así lo aconsejen), como a la aplicación de determinados tratamientos médicos o para la realización de determinadas intervenciones sanitarias.

Nos parece que esta última interpretación –que podemos calificar de “generosa”– es la más adecuada para la protección de los intereses del poderdante, partiendo, además, de la base de que éste habrá elegido a una persona de su total confianza.

VIII. Extinción

Según el reformado artículo 1732, número 3, párrafo 2.º *in fine*, “el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”. En términos similares se expresa el artículo 483 del CC francés, que añade la muerte de la persona protegida, que, asimismo, actuará entre nosotros por establecerlo así el citado artículo 1732, en el párrafo 1.º del mismo número 3.

Como señala PUENTE DE LA FUENTE, la variedad de formas –refiriéndose, sin duda, al contenido– que puede adoptar el mandato hace que la decisión de dejar subsistente o de ordenar la extinción del mismo no pueda resolverse en términos generales, sino que es una de esas situaciones jurídicas que deben ser resueltas caso por caso; y que puede adoptarse la decisión por parte del juez que el tutor se ocupe sólo de la guarda y protección de la persona (art. 215 CC), atendiendo el apoderado lo referente a los bienes, o a la inversa.

Lo que es evidente es que hasta que el juez no declare extinguido el poder, el apoderamiento coexistirá con el órgano tutelar nombrado; coexistencia que resultará más difícil si estamos ante un mandato general.

Opina BERROCAL LANZAROT que, si se trata de incapacitación total y se ha designado tutor, éste podrá controlar al mandatario en tanto se mantenga la vigencia del apoderamiento y que si la incapacitación es parcial y se ha nombrado curador, resultará más lógico el planteamiento de subsistencia del mandato. En todo caso, resultará conveniente que en la sentencia de incapacitación se contengan disposiciones claras sobre estos extremos.

Sobre la base de lo dispuesto en el repetido artículo 1732, el mandato preventivo se podrá, asimismo, extinguir por revocación del mandante mientras éste conserve capacidad para ello, y por renuncia del mandatario, supuesto éste que puede plantear la duda de a quién debe comunicarse la renuncia, pues en el caso de apoderamiento *ad cautelam* no existe

representación legal del nombrado y el poderdante carece de capacidad para ello. En opinión de JIMÉNEZ CLAR, la iniciativa más razonable es ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Y con lo dicho ponemos punto y final a este parlamento, donde creemos haber dejado clara la utilidad de este tipo de poderes, especialmente para la parte interesada, que va desde la aparición de los primeros síntomas de la enfermedad invalidante hasta la constitución del organismo tutelar, previa la declaración de incapacidad. Pero que nadie extraiga la conclusión de que con su otorgamiento se resuelven todos los problemas de los incapaces o incapacitados, porque éstos no quedan protegidos ni de sus propios actos –al no quedar a salvo de presiones o engaños de terceros que, en los inicios de su enfermedad degenerativa, les puedan inducir a celebrar un negocio jurídico gravemente dañoso para sus intereses–, ni frente a los abusos de poder de aquel en quien confiaron, pero a quien ya no pueden controlar.

Una nueva regulación de la materia, en la que se configuren en perfecto equilibrio y armonía todos los intereses en juego, sería de desear.

Mil gracias por su atención, con el ruego de que consideren esta charla como el medio que he considerado más adecuado para despedirme en público de todos ustedes, por cuanto el próximo día 1 de enero cese en mi condición de presidente de esta Academia, por haber agotado los plazos marcados en sus estatutos.

¡Gracias!

EL ASEGURAMIENTO DE LA VIVIENDA (*)

M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: **I.** ASEGURAMIENTO DE LA VIVIENDA. CONSIDERACIONES GENERALES. **II.** SEGURO OBLIGATORIO DEL PROMOTOR. **1.** Introducción. **2.** Seguro decenal. **3.** Seguro de daños materiales. **3.1.** *Algunos problemas en la configuración del seguro: los conceptos de asegurado, interés y objeto asegurado, siniestro y suma asegurada como límite de la indemnización.* **3.2.** *La opción del asegurador de optar por el pago o por la reparación in natura.* **3.3.** *Pago de la prima.* **3.4.** *Exclusiones de cobertura.* **3.5.** *Plazos relevantes en el seguro decenal.* **4.** Coexistencia del seguro del promotor con otros seguros. **III.** SEGUROS CONCERTADOS POR LOS PROPIETARIOS Y POR LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. **1.** Aseguramiento de los edificios. Seguros para edificios de vivienda. **2.** Seguros del propietario. **IV.** RESPONSABILIDAD DE PROPIETARIOS O DE LA COMUNIDAD POR DAÑOS A TERCERO. **1.** Responsabilidad de propietarios (o de la comunidad de propietarios) por daños a tercero. **2.** Seguro de responsabilidad civil. **3.** Subrogación del asegurador (de daños) contra el responsable civil. **4.** Seguro múltiple. **V.** FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

(*) Versión escrita de la ponencia defendida en el curso "El derecho a una vivienda digna", celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, el 25 de junio de 2008. Trabajo realizado en el marco del Proyecto MCYT DER2008-01169 (Validez y eficacia de actos y normas, del que es investigador responsable el profesor Jesús Delgado).

I. Aseguramiento de la vivienda. Consideraciones generales

La cultura del seguro en materia de vivienda ha aumentado en los últimos años entre nosotros. En el año 1991, las pólizas del hogar representaban aproximadamente el 30 por 100 de las viviendas de España, y en 2004 se llegó a un nivel de aseguramiento del hogar del 62 por 100, y desde entonces esta tendencia creciente se ha mantenido hasta el segundo trimestre del año 2007 (1), donde, como consecuencia de la crisis inmobiliaria, se ha producido una disminución en el número de pólizas contratadas y en el total de las primas pagadas. Algo parecido puede señalarse para el seguro multirriesgo de edificios o comunidades.

Según las estadísticas elaboradas por ICEA sobre un total de doscientas entidades que representan una cuota de mercado del 98 por 100, hasta el año 2007 las primas pagadas por seguros multirriesgo del hogar y comunidades experimentan un incremento anual superior al 8 por 100 (del 11,1 por 100 y 9,6 por 100, respectivamente, en el año 2006; 12,3 por 100 y 11,9 por 100, respectivamente, en el año 2005; 12,1 por 100 y 12,6 por 100, respectivamente, en el año 2004; 14,1 por 100 y 11,8 por 100, respectivamente, en el año 2003).

Estimación al 100 por 100 del sector para una muestra de doscientas entidades con una cuota de mercado del 98,0 por 100			
RAMO O MODALIDAD	VOLUMEN ESTIMADO 2005 (Sumas)	VOLUMEN ESTIMADO 2006 (Sumas)	CRECIMIENTO (%)
Total Seguro Directo	52.607.171.213	54.535.974.055	3,7
No Vida	30.154.744.203	31.781.369.627	5,4
Multirriesgos	5.052.246.749	5.458.666.638	8,1
Hogar	2.652.018.024	2.876.269.348	8,5
Comercio	593.083.755	630.286.187	6,3
Comunidades	557.730.531	604.541.034	8,4
Industrias	1.158.365.822	1.255.555.386	8,4
Otros	91.048.615	92.014.685	1,1

Existe un evidente paralelismo entre los datos de transacciones inmobiliarias proporcionados por el Ministerio de la Vivienda y el número de pólizas concertadas. Asimismo, el incremento en el precio de las pólizas guarda relación con el incremento del precio de la vivienda.

(1) ICEA, Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones. *El seguro multirriesgo del hogar. Datos de evolución* (<http://intranet.icea.es/Almacen/Index.htm>).

Número total de transacciones inmobiliarias de viviendas (2):

	Año 2004	Año 2005 (Por trimestres)	Año 2006	Año 2007
TOTAL NACIONAL	190.442	196.438	233.669	230.775
	223.895	241.389	251.649	227.562
	201.089	216.333	221.610	186.504
	232.964	247.405	248.258	183.180

La desaceleración en la venta de vivienda tiene su reflejo en los datos estadísticos de los seguros multirriesgo del hogar, aunque la nueva producción presenta un incremento de primas y pólizas en el multirriesgo de comunidades. En efecto, para los seguros de nueva producción, los datos a marzo de 2008 son los siguientes (3):

Primas a marzo 2007 (euros)	Hogar	92.537.958
Primas a marzo 2008 (euros)	Hogar	89.903.174
		Incremento -2,85%
Primas a marzo 2007 (euros)	Comunidades	16.259.786
Primas a marzo 2008 (euros)	Comunidades	17.298.929
		Incremento 6,39%
Pólizas a marzo 2007	Hogar	540.699
Pólizas a marzo 2008	Hogar	516.679
		Incremento -4,44%
Pólizas a marzo 2007	Comunidades	19.388
Pólizas a marzo 2008	Comunidades	19.811
		Incremento 2,18%

Los seguros multirriesgos del hogar son seguros concertados de forma voluntaria por los propietarios de vivienda. Se trata de la posibilidad de cubrir mediante una única póliza varios riesgos. Aunque existen variedades en las pólizas, el interés típicamente asegurado en el multirriesgo hogar cubre tanto el continente (los daños en la propia vivienda, a veces con inclusión de garajes o trasteros) como el contenido (mobiliario). Suelen cubrirse los riesgos derivados de incendios, daños por aguas, roturas, robo y otros riesgos accidentales. Habitualmente se añaden coberturas de responsabilidad civil, que cubren el riesgo de que el asegurado (el propietario de la vivienda) deba indemnizar a terceros (generalmente se incluye

(2) Fuente: Ministerio de la Vivienda.
(http://www.mviv.es/es/index.php?option=com_content&task=view&id=470&Itemid=432).

(3) Fuente: ICEA, Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones. *Los seguros multirriesgo. Estadística a marzo. Año 2008. Informe número 1064, junio 2008.*

entre los terceros a la comunidad de propietarios si se trata de régimen de propiedad horizontal y por los daños a los elementos comunes) los daños causados como propietario de la vivienda.

De manera análoga, y de forma voluntaria, las comunidades de propietarios, en los casos de viviendas en régimen de propiedad horizontal, contratan seguros comunitarios, que incluyen la cobertura de daños materiales y la cobertura de responsabilidad civil. En los últimos años, algunas leyes autonómicas de vivienda vienen imponiendo a las comunidades de propietarios la obligación de concertar seguros de incendios y de responsabilidad por daños a terceros. Es el caso de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de medidas para la Calidad de la Edificación de la Comunidad de Madrid; de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, y de la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

A lo anterior debe añadirse que, desde la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, son obligatorios los seguros que aseguren durante diez años el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio y siempre que el edificio esté destinado a vivienda. La Ley permite optar al promotor por celebrar un seguro de daños o un seguro de caución, si bien en la práctica es el primero el que se está imponiendo.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación, los promotores concertaban de manera voluntaria un seguro de daños decenal que se superponía a los seguros de responsabilidad civil profesional concertados por las mutuas profesionales y por los seguros concertados individualmente. Según los datos del informe elaborado por ICEA en el año 2007 (4), el “Seguro Decenal” o “Seguro de Edificación” se encontraba en continua expansión y representaba casi una cuarta parte del ramo correspondiente a daños en bienes. El estudio cuenta con la colaboración de dieciocho entidades, con un volumen de negocio en primas contratadas superior a 370 millones de euros, lo que supone una cuota estimada del 94,9 por 100 del total del mercado. Durante el ejercicio 2006, los 378 millones de euros estaban repartidos en 40.000 pólizas, a las que correspondieron 87 siniestros, con un importe siniestral de 140.000 euros.

(4) ICEA, Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones. *El seguro decenal. Estadística año 2006. Informe número 1025, junio 2007.*

Datos a 31 de diciembre de 2006

Año emisión de la póliza	N.º de entidades	N.º de pólizas emitidas	Suma asegurada	Primas	Siniestros	Importe
2000	17	1.226	1.912.058	13.004	90	3.409
2001	17	14.347	9.533.350	63.671	435	1.839
2002	19	29.596	22.479.302	147.785	832	2.255
2003	19	30.091	32.365.944	237.877	493	1.755
2004	19	35.171	42.194.689	317.376	375	429
2005	19	38.177	46.322.717	356.492	177	517
2006	18	39.810	49.609.114	377.800	87	139

Las cifras de la suma asegurada, primas e importe siniestral son de miles de euros.

Sin embargo, y también como consecuencia de la desaceleración en materia inmobiliaria, se ha producido durante el año 2007 un descenso en el volumen total contratado en el seguro decenal (y también en el de todo riesgo en la construcción):

Ramo	Volumen estimado 2005 (euros)	Volumen estimado 2006 (euros)	%
Todo riesgo construcción	229.168.437	242.364.871	5,8
Seguro decenal	350.336.165	378.935.404	8,2

Datos consultados en <http://intranet.icea.es/Almacen/Index.htm>, información al 21/03/2007

Ramo	Volumen estimado 2006 (euros)	Volumen estimado 2007 (euros)	%
Todo riesgo construcción	251.801.806	238.265.164	-5,4
Seguro decenal	378.936.271	363.649.597	-4,0

Datos consultados en <http://intranet.icea.es/Almacen/Index.htm>, información al 26/03/2008

Mediante el seguro decenal de daños, el adquirente de vivienda puede lograr de manera más o menos ágil, sin tener que dirigirse contra el sujeto responsable civil de los vicios, pues no es un seguro de responsabilidad civil, la indemnización de los daños que resulten de la aparición de los vicios o defectos en el edificio. Para el promotor tiene la doble ventaja de que, por un lado, logra anticipar la financiación de las indemnizaciones mediante la concertación de un seguro que repercute en el precio de la vivienda y, por otro, se ve liberado de buena parte de las demandas de responsabilidad civil que contra él pudieran plantear los afectados. Esta situación se ve claramente mejorada si en la póliza del seguro decenal de daños se incluye una cláusula por la que la aseguradora renuncia a diri-

gir después la acción de repetición contra el tomador del seguro, contra el promotor. Aunque la Ley de Ordenación de la Edificación hace al promotor responsable solidario, con los demás agentes de la edificación, de los daños derivados de la construcción, esta renuncia del asegurador (a cambio de un mayor precio en la prima de la póliza) libera al promotor, al menos, de la acción de repetición del asegurador.

Lo que sucede es que este seguro decenal de daños sólo cubre el resarcimiento de daños que afecten a elementos estructurales, puesto que de momento no es obligatorio el seguro de daños para los daños derivados de defectos de acabado o que afecten a la habitabilidad del edificio (la llamada por la jurisprudencia “ruina funcional”). Durante la vigencia del régimen de responsabilidad del artículo 1591 CC, de manera voluntaria, los promotores contrataban también pólizas de daños decenales. Con la ventaja, entonces, de que, dada la flexibilidad con que la jurisprudencia interpretaba el concepto de ruina, y siempre que la póliza no lo excluyera expresamente, podían quedar incluidos en su cobertura los daños causados por defectos de acabado o por vicios que afectaban a la habitabilidad del edificio.

El seguro decenal de daños requerido por la Ley de Ordenación de la Edificación, por otra parte, sólo cubre los “daños materiales”, es decir, los daños que sufra el propietario del edificio por la aparición de los defectos o vicios a que se refiere la Ley. Quiere esto decir que otros daños que sufra el propietario/subadquirente de la vivienda, incluidos los estrictamente contractuales (incumplimiento contractual por falta de entrega de piscinas, zonas ajardinadas...), así como los daños personales (sufridos por el adquirente o por terceros, transeúnte al que le cae una cornisa o un voladizo), incluidos los daños morales u otros daños materiales (en otros bienes, como el mobiliario, lucro cesante, daños a edificios contiguos) quedan fuera de la cobertura de este seguro.

Por ello resulta evidente que el seguro decenal no elimina las reclamaciones de responsabilidad civil contra los agentes que intervienen en la construcción y, en consecuencia, no suprime la necesidad de estos profesionales de concertar pólizas de responsabilidad civil. Esto es así de manera clara, en primer lugar, para los daños causados por vicios de acabado o de habitabilidad y para los daños no cubiertos por el seguro decenal. Incluso para los daños materiales, la forma de cálculo de la prima y la identificación del interés asegurado (¿solo el edificio o también cada uno de los pisos en que se divida en régimen de propiedad horizontal?) puede dar lugar a que no queden cubiertos daños materiales procedentes de defectos estructurales. En cualquier caso, no hay que descartar que, pagada en su caso la indemnización por la aseguradora, se dirija contra el responsable civil (o su aseguradora).

A la vista de todo lo anterior, es fácil entender las complejas relaciones que pueden suscitarse entre las diferentes aseguradoras que puedan concurrir cuando se produce un daño en un edificio. Más si sobre el mismo existe un régimen de propiedad horizontal, donde junto al seguro decenal del promotor, seguros de responsabilidad civil de los agentes de la edificación y de los proveedores y fabricantes de materiales y al seguro del propietario, puede concurrir un seguro comunitario.

II. Seguro obligatorio del promotor

1. Introducción.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), introdujo en su capítulo IV (arts. 17 a 20) un sistema de “responsabilidades y garantías” en la construcción. El artículo 17 regula la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, el artículo 18 los plazos de prescripción de las acciones y el artículo 19 *“las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”* (5).

(5) Según el artículo 19 LOE: “1. El régimen de garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el artículo 2 de esta Ley se hará efectivo de acuerdo con la obligatoriedad que se establezca en aplicación de la disposición adicional segunda, teniendo como referente a las siguientes garantías:

a) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra.

b) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante tres años, el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.

c) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

2. Los seguros de daños materiales reunirán las condiciones siguientes:

a) Tendrá la consideración de tomador del seguro el constructor en el supuesto a) del apartado 1 y el promotor, en los supuestos b) y c) del mismo apartado, y de asegurados el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo. El promotor podrá pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

b) La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en períodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador

El régimen de garantías debe ponerse en relación con la disposición adicional segunda de la LOE ("Obligatoriedad de las garantías por daños

a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía.

c) No será de aplicación la normativa reguladora de la cobertura de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes contenida en el artículo 4 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre.

3. Los seguros de caución reunirán las siguientes condiciones:

a) Las señaladas en los apartados 2.a) y 2.b) de este artículo. En relación con el apartado 2.a), los asegurados serán siempre los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo.

b) El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento.

c) El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.

4. Una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración previsto en el apartado 1 de este artículo.

5. El importe mínimo del capital asegurado será el siguiente:

a) El 5 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías del apartado 1.a) de este artículo.

b) El 30 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías del apartado 1.b) de este artículo.

c) El 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías del apartado 1.c) de este artículo.

6. El asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos.

7. El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías.

8. Para las garantías a que se refiere el apartado 1.a) de este artículo no serán admisibles cláusulas por las cuales se introduzcan franquicias o limitación alguna en la responsabilidad del asegurador frente al asegurado.

En el caso de que en el contrato de seguro a que se refieren los apartados 1.b) y 1.c) de este artículo se establezca una franquicia, ésta no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral.

9. Salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere esta Ley no cubrirán:

a) Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.

b) Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.

c) Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.

d) Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma.

e) Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.

f) Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.

g) Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.

h) Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

i) Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas

materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción”), modificada por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (6).

De acuerdo con lo dispuesto en estos preceptos, la situación actual es la siguiente:

— Desde la entrada en vigor de la LOE (para edificaciones para las que se solicite licencia a partir del 6 de mayo de 2000, disposición transitoria 1.^a LOE), son obligatorios los seguros que aseguren el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio (seguro decenal) y siempre que el edificio esté destinado a vivienda.

Frente a la generalidad con que el artículo 19 establece el carácter obligatorio de los seguros, la disposición adicional segunda de la LOE deja en manos del Gobierno, por tanto, el que llegue a ser obligatoria la concertación de los seguros que garanticen el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, así como el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las

recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción.”

(6) Conforme a la cual: “Uno. La garantía contra los daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión «inter vivos» dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión «inter vivos» sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

Dos. Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.”

instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad (seguros anual y trienal).

Las razones de este modo de proceder deben ponerse en relación, seguramente, con el deseo de evitar un encarecimiento excesivo de la vivienda, pero no deja de ser paradójico que haya que acudir a la letra pequeña de la Ley para conocer el verdadero alcance del sistema de protección establecido en la Ley.

De momento, no es obligatorio ningún seguro cuando se trate de edificio cuyo “destino principal” no sea vivienda (7). Por lo demás, desde que el artículo 105 de la Ley 53/2002 modificó la disposición adicional 2.^a de la LOE, el seguro decenal no es obligatorio en los casos de “autopromoción”, es decir, para los promotores individuales de una vivienda unifamiliar para uso propio, ni tampoco en las obras de rehabilitación, lo que es razonable si se piensa que estas obras se realizan sobre elementos estructurales anteriores, cuya construcción puede ser antigua y sin haber estado sometida a control por los organismos de control requeridos por las aseguradoras.

De manera general, es importante destacar que no se trata de seguros de responsabilidad civil de los agentes que intervienen en la edificación. En consecuencia, ni es preciso dirigirse contra el sujeto responsable ni es presupuesto de la obligación del asegurador de hacer frente a la indemnización el que el asegurado sea responsable. Asegurado no es el responsable civil. Asegurado es quien en cada momento sea propietario del edificio o de parte de él durante el tiempo que dure la cobertura.

Puesto que no son obligatorios y no se están celebrando contratos de seguros por defectos de acabado y de habitabilidad, me referiré a ellos de manera muy breve:

— Está previsto que el seguro de acabado tenga una cobertura anual (art. 19.1.a) y que pueda ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra. Esta retención por el promotor de la cantidad debida al asegurador no parece que esté muy justificada, puesto que el diseño legal no garantiza que el promotor destine esas cantidades a reparar los daños de acabado que se manifiesten durante el año siguiente a la recepción de la obra. Aunque el seguro no es de responsabilidad civil, sino un seguro de daños, de los defectos de acabado responde el constructor (art. 17.1.b., párrafo segundo), pero no debería reconocerse al constructor la posibilidad de exonerarse de responsabilidad con el argumento de que el promotor retuvo, de

(7) El aseguramiento obligatorio no es aplicable a hoteles (Rs. DGRN de 2 de enero de 2003) ni a residencias para la tercera edad (Rs. DGRN de 8 de febrero de 2003).

lo que le debiera, el porcentaje a que se refiere la Ley como alternativa a la concertación del seguro. Tomador de este seguro debe ser el constructor (art. 19.2.a).

En atención, seguramente, a que las cantidades no serán excesivamente elevadas, el artículo 19.8 excluye que en estos seguros pueda introducirse una franquicia o cualquier otra limitación en la responsabilidad del asegurador frente al asegurado.

El importe mínimo del capital asegurado en el caso del seguro de acabado será el 5 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales (art. 19.5.a).

— El seguro por vicios o defectos de habitabilidad tendrá una cobertura trienal (art. 19.1.b) y el importe mínimo del capital asegurado será del 30 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales (art. 19.5.b). Tomador del seguro es el promotor (art. 19.2.a).

Tanto en el seguro anual como en el trienal está previsto que sean asegurados los sucesivos adquirentes del edificio o parte del mismo (art. 19.2).

2. Seguro decenal.

La Ley impone la obligación de concertar el seguro, pero apenas diseña las normas aplicables al mismo ni establece una regulación clara del riesgo cubierto, del interés asegurado, del modo de calcular la indemnización. Esta imprecisión legal da lugar a problemas de interpretación, como veremos más adelante.

El artículo 20 LOE prohíbe la autorización y la inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación la LOE, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19.

Por otra parte, el incumplimiento de la obligación de concertar las garantías legalmente exigidas “implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías” (art. 19.7 LOE). Puesto que están obligados a concertar el seguro las mismas personas que, con arreglo a la propia Ley, son responsables de los vicios de la construcción (art. 17.3), nada parece añadir la regla del artículo 19.7.

No se establece una responsabilidad personal de los administradores de las sociedades obligadas a concertar los seguros, que hubiera podido funcionar como un estímulo para su concertación, si bien no veo dificultad en entender que el incumplimiento de la obligación legal de concertar el seguro es negligencia imputable al administrador que puede dar lugar a una acción de responsabilidad por los terceros perjudicados por la ausen-

cia de esa garantía (argumento, art. 135 LSA y, en general, art. 1902 CC).

No es evidente que, por añadir algo a lo que ya resultaría del artículo 17.3 LOE, pueda deducirse que el incumplimiento de esta obligación legal a cargo del promotor permita afirmar su responsabilidad también en la relación interna, en relación con los demás agentes que intervienen en la construcción. Esta consecuencia, que no resulta clara a la vista del tenor literal de la norma, no añadiría ninguna mejora a la situación de los subadquirentes, a quienes en última instancia trata de beneficiar la obligación legal.

La Ley permite al promotor optar por un seguro de daños o por un seguro de caución. No existe tradición en la utilización de seguros de caución como forma de garantizar el resarcimiento de daños de la construcción. Típicamente, el seguro de caución se dirige a garantizar el cumplimiento de un contrato, asegurando al acreedor, al titular de un derecho de crédito, de las consecuencias del incumplimiento. Es una de las garantías admitidas en los contratos con las Administraciones Públicas (arts. 84 y 85 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). El seguro de caución, por definición, es un seguro por el que “el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro” (art. 68 LCS).

Atendiendo a que existe un derecho de reembolso del asegurador frente al tomador, ha puesto de relieve la doctrina de manera unánime que el promotor no tendrá interés en concertar un seguro de caución, y en la práctica aseguradora se están imponiendo los seguros de daños. En el seguro de daños existe un derecho del asegurador a subrogarse en las acciones y derechos que correspondan al asegurado contra el responsable, y la Ley hace responsable solidario al promotor de los daños materiales en el edificio (art. 17.3 LOE). Sin embargo, en el modelo de póliza elaborado por UNESPA se excluye la subrogación contra el promotor, de forma tal que la acción deberá dirigirse contra los demás agentes de la edificación (“no podrá el asegurador ejercitar en perjuicio del asegurado inicial [el tomador del seguro, el promotor hasta el momento de la enajenación] ni de los sucesivos los derechos en los que se haya subrogado”).

Conforme al artículo 19.3 LOE, los seguros de caución reunirán las siguientes condiciones:

a) Las señaladas en los apartados 2.a) y 2.b) de este artículo 19. En consecuencia, en el seguro decenal es tomador el promotor, pero para el

seguro de caución se establece que los asegurados serán siempre los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo. Se excluye, por tanto, lo que resulta lógico en este tipo de seguro, que el promotor pueda ser considerado como asegurado aunque no enajene el edificio o los pisos. Ello explica que este seguro pueda concertarse bajo la condición de transmisión por el promotor.

Es aplicable también la regla del artículo 19.2.b) sobre la prima, a la que me refiero más adelante para el seguro de daños.

b) El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento.

Esta norma tiene interés, pues por disposición legal se establece una regla que con frecuencia se introduce por pacto en el seguro de caución. Significa que, hecho el requerimiento, nace la obligación de la aseguradora de indemnizar, sin que sea preciso probar el siniestro, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido (STS de 27 de octubre de 1992).

El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro (art. 19.3.c). En realidad, la configuración del seguro como “a primer requerimiento” implica ya que el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que hubiera podido oponer al tomador.

3. Seguro de daños materiales.

3.1. *Algunos problemas en la configuración del seguro: los conceptos de asegurado, interés y objeto asegurado, siniestro y suma asegurada como límite de la indemnización.*

Tomador es el promotor [art. 19.2.a) LOE]. La Ley permite que el constructor concierte el seguro por cuenta del tomador. Para ello es preciso que se pacte expresamente.

En el modelo de póliza elaborado por UNESPA después de la promulgación de la LOE, y al decir del mismo, de conformidad con la Ley, el artículo 1 define el objeto del contrato del seguro decenal de daños a la edificación como una “garantía de daños estructurales”:

1. Dentro de los límites establecidos en la póliza, el asegurador garantiza durante diez años a partir de la fecha del efecto indicada en el suplemento de entrada en vigor del contrato, la indemnización o reparación de los daños materiales causados en el edificio asegurado por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la obra fundamental, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del mismo.

2. Asimismo quedan cubiertos los daños materiales ocasionados a la urbanización siempre que los mismos sean consecuencia directa de un siniestro indemnizable, de conformidad con el apartado anterior.

Deben tenerse en cuenta los conceptos de edificio (que es el objeto asegurado) y de daño material contenidos en el artículo preliminar de la misma póliza:

Edificio: el conjunto de obras fundamentales, obras secundarias, instalaciones fijas y equipamiento propio del edificio (o edificios) descrito(s) en las condiciones particulares (8).

Daño material: el deterioro o destrucción de los bienes asegurados, descritos en las condiciones particulares de la póliza.

De acuerdo con la Ley, asegurado es el promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo [art. 19.2.a) LOE]. Mientras el inmueble permanece en su poder, asegurado es el mismo promotor, pero los sucesivos adquirentes se convierten en asegurados desde el momento en que adquieren el edificio o parte del mismo. Respecto de estos sucesivos adquirentes el promotor actúa como un tomador de un seguro de daños por cuenta ajena, lo que está permitido por el artículo 7 LCS (9).

(8) Se entiende, según la póliza, por:

— *Obra fundamental*: las cimentaciones, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, que contribuyen directamente a la resistencia mecánica y a la estabilidad del edificio.

— *Obra secundaria*: los elementos no comprendidos en el concepto de obra fundamental ni en el de instalaciones fijas ni equipamiento propio del edificio tales como: cerramientos, cubiertas y soleras; revestimientos, soldados, alicatados y canalizaciones; tabiques fijos, falsos techos, puertas y ventanas; impermeabilización.

— *Instalaciones fijas y equipamiento propio del edificio*: los elementos que componen las instalaciones de electricidad, fontanería, gas, calefacción, aire acondicionado, audiovisuales, telefonía, seguridad, ascensores, montacargas y cualquier otra maquinaria mecánica o electrónica necesaria para el uso propio del edificio o para dar servicio al mismo, incluyéndose los aparatos o máquinas que intervengan en su composición, así como sus conductos, canalizaciones necesarias que sean propios del edificio.

(9) Artículo 7 LCS: "El tomador del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden.

Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. No obstante, el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro.

Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida."

Esto significa, en primer lugar, que no son aplicables los artículos 34 y 35 LCS (10), que se refieren a la transmisión del objeto asegurado y a la subrogación del adquirente en los derechos que correspondan en el contrato de seguro al anterior titular. El subadquirente del edificio o de parte de él no se subroga en los derechos del promotor, sino que es verdadero asegurado, por mucho que en el momento de la firma del contrato de seguro no pueda establecerse su identidad. Así resulta de lo previsto en el artículo 19 LOE y es coherente con lo dispuesto en el artículo 7 LCS, cuando dice que “el tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden”.

Por la misma razón, no existe una responsabilidad solidaria del adquirente con el promotor en el pago de las primas ni cabe reconocer al asegurador el derecho a rescindir el contrato en los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la transmisión. Estas reglas previstas en los artículos 34 y 35 LCS son incompatibles con la finalidad del seguro de daños materiales establecidos en el artículo 19 LOE, pero también con la revisión legal de que son considerados como asegurados los sucesivos adquirentes del edificio o de parte de él. Sin embargo, y contra el claro tenor del artículo 19 LOE, el modelo de póliza elaborado por UNESPA (Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras) en su artículo 14, bajo la rúbrica de “en caso de transmisión” reproduce el contenido de los artículos 34 y 35 LCS. Si, transmitida la propiedad del edificio o de parte de él, y por aplicación de tales preceptos, el asegurador

(10) Artículo 34 [Transmisión del objeto asegurado]: “En caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular. Se exceptúa el supuesto de pólizas nominativas para riesgos no obligatorios, si en las condiciones generales existe pacto en contrario.

El asegurado está obligado a comunicar por escrito al adquirente la existencia del contrato del seguro de la cosa transmitida. Una vez verificada la transmisión, también deberá comunicarla por escrito al asegurador o a sus representantes en el plazo de quince días.

Serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente y el anterior titular o, en caso de que éste hubiera fallecido, sus herederos.”

Artículo 35 [Rescisión del contrato de seguro por transmisión del objeto asegurado]: “El asegurador podrá rescindir el contrato dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la transmisión verificada. Ejercitado su derecho y notificado por escrito al adquirente, el asegurador queda obligado durante el plazo de un mes, a partir de la notificación. El asegurador deberá restituir la parte de prima que corresponda a períodos de seguro, por los que, como consecuencia de la rescisión, no haya soportado el riesgo.

El adquirente de cosa asegurada también puede rescindir el contrato si lo comunica por escrito al asegurador en el plazo de quince días, contados desde que conoció la existencia del contrato.

En este caso, el asegurador adquiere el derecho a la prima correspondiente al período que hubiera comenzado a correr cuando se produce la rescisión.”

podría resolver el contrato de seguro devolviendo al tomador las primas, se vendría abajo toda la regulación del seguro obligatorio establecida en el artículo 19 LOE.

El seguro garantiza “el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio”. La redacción es tan defectuosa que se plantean problemas de interpretación acerca de cuál es el objeto asegurado, el interés que se asegura, así como los daños que debe cubrir el seguro. ¿El objeto asegurado es el edificio como tal o cada una de las unidades registrales, pisos o locales en que esté dividido el edificio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5.º LH? La duda se plantea porque, a pesar de que la Ley sólo utiliza esta expresión en el artículo 19.8, al referirse al límite aplicable a las franquicias, define como asegurado no sólo al adquirente del edificio entero, sino a los sucesivos adquirentes de “parte del edificio”. Esto significa, en definitiva, que son asegurados todos y cada uno de los copropietarios del edificio. ¿En la medida en que son copropietarios, y en virtud de la cuota que les corresponde en el régimen de propiedad horizontal, de forma tal que objeto asegurado es el edificio como tal o, por el contrario, están asegurados cada uno de los pisos o locales? La cuestión no es intrascendente desde el punto de vista de la legitimación para reclamar, del destino que debe darse al dinero cobrado, ni del cálculo de la suma asegurada o de la aplicación de las franquicias establecidas en la póliza.

Por lo que se refiere a la legitimación, el artículo 13 LPH confiere al presidente “la representación legal de la comunidad en juicio y fuera de él en los asuntos que la afecten”. La jurisprudencia ha ampliado la representación del presidente a los daños por defectos constructivos que afecten a elementos privativos de los copropietarios, de tal manera que el voto favorable en la Junta es valorado como un apoderamiento individualizado dirigido al presidente, cuya legitimación se mantiene a no ser que exista una oposición expresa o formal del propietario afectado (11). La jurisprudencia ha admitido también la legitimación de cada propietario para defender el interés de su participación indivisa en los elementos comunes (12). Desde este punto de vista, habría que concluir admitiendo la legitimación tanto de la comunidad, a través de su presidente, como la de los copropietarios para reclamar las indemnizaciones que correspondan con cargo al seguro decenal. En cualquier caso, si el asegurador opta por

(11) *Vid.* CARRASCO PERERA: 2005, p. 811.

(12) *Vid.* CARRASCO PERERA: 2005, pp. 818 y 820.

el pago de una indemnización en metálico, todos los copropietarios tienen la facultad de exigir que este dinero se destine a la reparación de los daños en el edificio.

El siniestro es que se produzca un vicio o defecto de construcción. El vicio o el defecto que padece el edificio da lugar a un daño que sufre el asegurado, quien sea propietario del edificio. El seguro asume el coste de reparar los daños causados por los vicios o los defectos que tengan su origen o afecten a los elementos estructurales (13), dentro del límite de la suma asegurada (conforme al art. 27 LCS, la suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro). El problema que se plantea es el de determinar si es objeto asegurado el edificio o cada uno de los pisos o locales.

Según una primera opinión, a efectos del seguro decenal del artículo 19.1.c) LOE, por “unidad registral” debe entenderse el edificio en su totalidad (14). En este sentido, en el artículo preliminar de la póliza de UNESPA se define la unidad registral como

La que conste en el Registro de la Propiedad, si bien en el caso de un siniestro indemnizable, de acuerdo con el artículo 1, se considerará como tal la edificación, objeto del seguro, formada por una o varias fincas mate-

(13) A la seguridad estructural se refiere el artículo 10 del Código Técnico de la Edificación, aprobado por RD 314/2006, de 17 de marzo, conforme al cual [Exigencias básicas de seguridad estructural (SE)]: “1. El objetivo del requisito básico «Seguridad estructural» consiste en asegurar que el edificio tiene un comportamiento estructural adecuado frente a las acciones e influencias previsibles a las que pueda estar sometido durante su construcción y uso previsto.

2. Para satisfacer este objetivo, los edificios se proyectarán, fabricarán, construirán y mantendrán de forma que cumplan con una fiabilidad adecuada las exigencias básicas que se establecen en los apartados siguientes.

3. Los Documentos Básicos «DB SE Seguridad Estructural», «DB-SE-AE Acciones en la edificación», «DB-SE-C Cimientos», «DB-SE-A Acero», «DB-SE-F Fábrica» y «DB-SE-M Madera», especifican parámetros objetivos y procedimientos cuyo cumplimiento asegura la satisfacción de las exigencias básicas y la superación de los niveles mínimos de calidad propios del requisito básico de seguridad estructural.

4. Las estructuras de hormigón están reguladas por la Instrucción de Hormigón Estructural vigente.

10.1. Exigencia básica SE 1: Resistencia y estabilidad: la resistencia y la estabilidad serán las adecuadas para que no se generen riesgos indebidos, de forma que se mantenga la resistencia y la estabilidad frente a las acciones e influencias previsibles durante las fases de construcción y usos previstos de los edificios, y que un evento extraordinario no produzca consecuencias desproporcionadas respecto a la causa original y se facilite el mantenimiento previsto.

10.2. Exigencia básica SE 2: Aptitud al servicio: la aptitud al servicio será conforme con el uso previsto del edificio, de forma que no se produzcan deformaciones inadmisibles, se limite a un nivel aceptable la probabilidad de un comportamiento dinámico inadmisibles y no se produzcan degradaciones o anomalías inadmisibles.”

(14) En este sentido, GARCÍA CONESA: 2000, pp. 322 y 94, 2001, p. 286; SIFRÉ PUIG: 2002, p. 167; parecidamente, JIMÉNEZ CLAR: 2001, p. 56.

riales que, antes de ser objeto de división horizontal, accede por sí sola al Registro de la Propiedad, abriendo un folio propio y único.

La previsión legal de que, en caso de que se establezca una franquicia, “ésta no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral” (art. 19.8 LOE) cobra sentido si se refiere al edificio en su conjunto como unidad registral, pero no para cada uno de los pisos o locales, puesto que, de hecho, la Ley tampoco exige que la suma asegurada se fije de manera individualizada para cada uno de los pisos o locales.

Es cierto que lo normal será que los defectos a que alude el artículo 19.1.c) LOE, al referirse al seguro decenal (cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga u otros elementos estructurales), afecten a elementos comunes (cfr. con la enumeración de elementos comunes contenida en el art. 396 CC). Pero, en mi opinión, la redacción del artículo 19.1.c) LOE (daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos “que tengan su origen o afecten” a la cimentación...) permite incluir también en la cobertura del seguro decenal los daños que “afecten” a elementos privativos y que tengan su origen en elementos estructurales. En ambos casos, y en los términos señalados, la legitimación para exigir la indemnización debe reconocerse, de acuerdo con lo dicho, tanto al presidente como a los copropietarios. El problema es precisar si el interés de cada copropietario en que le sean reparados los daños en su piso o local queda protegido por el seguro.

Conforme al artículo 19.5, el importe mínimo del capital asegurado para el seguro decenal es del 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales. En la póliza modelo elaborada por UNESPA establece en su artículo preliminar la siguiente definición de “siniestro”:

Todo hecho cuyas consecuencias dañosas estén total o parcialmente cubiertas por las garantías de esta póliza y se hayan manifestado durante el período de cobertura.

Se considerará que constituye un solo y único siniestro el conjunto de daños materiales directos derivados de una misma causa inicial y que determinan, en el momento de su manifestación, el criterio de reparación y valoración de dichos daños manifestados y son objeto de una única indemnización.

La consecuencia inmediata de esta definición de siniestro es que la suma asegurada juega de manera conjunta para todos los daños del edificio que nazcan de una misma causa. Si la reclamación contra el asegurador se ejercita por la comunidad no habrá problema, pero si esa prime-

ra reclamación agota el total de la suma asegurada quedarán vacías tanto las reclamaciones posteriores de propietarios individuales por los daños que los vicios que tengan su origen en vicios o defectos en elementos estructurales hayan causado en elementos privativos o en elementos comunes que le afecten especialmente (fachada). En la práctica, la inclusión de esta cláusula de “sinistro único” convierte al seguro decenal en un seguro comunitario. La Ley, sin embargo, no exige que la reclamación la interponga la comunidad, ni que deban actuar conjuntamente todos los copropietarios para participar por igual en el régimen de garantías establecido legalmente. Si la consideración legal de los subadquirentes de cada piso o local como asegurados se limita a su interés como cotitulares de unos elementos comunes, pero no cubre sus intereses individuales como copropietarios en exclusiva de unos elementos privativos, el diseño del seguro decenal es insatisfactorio.

A lo anterior hay que añadir que la póliza de UNESPA, sin llegar a decir expresamente que el seguro es al primer riesgo (15), ni excluye la aplicación de la regla proporcional, pero establece un concepto de suma asegurada y un “límite de las garantías” (art. 5) que permiten deducir que la suma asegurada sólo cumple su función para el primer siniestro, siendo necesaria después la reconstitución de la prima. La suma asegurada no es para cada uno de los siniestros (tal y como con carácter general requiere el art. 27 LCS), sino el importe máximo del compromiso del asegurador “*sobre el conjunto de los siniestros*”. El artículo 27 LCS fija la suma asegurada como límite máximo de la indemnización “en cada siniestro” porque no ha querido evitar, en beneficio de los asegurados, que la cobertura aseguradora de siniestros ulteriores se vea reducida en la cuantía de la indemnización pagada por un siniestro precedente. El legislador ha querido que, en caso de un segundo o ulteriores siniestros, la suma asegurada siga cumpliendo la misma función (16). Mediante la cláusula de siniestro único y el cálculo del límite de las garantías que se introduce en la póliza de UNESPA se establece que, para las siguientes indemnizaciones que hubiera que pagar, la suma asegurada queda consumida una vez que se produce el primer siniestro.

Previendo que la suma asegurada debe ser reducida en la cuantía del coste de la reparación o de la indemnización satisfecha en razón del siniestro, el artículo 5 de la póliza elaborada por UNESPA permite que la

(15) No se trata, pese a todo, de un “seguro a primer riesgo” de los que se suelen contratar, en los que se excluye la aplicación de la regla proporcional, al fijarse una suma total asegurada sin tener en cuenta el valor total de todas las cosas aseguradas (*vid.* MUÑOZ PAREDES, M. L.: 2002, pp. 26 y ss.).

(16) SÁNCHEZ CALERO: 2005, p. 495; MUÑOZ PAREDES, M. L.: 2002, p. 209.

suma asegurada pueda reconstituirse “por parte del tomador, del asegurado o de cualquier otra persona que tenga interés en la conservación del objeto, en las condiciones que se fijen por medio del suplemento de la póliza, después del examen y conformidad por parte del asegurador, quien podrá exigir un informe emitido por el Organismo de Control Técnico”. Es posible que, si no se lleva a cabo esta reconstitución de la suma asegurada después de un primer siniestro, los daños ulteriores no puedan quedar cubiertos, en función del importe de la suma asegurada. Esta limitación puede afectar indistintamente a los elementos comunes, al edificio en su conjunto, como a intereses individuales de los copropietarios. Si el tomador pacta una cláusula de reconstitución, pero no queda obligado a pagar las primas futuras, sino que son los asegurados, los subadquirentes de los pisos o locales quienes deben abonarlas para estar cubiertos con el seguro de daños, la cláusula es claramente lesiva para los intereses de los asegurados, limitativa de los derechos que pretende proteger la LOE y, por tanto, prohibida por el artículo 3 LCS. En definitiva, se estaría obligando a la comunidad a asumir como gasto las primas del seguro de daños durante el tiempo que, legalmente, debe durar la cobertura, es decir, diez años.

De todo lo anterior resulta claramente que el legislador no se ha preocupado de articular las relaciones entre el seguro de daños y la existencia de una pluralidad de intereses asegurados como consecuencia de la transmisión de los pisos y locales y que en un futuro pueden plantearse problemas que deberán ser resueltos por los tribunales.

Por lo que se refiere a la determinación de la suma asegurada en el seguro decenal, el artículo 19.5.c) LOE establece que para fijar el *importe mínimo* debe atenderse “al 100 por 100 del *coste final de la ejecución material de la obra*, incluidos los honorarios profesionales”. Hay que observar que el “coste final de ejecución material de la obra” es el coste que ha supuesto la construcción de la obra, no el valor de la obra, *no es lo mismo que valor final de la edificación* (17).

(17) Sobre la forma de acreditar ante notario y registrador la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 20.1 LOE, *vid.* la instrucción de la DGRN de 11 de septiembre de 2000. La Rs. de 4 de mayo de 2007 entiende que la cuantía asegurada debe ser la que se corresponda con el coste total de la ejecución de la obra, incluidos los honorarios de los profesionales, y no el valor de la obra nueva expresada en la escritura. De esta forma estima el recurso interpuesto por un notario contra la calificación de un registrador de la propiedad: “Este centro directivo, compartiendo la opinión del recurrente, considera que los conceptos de coste de ejecución material y valor de la obra nueva no son conceptos equivalentes. El coste final de ejecución material, incluidos honorarios profesionales, hace referencia a la suma de las cuantías de los recursos empleados para la realización de la obra, cuantía que es la que debe ser objeto de seguro, mientras que el concepto de valor de la obra nueva hace referencia a una realidad mayor, es un concepto más amplio en el que se incluye no sólo el coste de ejecución

En la póliza elaborada por UNESPA, el artículo 4 se refiere a la “suma asegurada” en los términos previstos en la LOE:

La suma asegurada, a los efectos de la garantía de los daños estructurales, será el coste final de la ejecución material de la obra, en el momento de la recepción, incluidos los honorarios profesionales.

No obstante, mediante pacto expreso en la póliza, la suma asegurada podrá extenderse al valor definitivo de la edificación asegurada en el momento de la recepción, cuyo importe comprende el coste de ejecución por contrata, honorarios de proyecto y dirección facultativa, honorarios del Organismo de Control Técnico, licencias e impuestos y, en general, cualquier otro gasto que sea necesario para la ejecución de aquélla.

Durante el período de cobertura, la suma asegurada podrá ser objeto de actualización siempre que se pacte expresamente y se haya pagado la prima correspondiente.

La suma asegurada, el coste final de ejecución, por lo demás, puede ser menor que el coste de las obras de reparación, reconstrucción o refuerzo en caso de siniestro, pues este coste debe asumirse en el momento en el que se produce el siniestro, con el valor de mercado de los materiales y la mano de obra de ese momento.

3.2. La opción del asegurador de optar por el pago o por la reparación in natura.

El artículo 19.6 LOE permite al asegurador optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos. La opción por la reparación *in natura* trata de sortear la posibilidad de que el asegurado presente presupuestos desorbitados de los daños producidos, pero realmente es menos ventajosa para el asegurador que satisfacer en metálico el pago de la indemnización, puesto que en definitiva eso le obliga a asumir los costes de la reparación al precio en el que se haga la reparación, con independencia del valor el día de la concertación del seguro o el día del mismo siniestro.

sino otros aspectos, fundamentalmente, el incremento o valor añadido de la construcción, valor añadido que vendrá determinado por una serie de circunstancias concurrentes y diversas tales como el mercado, el entorno, la situación las propias características internas y externas de la obra, obteniéndose, en consecuencia, una cifra no coincidente con el estricto coste material de ejecución de la obra. Por esta razón y, en la medida que la normativa mencionada hace referencia al coste final de ejecución de la obra y no a su valor, como pueden referirse otras disposiciones normativas ya sean fiscales o de otro orden, es aquélla y no ésta la cuantía que debe ser objeto del seguro decenal.”

La póliza elaborada por UNESPA se refiere tanto a la reparación de los daños como a la indemnización en metálico. Si la póliza concreta sólo se refiere a esta última, será discutible si esta redacción de la póliza debe ser interpretada como una elección anticipada, en cuya virtud el asegurador se compromete a indemnizar y renuncia a la posibilidad de elegir la reparación *in natura* una vez producido el siniestro. La cuestión es discutible, y creo que en última instancia debe prevalecer la posibilidad del asegurador de optar por la reparación *in natura* o la indemnización, dado el tenor de la Ley y la ausencia de una renuncia expresa en las pólizas a esa opción.

Sí me parece cierto que el asegurado no puede escoger entre la forma de reparación que prefiera, porque la Ley no lo establece así. A falta de acuerdo entre las partes, y dado el tenor del artículo 19.6 LOE, me parece que una sentencia no podría imponer al asegurador una reparación *in natura* y, si así fuera, el artículo 706 LEC permite en última instancia, ante el incumplimiento del ejecutado, transformar la obligación de hacer en una obligación pecuniaria, encargando a un tercero el hacer no personalísimo.

La opción por la indemnización de una suma de dinero plantea a su vez el problema de determinar si se trata de un seguro a valor nuevo: la cláusula del seguro a valor nuevo no se considera contraria al artículo 26 LCS, por entender que recoge una norma dispositiva que no impide un pacto que permita al asegurado obtener una indemnización por el daño realmente sufrido en su interés, y que es el valor del objeto en estado nuevo en ese momento, y no el valor en venta del mismo (18). La LOE no parece exigir que el seguro decenal sea un seguro a valor nuevo, pero la póliza elaborada por UNESPA parece inclinarse por esta modalidad cuando establece como criterios para valorar los daños indemnizables (art. 24):

1. *Con respecto a la obra fundamental, se calculará el coste, en el día del siniestro, de las actuaciones de reparación, de reconstrucción o de refuerzo que la dejen en las condiciones exigidas de seguridad estructural, relativa a la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.*

2. *Con respecto a las restantes partes del edificio y a la urbanización, se calculará el coste, en el día del siniestro, de la reparación de los daños o restitución de los bienes, con materiales de las mismas o análogas características a las previstas originalmente en el proyecto y con empleo de las técnicas contractuales usuales.*

(18) Artículo 26: "El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro". *Vid.* SÁNCHEZ CALERO: 2002, p. 486; MUÑOZ PAREDES, M. L.: 1998.

3. *Con respecto a los costes de reparación y refuerzo en que se incurra para eliminar la amenaza de hundimientos de la obra fundamental, dictaminada por la autoridad competente y que sean necesarios para salvaguardar la construcción, se calculará el coste de las medidas inmediatas adoptadas de forma urgente, que no se encuentren ya contempladas en el artículo 24.1.*

Pero la doctrina pone de relieve que el seguro a valor nuevo no excluye la aplicación de lo dispuesto en el artículo 30 LCS, esto es, la aplicación de la regla proporcional en caso de infraseguro, es decir, cuando en el momento de la producción del siniestro la suma asegurada sea inferior al valor del interés (19). Así lo ha entendido UNESPA al redactar en su artículo 25 la cláusula para la determinación de la indemnización, si bien es cierto que la situación de infraseguro queda reducida por la previsión de la revalorización anual de la suma asegurada:

Para la determinación de la indemnización se tendrán en cuenta las normas siguientes:

— *Se determinará un “valor equivalente” que será el resultado de incrementar la suma asegurada en el 3,50 por 100 anual, en progresión geométrica.*

— *Se valorará la edificación de acuerdo con los precios de mercado en la fecha del siniestro siguiendo los mismos criterios de la memoria de calidades y del presupuesto del proyecto de ejecución.*

1. *Si el valor equivalente es inferior al valor de la edificación, ambos calculados como se indica en los párrafos precedentes, por aplicación de la regla proporcional, la cuantía de la indemnización será el resultado de multiplicar los daños tasados, de conformidad con el artículo 24, por el coeficiente de aquéllos (valor equivalente entre el valor de la edificación).*

2. *Si el valor equivalente supera el valor de la construcción, ambos calculados como se ha indicado anteriormente, el asegurador indemnizará el daño efectivamente causado.*

(19) El fundamento de la regla proporcional es mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes, la prima realmente pagada (y no la que se debió pagar) y la indemnización. Así, conforme al artículo 30: “Si en el momento de la producción del siniestro la suma asegurada es inferior al valor del interés, el asegurador indemnizará el daño causado en la misma proporción en la que aquélla cubre el interés asegurado.

Las partes, de común acuerdo, podrán excluir en la póliza, o con posterioridad a la celebración del contrato, la aplicación de la regla proporcional prevista en el párrafo anterior.”

3.3. *Pago de la prima.*

La Ley exige que la prima esté pagada en el momento de la recepción de la obra: "No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en períodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía" [art. 19.2.b) LOE].

De esta forma, el legislador ha querido, en primer lugar, evitar que el asegurado (subadquirente del edificio) sea deudor del pago de la prima: la prima debe estar pagada en el momento de la recepción de la obra.

Cabe pensar que el asegurador no emitirá la póliza sin haber cobrado, al menos, la primera prima y si obligado a concertar el seguro es el promotor, a quien debe considerarse como tomador, la Ley lo que pretende es que esa prima no le sea exigible al posterior adquirente de los pisos o locales.

Además, el legislador ha querido, en segundo lugar, desplazar la aplicación del artículo 15 LCS, que con carácter general permite al asegurador resolver el contrato cuando la primera prima no ha sido pagada y, en caso de fraccionamiento de la prima, suspender la cobertura del seguro en caso de impago de una de las primas siguientes (20). En consecuencia, ni se puede suspender la vigencia de la póliza por impago, ni el asegurador puede resolver el contrato en perjuicio del asegurado (sí, creo, en perjuicio del tomador, de quien podrá repetir toda la indemnización que pague) ni puede oponer al asegurado, en caso de siniestro, la excepción de impago de la prima.

A pesar del tenor del artículo 19.2 LOE, la póliza elaborada por UNESPA, en contra de la Ley, establece en su artículo 15:

(20) Establece el artículo 15 LCS: "Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.

En caso de falta de pago de una de las primas siguientes, la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso.

Si el contrato no hubiere sido resuelto o extinguido conforme a los párrafos anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las veinticuatro horas del día en que el tomador pagó su prima."

1. *El tomador del seguro está obligado al pago de la prima, de acuerdo con las condiciones generales y particulares de la póliza, y salvo pacto en contrario será pagadera anticipadamente a la entrada en vigor de la garantía.*

2. *La prima de la póliza resulta de aplicar la tasa o tasas previstas en las condiciones particulares sobre la suma asegurada, incrementada con los recargos y tributos correspondientes.*

La prima resultante se considerará provisional y de depósito, y a reserva de la regularización posterior que se efectuará sobre la base del importe definitivo de la construcción que deberá presentar el tomador del seguro.

3. *La prima única que el tomador del seguro compromete a abonar al asegurado, por toda la duración de la póliza, comprende la prima provisional y la prima de regularización, siendo exigible la primera de ellas a la firma del contrato y la segunda a la presentación del suplemento de regularización, sobre la base del valor definitivo de la construcción y de entrada en vigor de la garantía.*

4. *En caso de reconstitución de la garantía prevista en el artículo 5, la prima resultante será exigible al contado a la firma del suplemento de reconstitución.*

5. *Si por culpa del tomador del seguro la prima provisional o la prima de regularización no hubiera sido pagada, el asegurador tendrá derecho a resolver el contrato.*

3.4. Exclusiones de cobertura.

El artículo 19.9 LOE establece que, salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere esta Ley no cubrirán:

a) Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.

b) Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.

c) Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.

Se trata de daños en bienes que no están cubiertos por el seguro obligatorio, de manera coherente con lo dispuesto en el artículo 19.1 LOE, que habla de daños materiales en el edificio (resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones, resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por

vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio).

El seguro decenal no cubre estos daños. Si el perjudicado tenía concertado un seguro de daños que se hace cargo de la indemnización podrá después repetir contra los responsables (art. 43 LCS).

El régimen de responsabilidad diseñado en el artículo 17 LOE no es aplicable tampoco a estos daños, para los que los perjudicados deben acudir a otras reglas de responsabilidad (art. 1902 CC para los daños a las personas y a otros bienes distintos del edificio, art. 1902 CC para los daños por obras en solar contiguo, art. 1909 CC por los daños a terceros por defectos de construcción). Por eso el artículo 17.1 y 9 LOE declaran la compatibilidad con otras acciones.

d) Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma.

La exclusión tiene sentido, en mi opinión, cuando el daño tiene su causa (“ocasionados”) en las modificaciones u obras realizadas, y no en los vicios de construcción.

e) Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.

El artículo 19 LCS sólo excluye la obligación de pago de la indemnización en caso de que el siniestro haya sido causado “por mala fe del asegurado”, lo que suele entenderse en el sentido de una actuación dolosa. La regla del artículo 19.9 LOE debe interpretarse, en mi opinión, en el sentido de que el mal uso o la falta de mantenimiento son las únicas causas del daño, no cuando hayan contribuido, junto a los vicios de construcción, a su producción.

f) Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.

La exclusión es lógica, pues el mantenimiento del edificio no es el riesgo cubierto por los daños derivados de vicios de construcción.

g) Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.

Si el incendio o explosión ha tenido su origen o procede de un defecto en un elemento estructural, el seguro decenal sí cubre los daños.

En estos casos puede existir un seguro del edificio concertado por la comunidad, al margen del seguro decenal concertado por el promotor por exigencia de la LOE. A esta posibilidad me refiero más adelante, al hablar del seguro múltiple.

h) Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

Se trata de causas de daños ajenas a los vicios y defectos de la construcción.

i) Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción.

Es decir, la póliza no cubre los daños que tengan su origen en defectos sobre los que se haya formulado reserva. Puesto que la recepción es un acto en el que intervienen constructor y promotor, y es éste el obligado a concertar el seguro decenal, dependerá de él el que determinados defectos queden cubiertos por la póliza. Esta regla tendría sentido, en mi opinión, si el seguro fuera de responsabilidad civil del tomador, pues en ese caso enlazaría con la idea de que el tomador del seguro no debe responder de los daños cuando proceden de defectos sobre los que ha hecho la oportuna reserva, y la responsabilidad debiera imputarse al constructor. Siendo un seguro de daños y no de responsabilidad civil, la regla carece de sentido y puede perjudicar a los subadquirentes de las viviendas.

3.5. *Plazos relevantes en el seguro decenal.*

La *entrada en vigor de la cobertura del seguro decenal* se produce con la recepción de la obra sin reservas. El riesgo cubierto por la póliza no se hace depender de la entrega de la vivienda a los adquirentes, sino de la recepción sin reservas. En efecto, conforme al artículo 6.5 LOE, el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción (21).

(21) Establece el resto del precepto, artículo 6 LOE (recepción de la obra): “1. La recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes.

2. La recepción deberá consignarse en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor, y en la misma se hará constar:

- a) Las partes que intervienen.
- b) La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma.
- c) El coste final de la ejecución material de la obra.
- d) La declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observa-

El modelo de póliza elaborado por UNESPA añade algunos requisitos adicionales para la entrada en vigor de la póliza. Así, en su artículo 3, establece como período de cobertura:

1. *Aun cuando se suscriba la póliza y se haya abonado parte de la prima por el tomador del seguro, las coberturas de la póliza no tomarán efecto hasta que el asegurador haya emitido el suplemento de entrada en vigor de la garantía, cuya fecha de efecto se corresponderá con la fecha que se suscriba el acta de recepción.*

2. *Para la emisión del suplemento de entrada en vigor de la garantía será necesario que el asegurador haya recibido del tomador del seguro o asegurado:*

- el informe final del organismo de control técnico;*
- el acta de recepción;*
- la declaración del tomador del seguro del valor definitivo de los bienes asegurados, suficientemente desglosado, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 4, la cual formará parte de la póliza;*
- la totalidad de la prima.*

3. *Las obligaciones del asegurador cesarán una vez transcurrido el período de cobertura establecido en la póliza.*

El artículo 6 de la misma póliza se refiere al control técnico requerido:

Las garantías del presente contrato están subordinadas a que se haga un control técnico del proyecto, de la ejecución, de la puesta en obra de los materiales y de los ensayos de los mismos realizados por un laboratorio

dos. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.

e) Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.

Asimismo, se adjuntará el certificado final de obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra.

3. El promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales.

En todo caso, el rechazo deberá ser motivado por escrito en el acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción.

4. Salvo pacto expreso en contrario, la recepción de la obra tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su terminación, acreditada en el certificado final de obra, plazo que se contará a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor. La recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito."

acreditado, efectuado por un organismo de control técnico contratado por el tomador del seguro, y designado en las condiciones particulares.

Queda entendido que esta misión no debe llevar aparejada la redacción del proyecto o de las partes del mismo, ni participación en la dirección y ejecución de los trabajos, ni la intervención en cualquier otra actividad propia del proceso constructivo distinta al control técnico.

Por lo que se refiere al *plazo de prescripción*, el artículo 33 de la póliza de UNESPA prevé que:

Las acciones derivadas del contrato prescriben a los dos años a contar desde el día en que se produzcan los daños.

En realidad, la LOE no contiene referencia alguna al plazo de prescripción, por lo que debe entenderse aplicable el plazo de dos años de prescripción establecido de manera general para los seguros de daños en el artículo 23 LCS.

Por lo que se refiere a la *extinción del contrato*, deben tenerse en cuenta:

— El artículo 19.2 LOE, sobre pago de la prima, al que ya me he referido; impide al asegurador resolver el contrato por impago de la prima.

— El artículo 19.4 LOE, según el cual, “una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá *rescindirse* ni *resolverse* el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración previsto en el apartado 1 de este artículo”. Los plazos previstos en el artículo 19.1 son los de uno, tres y diez años, según el tipo de vicios o defectos que sean objeto de garantía.

En consecuencia, durante el tiempo de la garantía legal, tomador y asegurador no pueden poner fin al seguro de mutuo acuerdo. Pero, aunque esto parece más dudoso, parece que tampoco podrá resolverse el contrato por el incumplimiento por parte del tomador de algunas de las obligaciones que le impone la Ley. Esta conclusión tendría su apoyo en la terminología legal, que distingue entre rescisión y resolución (¿por cualquier incumplimiento de las obligaciones del tomador?), así como en la finalidad tuitiva de un contrato otorgado por cuenta ajena, en interés de los titulares de las viviendas. La cuestión tiene interés porque el pago de la prima no es la única obligación del tomador. El tomador debe, por ejemplo, comunicar al asegurador las circunstancias que agraven el riesgo (art. 11 LCS) y el incumplimiento de este deber permite al asegurador “rescindir” (en realidad, resolver) el contrato (art. 12 LCS). Es cierto que en el caso del seguro decenal, una vez entrada en vigor la garantía (recepción de

la obra) no tiene sentido hablar de circunstancias que agraven el riesgo de que existan vicios o defectos de construcción. La póliza de UNESPA, por ello, en su artículo 12, refiere el deber de comunicar las circunstancias que agraven el riesgo “hasta la fecha de entrada en vigor de la garantía”, y permite al asegurador proponer una modificación de las condiciones del contrato que tengan en cuenta el mayor riesgo existente. Si el tomador rechaza la modificación, el asegurador puede resolver el contrato. La cuestión es si esta posibilidad de resolver el contrato, que encaja en lo previsto en el artículo 12 LCS, es compatible con lo dispuesto en el artículo 19.4 LOE. De manera coherente con lo dispuesto en el artículo 12 LOE, el artículo 12 de la póliza de UNESPA matiza las consecuencias según que el asegurado sea uno de los agentes intervinientes en la construcción (el promotor) y si ha actuado de mala fe. En tal caso, el asegurador queda liberado de la prestación si sobreviene el siniestro y no se ha comunicado la agravación del daño. “En otro caso”, se dice, “la prestación del asegurador se reduce proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo”. “En otro caso” incluye, parece, no sólo cuando el asegurado no esté de mala fe, sino, de manera general, cuando no sea uno de los agentes de la edificación, sino uno de los subadquirentes del edificio. Pese a todo, me parece preferible defender que esta reducción no le es oponible al subadquirente de un edificio o parte de él sometido a la garantía decenal de la LOE. El artículo 19.4 LOE, puesto en relación con otras reglas que protegen al adquirente de vivienda, permite entender que, si entre la información que se proporciona se encuentra el seguro concertado, el asegurador no podrá oponer al asegurado las causas de resolución que podría oponer al tomador del seguro, sin perjuicio de las acciones que pueda dirigir contra él una vez pagada la indemnización.

En la adquisición de vivienda, el artículo 64 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre) ordena que se facilite la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación. En esta normativa autonómica cada vez con más frecuencia se exige que en el Libro del Edificio consten “las garantías constituidas en el edificio, en cumplimiento de la legislación vigente, para responder de daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción, indicando el tipo de seguro suscrito y los datos identificativos de la compañía aseguradora” (p. ej., art. 13 de la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

4. Coexistencia del seguro del promotor con otros seguros.

Puesto que, por el momento, no son obligatorios los seguros que cubren los daños por vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado, ni los que supongan el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, promotores y constructores no están solicitando la concertación de estos seguros.

Por tanto, los seguros decenales que se concertan por los promotores no cubren los daños materiales derivados de la falta de terminación o acabado, ni los defectos de habitabilidad. Cuestión dudosa, sin embargo, es lo que puede llegar a suceder en la interpretación jurisprudencial de lo que debe entenderse por daños que tengan su origen en la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. Es evidente que la intención del legislador ha sido la de establecer un régimen diferente de responsabilidad (y de aseguramiento) en función de la gravedad de los defectos, pero basta recordar la interpretación jurisprudencial del artículo 1591 CC, que literalmente se refería a la “ruina” del edificio, y cómo los tribunales llegaron a incluir dentro de esa expresión el concepto de “ruina funcional” y el de “ruina potencial”. En la práctica, la ampliación del concepto de ruina ha permitido aplicar el régimen del artículo 1591 CC a todos los defectos que excedan de las imperfecciones corrientes, que supongan la inhabilidad de la obra para servir a su destino, y también los que supongan que, de no adoptarse ya las debidas reparaciones, puedan provocar en el futuro la ruina del edificio. ¿Quién puede asegurar que no llegará a imponerse una interpretación que incluya cualquier tipo de defecto en el tipo del único defecto para el que se exige en la actualidad seguro obligatorio?

Teóricamente, puesto que el seguro decenal no cubre los daños procedentes de estos vicios “menores”, los propietarios de la vivienda, si quieren lograr la indemnización correspondiente en estos casos deberán plantear una reclamación de responsabilidad civil contra los agentes que han intervenido en la construcción, en los términos previstos en el artículo 17 LOE.

Es posible que los propietarios o la comunidad de vecinos hayan concertado un seguro “multirriesgo”. Al “seguro multirriesgo hogar”, o “seguro combinado del hogar” me referiré más adelante. Conviene apuntar por el momento que estos seguros suelen cubrir los daños que sufra la vivienda u otros bienes comprendidos en la misma como consecuencia de determinados riesgos (incendio, inundación...). Algunos de estos daños pueden provenir de un vicio o defecto de terminación o acabado o que afecte a la habitabilidad. En estos casos, la aseguradora del propietario o de

la comunidad que pague la indemnización podrá después dirigirse contra el responsable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 LCS (22). Sin embargo, algunas de las pólizas consultadas excluyen “los defectos o vicios propios y errores de diseño o construcción de los bienes asegurados”, por lo que es posible que el seguro del propietario o el seguro de la comunidad no se hagan cargo de estos daños.

El artículo 19.9.g) LOE excluye de la cobertura del seguro decenal “los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio”. ¿*Quid* si existe un seguro del hogar o un seguro comunitario que cubra los daños derivados de incendio o explosión?

El artículo 27 de la póliza elaborada por UNESPA establece que:

En caso de siniestro, si existiera concurrencia de seguros, el asegurador contribuirá a la reparación de los daños o a la indemnización y a los gastos de tasación a prorrata de la suma que se asegure. Si por dolo se hubiera omitido esta declaración, el asegurador no está obligado al pago de la indemnización.

La cláusula de la póliza enlaza con lo dispuesto en el artículo 32 LCS para el caso del llamado “multiseguro”. Se trata de precisar si en caso de concurrencia del seguro decenal y de un seguro comunitario estamos realmente ante un caso de seguro múltiple y si, en consecuencia, es aplicable lo dispuesto en el artículo 32 LCS. A este supuesto me refiero en el apartado IV.4.

El seguro decenal a que se refiere la LOE puede concurrir con un seguro de responsabilidad civil concertado por los agentes que intervienen en la edificación. En estos casos, creo que conviene hacer las siguientes matizaciones:

(22) Según el artículo 43 LCS: “El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse.

El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés.”

— Si el propietario (o la comunidad) se dirigen contra el responsable civil (art. 17 LOE) o contra su asegurador [art. 76 LCS: acción directa contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil (23)], ninguno de ellos podrá pretender no pagar y exigir que lo haga la aseguradora de los daños, puesto que el seguro decenal de daños no cubre la responsabilidad civil, que es la que se estaría exigiendo al plantear la reclamación, sino el riesgo de que el bien asegurado sufra un daño.

Por la misma razón, si el responsable (o su entidad aseguradora) pagan una indemnización, no disponen de cauce alguno para exigir la repetición de la aseguradora de los daños. En última instancia, es el responsable civil (o su aseguradora) quien debe asumir con su patrimonio la indemnización de los daños causados.

La reclamación contra los responsables civiles, aun habiendo seguro de daños, no tiene por qué ser excepcional. Los seguros decenales no sólo cubren determinados daños (“los materiales”), y dejan sin cubrir otros (daños en bienes muebles, daños personales, lucro cesante...), sino que, incluso para los “daños materiales” pueden resultar insuficientes, tanto porque incorporan franquicias como porque, como hemos visto, el cálculo de las primas puede dar lugar a situaciones de infraseguro.

— Si el propietario (o la comunidad) se dirigen contra el asegurador de los daños, éste no podrá pretender que pague primero el seguro de responsabilidad civil, pero una vez que pague el seguro decenal, sí que podrá dirigirse contra el responsable civil o su asegurador de responsabilidad civil [art. 43 LCS y art. 18.2 LOE (24)].

Aunque el tomador del seguro, el promotor, es inicialmente el asegurado, pierde tal condición cuando ha enajenado todos los pisos y locales. En consecuencia, y puesto que no será ya asegurado, y la LOE le impu-

(23) Artículo 76 LCS: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

(24) Artículo 18.2 LOE: “La acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial”.

ta la responsabilidad por los daños en la construcción, creo que el asegurador también podría ejercitar contra él la acción de subrogación del artículo 43 LCS.

Además, para los daños no cubiertos por el seguro decenal, el propietario (o la comunidad) podrán ir contra el responsable civil.

— ¿Y si la demanda se dirige conjuntamente contra el asegurador de los daños y contra el responsable civil o su asegurador? Es evidente que la sentencia no puede amparar un enriquecimiento injusto de los adquirentes de las viviendas, que no pueden cobrar dos veces por los mismos daños. Sin embargo, no veo dificultad en que se condene solidariamente a ambos, y que el asegurador sea obligado a pagar en tanto que el responsable no lo haya hecho, y con independencia de las acciones que pueda entablar posteriormente contra él.

III. Seguros concertados por los propietarios y por la comunidad de propietarios

1. Aseguramiento de los edificios. Seguros para edificios de vivienda.

Los agentes de la edificación no responden de las consecuencias del inadecuado mantenimiento del edificio, ni los seguros obligatorios de la LOE cubren los daños que procedan de la falta de mantenimiento y adecuada conservación del edificio. Son los propietarios y los usuarios del edificio los obligados a realizar las obras necesarias para la conservación y el sostenimiento de los edificios (25). La falta de mantenimiento de un

(25) Artículo 16 LOE: “Los propietarios y los usuarios. 1. Son obligaciones de los propietarios conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que ésta cuente. 2. Son obligaciones de los usuarios, sean o no propietarios, la utilización adecuada de los edificios o de parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada”. Normas semejantes se reproducen en la normativa autonómica de vivienda.

También resultaba con anterioridad del artículo 19 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del suelo, derogado por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo. Semejante obligación recoge también el artículo 245.1 del RDLeg. 1/1992, de 26 de junio, declarado en vigor por la disposición derogatoria, y no derogado por la vigente Ley del suelo (“Los propietarios de terrenos, urbanizaciones de iniciativa particular y edificaciones deberán mantenerlos en las condiciones y con sujeción a las normas señaladas en el artículo 21.1”, conforme al cual, los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán destinarlos efectivamente al uso en cada caso establecido por el planeamiento urbanístico y mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público).

Vid., además, el artículo 8 del Real Decreto 314/2006 por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación: “1. El edificio y sus instalaciones se utilizarán adecuadamente de con-

edificio puede dar lugar a desperfectos en el propio edificio, pero también a daños a intereses exclusivos de copropietarios o de terceros totalmente ajenos a la comunidad.

Cuando el edificio está constituido en régimen de propiedad horizontal, es obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad (art. 10.1 LPH) (26). Desde la reforma de la LPH por la Ley 8/1999, y frente a la redacción anterior, en la que se trataba de una competencia del administrador, es la Junta quien tiene que conocer y decidir las obras de reparación necesarias (27).

Esta obligación de la comunidad tiene su reflejo en la jurisprudencia que considera a la comunidad de propietarios responsable de los daños causados en viviendas privativas y en intereses de terceros como consecuen-

formidad con las instrucciones de uso, absteniéndose de hacer un uso incompatible con el previsto. Los propietarios y los usuarios pondrán en conocimiento de los responsables del mantenimiento cualquier anomalía que se observe en el funcionamiento normal del edificio. 2. El edificio debe conservarse en buen estado mediante un adecuado mantenimiento. Esto supondrá la realización de las siguientes acciones: a) llevar a cabo el plan de mantenimiento del edificio, encargando a técnico competente las operaciones programadas para el mantenimiento del mismo y de sus instalaciones; b) realizar las inspecciones reglamentariamente establecidas y conservar su correspondiente documentación; y c) documentar a lo largo de la vida útil del edificio todas las intervenciones, ya sean de reparación, reforma o rehabilitación realizadas sobre el mismo, consignándolas en el Libro del Edificio". El cumplimiento de las obligaciones de los propietarios vienen facilitadas por la obligación de documentación que se impone en el mismo Código: en concreto, el contenido del Libro del Edificio establecido en la Ley de Ordenación de la Edificación, se completará con lo que se establezca, en su caso, en los documentos básicos para el cumplimiento de las exigencias básicas del CTE. Debe incluirse en el Libro del Edificio la documentación relativa al control de recepción en obra de los productos equipos y sistemas que se incorporen a la misma. Debe contener, asimismo, las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio terminado incluyendo un plan de mantenimiento del edificio con la planificación de las operaciones programadas para el mantenimiento del edificio y de sus instalaciones.

(26) La Ley establece que al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación está afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales (art. 10.4 LPH).

(27) Así resulta de la redacción de los siguientes preceptos:

— Artículo 10.4 LPH: "En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley".

— Artículo 14: "Corresponde a la Junta de propietarios: c) Aprobar los presupuestos y la ejecución de todas las obras de reparación de la finca, sean ordinarias o extraordinarias, y ser informada de las medidas urgentes adoptadas por el administrador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 c)".

— Artículo 20 LPH: "Corresponde al administrador: c) Atender a la conservación y mantenimiento de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios. d) Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes".

cia de la falta de reparaciones necesarias (Ss. TS de 9 de junio de 1989, 16 de octubre de 1989, 26 de mayo de 1995, 1 de julio de 2000; en la jurisprudencia menor, reclamación contra comunidad de propietarios por falta de impermeabilización de la terraza común, SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2003).

La comunidad no es responsable cuando los daños proceden de una inadecuada conservación de los elementos privativos, o de elementos comunes pero de uso privativo (terraza, por ejemplo) (28). Así sucede, por ejemplo, en los hechos que dan lugar a la SAP de La Rioja de 18 de febrero 2003, en donde el propietario que tenía atribuido el uso exclusivo de una terraza común no advirtió de los problemas de filtración lenta de la terraza cuando llovía, lo que acabó provocando daños a otro propietario. También en la SAP de Valencia de 26 de julio de 2002, por daños que tienen su origen en la falta de limpieza de terraza de uso exclusivo de un propietario.

A pesar de que la comunidad no tiene personalidad jurídica, el artículo 22 LPH establece la responsabilidad patrimonial de la comunidad de propietarios frente a terceros (cfr. art. 544 LEC). La responsabilidad de los copropietarios, previo requerimiento de pago, es subsidiaria de la de la comunidad (29).

Las comunidades pueden concertar seguros de responsabilidad civil para hacer frente al riesgo de tener que pagar una indemnización. En el Derecho estatal, el seguro de responsabilidad civil de las comunidades de propietarios no es obligatorio. Sin embargo, algunas leyes autonómicas de vivienda imponen a las comunidades la obligación de concertar un seguro “por daños a terceros”. Es el caso de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la edificación de la Comunidad de Ma-

(28) Ello es coherente con lo dispuesto en el artículo 9.1 LPH, conforme al cual son obligaciones de cada propietario: “a) Respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos. b) Mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder”.

(29) Artículo 22 LPH: “1. La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor. Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho.

2. Cualquier propietario podrá oponerse a la ejecución si acredita que se encuentra al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad en el momento de formularse el requerimiento a que se refiere el apartado anterior.

Si el deudor pagase en el acto de requerimiento, serán de su cargo las costas causadas hasta ese momento en la parte proporcional que le corresponda.”

drid (30), de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana (31) y de la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja (32). El incumplimiento de esta obligación carece de consecuencias jurídico, privadas, y en su caso sólo podría considerarse infracción administrativa. Las leyes autonómicas mezclan los conceptos de seguro de daños (por daños en el edificio, para el que sólo exigen la cobertura del riesgo de incendio) con el seguro de “daños a terceros”. Se trata, pese a la equívoca terminología legal, de un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros. Dicho en otros términos: de un seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo del nacimiento a cargo de la comunidad de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a un tercero por un hecho de cuyas consecuencias sea civilmente responsable la comunidad (art. 73 LCS).

Las comunidades de propietarios deben constituir un fondo de reserva (33), al que deben contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de par-

(30) Cuyo artículo 24, dentro del título dedicado a los deberes de conservación del edificio, establece que: “Todo edificio deberá estar asegurado por los riesgos de incendio y daños a terceros”.

(31) Cuyo artículo 30 establece: “Aseguramiento de los edificios de vivienda.

1. Es obligatorio que los edificios de viviendas estén asegurados contra el riesgo de incendios y por daños a terceros.

La Comunidad de propietarios deberá suscribir estos seguros para los elementos comunes de todo el inmueble.

2. Las Comunidades de Propietarios que hayan constituido el fondo de reserva para atender las obras de conservación y reparación del edificio de viviendas, o que con cargo al mismo hayan suscrito un contrato de seguro que cubra los daños causados en el edificio por riesgos extraordinarios, o un contrato de mantenimiento previamente del inmueble y sus instalaciones generales, gozarán de preferencia para la obtención de ayudas públicas a la rehabilitación, conservación y mantenimiento de los mismos.”

(32) Cuyo artículo 34 establece: “Aseguramiento de los edificios de viviendas.

Los propietarios de viviendas tienen que formalizar de forma obligatoria un seguro que cubra el riesgo de incendios, responsabilidad civil y daños a terceros.

La comunidad de propietarios deberá suscribir estos seguros para cubrir los riesgos en los elementos del inmueble.”

(33) Disposición adicional de la LPH, introducida por el artículo 21 de la Ley 8/1999: “1. Sin perjuicio de las disposiciones que en uso de sus competencias adopten las Comunidades Autónomas, la constitución del fondo de reserva regulado en el artículo 9.1 f) se ajustará a las siguientes reglas:

a) El fondo deberá constituirse en el momento de aprobarse por la Junta de propietarios el presupuesto ordinario de la comunidad correspondiente al ejercicio anual inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la presente disposición.

Las nuevas comunidades de propietarios constituirán el fondo de reserva al aprobar su primer presupuesto ordinario.

b) En el momento de su constitución el fondo estará dotado con una cantidad no inferior al 2,5 por 100 del presupuesto ordinario de la comunidad. A tal efecto, los propietarios deberán efectuar previamente las aportaciones necesarias en función de su respectiva cuota de participación.

c) Al aprobarse el presupuesto ordinario correspondiente al ejercicio anual inmediata-

ticipación, los propietarios (arts. 9.1.f. y 21.1 LPH). El fondo de reserva, cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad, estará dotado con una cantidad que en ningún caso podrá ser inferior al 5 por 100 de su último presupuesto ordinario, que se constituye “para atender las obras de conservación y reparación de la finca”. Con cargo al fondo de reserva la comunidad podrá suscribir un contrato de seguro que cubra los “daños causados en la finca” o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales (art. 9.1.f. LPH).

Tanto la concertación de un contrato de seguro como la de un contrato de mantenimiento son voluntarias para la comunidad de propietarios (“podrá”). Puesto que la constitución del fondo es imperativa, y el fondo está afecto, según la Ley, a los gastos de conservación y reparación de la finca, hay que concluir que, con cargo al mismo, lo que la Ley permite a la comunidad es, o bien celebrar un contrato de mantenimiento con una empresa o bien concertar un seguro de daños.

En cambio, no se podría concertar con cargo al fondo de reserva un seguro de responsabilidad civil por los daños de que la comunidad pueda ser responsable frente a terceros. Las primas correspondientes a tal seguro deberían ser, en su caso, repuestas por la comunidad al fondo de reserva (34). Hay que entender, dada la finalidad con que la Ley configura el fondo, que se trata de un seguro de daños sufridos por la finca. Aunque la comunidad puede decidir contratar un seguro de daños que cubra, además, los daños en elementos privativos, tampoco parece que puedan satisfacerse las primas de tal seguro con cargo al fondo común (35).

En la práctica, los seguros multirriesgo de comunidades cubren una garantía mixta de daños en el propio edificio y de responsabilidad civil por daños a terceros.

La póliza consultada (Mapfre, seguro para edificio de viviendas) asegura el edificio o conjunto de edificios descritos en las condiciones particulares, así como el mobiliario propiedad de la comunidad que se encuentre instalado en las zonas comunes del edificio asegurado. Se incluyen dentro

mente posterior a aquel en que se constituya el fondo de reserva, la dotación del mismo deberá alcanzar la cuantía mínima establecida en el artículo 9.

2. La dotación del fondo de reserva no podrá ser inferior, en ningún momento del ejercicio presupuestario, al mínimo legal establecido.

Las cantidades detraídas del fondo durante el ejercicio presupuestario para atender los gastos de conservación y reparación de la finca permitidos por la presente Ley se computarán como parte integrante del mismo a efectos del cálculo de su cuantía mínima.

Al inicio del siguiente ejercicio presupuestario se efectuarán las aportaciones necesarias para cubrir las cantidades detraídas del fondo de reserva conforme a lo señalado en el párrafo anterior.”

(34) CARRASCO PERERA: 2005, p. 831.

(35) En este sentido, FUENTES LOJO: 2000, p. 328.

del concepto de edificio las siguientes construcciones e instalaciones: trasteros, garajes, plazas de aparcamiento, piscinas e instalaciones deportivas, jardines, vallas y muros de cerramiento, instalaciones fijas de agua, gas, energía, calefacción y refrigeración, imagen y sonido, antenas fijas de TV y radio, calderas, acumuladores, radiadores, ascensores, elementos fijos de decoración (moquetas, parqué, persianas, toldos), así como las instalaciones, aparatos o elementos de seguridad.

Los problemas de coberturas de los daños y de responsabilidad de las aseguradoras se plantean de manera diferente en uno y otro caso:

A) Seguro de daños.

Por lo que se refiere a los daños en el edificio, las pólizas suelen excluir los daños producidos por defectos constructivos (“no son objeto de cobertura los defectos o vicios propios y errores de diseño o construcción de los bienes asegurados”). De estos daños responden, conforme al régimen legal, los agentes de la edificación (art. 17 LOE) y deberán estar cubiertos por el seguro decenal de daños exigido por la LOE.

Los seguros para edificios de viviendas suelen cubrir los riesgos de incendio y daños por agua y roturas. Para los siniestros derivados de incendio, explosión o implosión, humo o impacto de un rayo, la póliza-tipo establece que no están cubiertos los que deriven de defectos o falta de mantenimiento y conservación de los bienes asegurados. Para los daños por agua se establece que no quedan cubiertos los supuestos de reparación o ajuste de grifos, llaves de paso, ni los gastos de desatascar, limpiar o reparar y sustituir tuberías, sumideros, arquetas y cualquier tipo de conducción o canalización que se haya obturado o atascado, ni los casos de corrosión o deterioro generalizado de las tuberías o conducciones del edificio. Es indudable, por tanto, que las comunidades que tengan concertado un seguro de daños tienen que asumir, además, los gastos de conservación y las reparaciones del edificio.

Para los daños causados por agua, la póliza se refiere a que se trata de un aseguramiento en la modalidad de “cobertura parcial”: en consecuencia, se consideran excluidos “los daños materiales directos que sufra el edificio en las viviendas, locales y dependencias de uso privativo, salvo que tales daños hayan sido producidos por instalaciones o conducciones generales o comunitarias del edificio asegurado”. A estos efectos se identifica como “conducciones generales o comunitarias” del edificio a las propias del edificio, “excepto las que sirvan exclusivamente a una vivienda o local y estén situadas dentro de sus límites o espacio privativo, incluido en cualquier caso el accesorio de unión de la conducción del servicio general con la derivación para servicio exclusivo de la vivienda o local”.

Puesto que esta exclusión aparece en la póliza manejada únicamente para los daños por agua cabe pensar que no es aplicable en los daños procedentes de incendios, explosiones, humos o impacto de rayo. Esto significa, en definitiva, que según la póliza pueden quedar en ocasiones incluidos los daños en los pisos o locales privativos. Así, para los daños procedentes de incendios o explosiones, para los daños de aguas cuando la modalidad contratada sea la de “cobertura total” o, cuando siendo “cobertura parcial”, los daños han sido causados por instalaciones o conducciones generales. En los casos en que el seguro del edificio cubre los daños a elementos privativos puede plantearse, si el propietario del piso o local tiene concertado un seguro de daños, un problema de seguro múltiple, al que me refiero más adelante

Si el daño en el edificio o en el elemento privativo está cubierto por el seguro de daños y la aseguradora paga la indemnización correspondiente al asegurado (comunidad o propietarios individuales), puede luego ejercitar la acción subrogatoria que el artículo 43 LCS reconoce al asegurador contra el responsable del daño, si lo hay. Lo habrá si el daño no procede de caso fortuito. En el caso de que el responsable (un copropietario, un arrendatario, el poseedor de un local en edificio contiguo) tenga concertado un seguro de responsabilidad civil, la aseguradora que paga la indemnización en concepto de seguro de daños puede dirigirse contra la aseguradora de la responsabilidad civil.

B) Seguro de responsabilidad civil.

a) Los seguros de responsabilidad civil contratados por comunidades de propietarios suelen cubrir los daños producidos por acciones culposas o negligentes de los empleados al servicio de la comunidad, pero también los daños causados a terceros como consecuencia de un incendio o explosión que tenga su origen en un elemento común, o por roturas o filtraciones de la red general de conducciones del edificio o de sus instalaciones. Se excluye la cobertura cuando los daños tengan su origen en elementos privativos del inmueble. Seguramente porque se piensa, con razón, que lo más probable es que en tal caso la comunidad no sea responsable de los daños.

La Ley concede acción directa al perjudicado contra el asegurador, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el asegurado causante del daño si se debió a conducta dolosa de éste, o si el riesgo había sido excluido en la póliza (art. 76 LCS).

b) Como una “condición especial”, algunas pólizas incluyen en las condiciones particulares la cobertura también de la responsabilidad civil de los copropietarios frente a terceros y entre sí, en su condición de posee-

dores de locales y viviendas en el edificio asegurado. En virtud de las cláusulas previstas en los contratos-tipo manejados, la aseguradora cubre el riesgo del nacimiento a cargo de un copropietario o, en su caso, del poseedor de las viviendas o locales del edificio, *“de la obligación de indemnizar a los demás copropietarios u ocupantes de las viviendas o locales del edificio los daños materiales o corporales y los perjuicios que de éstos se derive, de cuyas consecuencias resulte civilmente responsable conforme a Derecho, en su condición de poseedor por cualquier título de la vivienda, o local del inmueble origen del daño”*.

En relación con esta cobertura especial merece la pena hacer alguna observación. Aun en los casos en que se pacta la inclusión de una cláusula de responsabilidad civil de los copropietarios, las pólizas excluyen:

— Los daños causados en el edificio asegurado. La razón de esta exclusión me parece evidente: Si estos daños están cubiertos por el seguro de daños, la aseguradora podrá después dirigirse contra el responsable civil, lo que no podría hacer si además ella misma cubriera la responsabilidad civil.

— Los daños causados a la propia vivienda o local habitado del copropietario u ocupante responsable. Estos daños, si son imputables al ocupante de la vivienda o local, difícilmente estarán cubiertos por el seguro de daños del edificio: para el caso de incendio o explosión la póliza-tipo expresamente establece que la cobertura incluye cualquier causa “que resulte ajena a la voluntad del asegurado” (luego no habrá responsabilidad civil suya); para los daños por agua, como he dicho, el modelo-tipo es el del aseguramiento en la modalidad de cobertura parcial, lo que significa que quedan excluidos los daños materiales en las viviendas, locales y dependencias de uso privativo, salvo que los daños procedan de instalaciones generales o comunitarias y, en tal caso, no existe responsabilidad civil del copropietario. En el supuesto excepcional de que los daños en la vivienda o local del sujeto responsable quedaran cubiertos por el seguro de daños del edificio, al establecer que no quedan cubiertos por el seguro de responsabilidad civil, la aseguradora conserva la facultad de dirigirse contra el propietario responsable civil, lo que carecería de sentido si ella misma fuera su aseguradora de responsabilidad civil.

Las pólizas excluyen los daños de mayor riesgo y que suponen una actividad que no va asociada al uso y disfrute habitual del piso o local, como son los daños causados por obras de reforma. Al tratarse de seguros de vivienda se excluyen también los daños causados en el ejercicio de cualquier actividad comercial, profesional o industrial desarrollada en el inmueble.

2. Seguros del propietario.

Comercializados por las aseguradoras bajo la denominación de “seguros multirriesgo hogar”, o “seguros combinado del hogar”, carecen de una regulación específica, pero son muy frecuentes en el mercado de seguros. Se trata de la posibilidad de cubrir varios riesgos en una misma póliza (36). En el año 2007, el seguro multirriesgo del hogar obtuvo en España un volumen de negocio de 2.876 millones de euros y una estimación de pólizas en torno a 16,5 millones. El nivel de aseguramiento de la vivienda en el año 2007 estaba en torno al 68 por 100 (37).

Estadísticamente, según los datos proporcionados por ICEA, el 33,7 por 100 de los siniestros del hogar los causan los daños por agua, un 21,8 por 100 la rotura de cristales, un 5,7 por 100 incendios, un 6,4 por 100 fenómenos atmosféricos, un 6,6 por 100 robos, un 7,1 por 100 daños eléctricos, un 4 por 100 responsabilidad civil y un 14,7 por 100 otros.

La delimitación del riesgo cubierto dependerá en cada caso del contrato de seguro concertado, puesto que se trata de seguros voluntarios. En el multirriesgo hogar el interés asegurado es tanto el continente como el contenido (mobiliario, objetos de valor, joyas). La definición de continente contenida en las pólizas es semejante a la que se hace del edificio en las pólizas de comunidades (cimientos, muros, instalaciones fijas de agua, gas, electricidad, calefacción, elementos incorporados de modo fijo al edificio, puede añadirse el jardín...). Lo interesante es poner de relieve cuál es el continente cuando se trata de un piso ubicado en un edificio en régimen de propiedad horizontal. En estos casos es habitual incluir dentro del interés asegurado la parte alícuota sobre los elementos comunes del edificio que corresponde a la vivienda (38). Lo que sucede es que a veces la cobertura de este interés por el seguro vivienda es sólo subsidiaria, para el caso de inexistencia de seguro de la comunidad (39).

(36) Vid. BATALLER GRAU, J.: 2004, p. 1251.

(37) ICEA. <http://intranet.icea.es/noticias/Noticias0408/hogar>.

(38) La póliza SegurCaixa hogar establece: “En caso de propiedad horizontal (comunidad de propietarios), queda incluida la parte correspondiente al coeficiente de propiedad del asegurado en los elementos comunes del edificio”.

(39) Así, la póliza de Mapfre, seguro del hogar, establece: “También está asegurada, cuando la vivienda forme parte de una comunidad de propietarios, la cuota proporcional que corresponda al asegurado en función de su porcentaje de copropiedad en la misma.

No obstante, la efectividad de esta cobertura queda subordinada a que, una vez producido el daño amparado por este contrato, los órganos de gobierno de la comunidad acuerden formalmente una cuota extraordinaria para cubrir los gastos de reparación y giren los correspondientes recibos nominales al efecto”. Esto significa, en definitiva, que si los gastos de reparación están cubiertos por un seguro de la comunidad, de forma que no se gira ninguna cuota extraordinaria que deban asumir los copropietarios, el seguro del hogar no entra en juego.

Por lo que aquí interesa, suelen incluirse como riesgos asegurados (también otros, como los de robo, asistencia en el hogar, viajes):

A) Los daños causados por incendios, daños por aguas: tanto proceda de fugas, escapes y filtraciones de bienes propios como de colindantes, y sin perjuicio de la acción subrogatoria del asegurador contra el responsable. En este sentido, por ejemplo, puede destacarse que existe una abundante jurisprudencia sobre daños eléctricos y por explosión de gas en los que el pleito se plantea entre la aseguradora que ha indemnizado los daños al particular (incendios, explosión, pérdida de la vivienda, daños en electrodomésticos, ordenadores, en alimentos del congelador...) y la compañía eléctrica o la distribuidora del gas (40).

Se excluyen de la cobertura:

— Los daños que “se deriven de defectos o falta de mantenimiento y conservación de los bienes asegurados” (póliza Mapfre, póliza de SegurCaixa). En la práctica este tipo de exclusiones pueden dar lugar a problemas y considerarse lesivas para el asegurado, pues resulta muy socorrido para la aseguradora denegar la indemnización con el argumento de que el daño procede de falta de conservación de las instalaciones por el usuario. Si se piensa en la rotura de una cañería, por ejemplo, como consecuencia del desgaste de la misma, la exclusión puede dejar vacía de contenido toda la cobertura.

— Los daños que deriven de “defecto o vicio propio y errores de diseño o construcción de los bienes asegurados” (póliza de Mapfre). De estos daños pueden ser responsables, según los casos, el fabricante (por ejemplo, ascensor, instalación de calefacción...) y los agentes que intervienen en la edificación.

— Los daños a consecuencia de “goteras, filtraciones o humedades provenientes de cimientos, muros, paredes, techos, suelos y cubiertas exteriores del edificio cualquiera que sea su causa” (póliza de SegurCaixa). De estos daños puede ser responsable la comunidad, por falta de mantenimiento, o los agentes de la construcción cuando se trate de un vicio de la construcción.

Tanto esta exclusión de la cobertura como la anterior resultan limitativas de los derechos de los asegurados.

B) La responsabilidad civil: los multirriesgos hogar suelen incluir la cobertura de responsabilidad civil por los daños de los que deba res-

(40) Vid. PARRA: 2008.

ponder civilmente el asegurado. Las pólizas pueden ser más o menos extensas. Así, la póliza general de SegurCaixa contempla la posibilidad de cubrir:

— La “responsabilidad civil del continente”, que habrá que entender se refiere a la responsabilidad civil del asegurado por los daños que causen los elementos de construcción de la vivienda o sus instalaciones fijas (caída de una cornisa, por ejemplo).

— La “responsabilidad civil del usuario”, por los daños “derivados del uso y gobierno de la vivienda”.

— La “responsabilidad civil familiar”, por acciones ajenas a la vivienda.

Por lo que se refiere a los daños que deriven del hecho de ser propietario y ocupante de la vivienda, la póliza de Mapfre cubre los daños corporales o materiales causados a terceros que sean imputables al asegurado a consecuencia de: 1) su condición de persona privada y, en su caso, cabeza de familia; 2) la propiedad o el uso de las viviendas destinadas a residencia del mismo. Quedan incluidos por tanto los daños habituales de la caída de objetos a la calle, las inundaciones y humedades provocadas al dejarse grifos abiertos, o por salirse el agua de la lavadora.

Las pólizas excluyen la cobertura cuando la acción es dolosa. Aparte de que esta excepción no puede oponerse por el asegurador al perjudicado (art. 76 LCS), sin perjuicio de la facultad de repetir después contra el asegurado, no cabe apreciar esta causa de exclusión, según la STS (penal) de 28 de mayo de 2002 en un caso en el que el asegurado, que prendió fuego a su vivienda, que se extendió a las demás viviendas del edificio y al edificio contiguo, fue absuelto por concurrir la eximente completa de enajenación mental.

Más interesante es la precisión contenida en la póliza cuando la vivienda forma parte de una comunidad de propietarios:

a) Si formara parte de una comunidad de propietarios, ésta será considerada como tercero en cuanto a los daños que el asegurado pudiera ocasionar a los elementos y zonas comunes de la misma.

Si el seguro sólo fuera de responsabilidad civil podría excluirse la parte alícuota que correspondiera al asegurado, pero puesto que el seguro cubre también, por lo dicho anteriormente, como seguro de daños, la parte alícuota que le corresponda al asegurado en la comunidad, tal exclusión carece de sentido.

b) También estará asegurada la cuota proporcional que corresponda a éste, en función de su porcentaje de copropiedad, como consecuencia de los daños causados a terceros por las partes comunes del edificio.

El segundo párrafo se refiere al caso en que la comunidad sea responsable de un daño a tercero (por ejemplo, caída a la calle de una cornisa). En la medida en que esa responsabilidad, internamente, puede afectar al copropietario asegurado, su seguro de responsabilidad cubre su "cuota" de responsabilidad.

IV. Responsabilidad de propietarios o de la comunidad por daños a tercero

En la medida en que, de una parte, los seguros pueden cubrir la responsabilidad civil de propietarios y de comunidades y, de otra, los perjudicados o sus aseguradoras pueden ejercer acciones contra el responsable civil (o su aseguradora de responsabilidad civil), resulta necesario analizar los criterios legales y jurisprudenciales con arreglo a los cuales se imputa la responsabilidad civil a los propietarios de viviendas y edificios.

1. Responsabilidad de propietarios (o de la comunidad de propietarios) por daños a tercero.

Responsabilidad por falta de reparaciones necesarias. La responsabilidad del propietario de un edificio (o de la comunidad de propietarios) por los daños causados a terceros como consecuencia de la falta de reparaciones necesarias viene resolviéndose por la aplicación del artículo 1907 CC ("*El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias*").

Aunque literalmente el artículo 1907 imputa al propietario la responsabilidad por los daños que deriven de la ruina de todo o parte de un edificio, en la práctica este régimen de responsabilidad se aplica con carácter general a las caídas, derrumbamiento o hundimientos de todo tipo de construcciones: caída de cornisa de edificio, STS de 10 de diciembre de 1984; súbito derrumbamiento de la pared de cerramiento exterior de la planta baja de un inmueble, STS de 25 de abril de 1986; hundimiento de techumbre de vivienda arrendada, STS de 16 de diciembre de 1986; caída a la vía pública de columna instalada en un jardín, STS de 25 de febrero de 1987; desprendimiento de la techumbre de un edificio, STS de 6 de abril de 1987; derrumbe de voladizo sobre vía pública, STS de 7 de octubre de 1991; caída de cornisa de un edificio, STS de 30 de junio de 1992.

Es discutible si el precepto es susceptible de aplicación a supuestos que no son propiamente de ruina, pero en los que el daño es causado a un tercero como consecuencia de algún tipo de deficiencia imputable al dueño de un edificio.

En particular, se ha planteado la aplicación del artículo 1907 a los daños producidos por filtraciones de agua procedentes de pisos superiores. Las Ss. TS de 3 de abril de 1996 y 6 de abril de 2001 lo han negado, pero, con anterioridad, la STS de 16 de octubre de 1989 aplica el artículo 1907 a los daños derivados de inundación de locales, condenando a la comunidad de propietarios aun cuando no queda acreditado si la inundación se produjo como consecuencia de la defectuosa construcción o del inadecuado mantenimiento de tubería. De análoga "ratio" que el artículo 1907 CC habla la STS de 9 de diciembre de 1983 en relación a los daños en vivienda por filtraciones de aguas.

Criterio de imputación de la responsabilidad: "falta de reparaciones necesarias". La responsabilidad del propietario es por la ruina derivada de la falta de reparaciones necesarias, que la jurisprudencia conecta a la obligación que, con la finalidad de evitar riesgos a terceros, establece el artículo 389 CC.

Pueden encontrarse sentencias que apoyan las distintas posiciones doctrinales acerca de si la responsabilidad del artículo 1907 CC se basa en la culpa, con inversión de la carga de la prueba, en su caso (Ss. de 29 de marzo de 1983, 7 de octubre de 1991, 9 de marzo de 1998, 29 de octubre de 1999), o incluso si la prueba de la culpa resulta por sí misma de la inexistencia de las reparaciones (STS de 6 de abril de 1987), si es responsabilidad "objetiva", o "responsabilidad por el riesgo" creado por el titular de un edificio, o si la falta de reparaciones del edificio es un dato objetivo, que se presume a partir del derrumbamiento o de la vetustez de la pared o el edificio, dando lugar por imperativo legal a la responsabilidad del propietario (Ss. de 16 de diciembre de 1986 y 30 de junio de 1992).

La falta de reparaciones por parte del propietario da lugar a responsabilidad aunque concurra a la producción de un daño la presencia de fenómenos naturales previsibles (agentes atmosféricos, principalmente humedad, STS de 15 de abril de 1970; efectos destructores de vientos y heladas, STS de 19 de noviembre de 1966; acción del viento: no se considera caso fortuito un viento con rachas de hasta ciento cincuenta kilómetros por hora, STS de 6 de abril de 1987). La omisión de diligencia que da lugar a la responsabilidad derivada del artículo 1907 queda también patente por la falta de vigilancia del estado de la finca que impone el dato, no tan excepcional en la zona, de las fuertes oscilaciones de temperaturas (14° bajo cero en invierno, 50° en verano), lo que provoca contracciones en el cemento (STS de 5 de julio de 1977).

Daños derivados de defectos de construcción. Si el daño producido por la ruina de un edificio resulta de defecto de construcción, "el tercero que

lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal" (art. 1909 CC).

El precepto se ha venido poniendo en relación con lo dispuesto en el artículo 1591 CC, que establece la llamada responsabilidad decenal. Por eso se ha venido entendiendo que la responsabilidad del arquitecto o del constructor frente a terceros por los vicios ruinógenos surge siempre que tales vicios se manifiesten durante el plazo de garantía de diez años (Ss. de 17 de febrero de 1982, 30 de septiembre de 1983, 21 de abril de 1993). En la actualidad, como hemos visto en la primera parte de esta ponencia, debe tenerse en cuenta el régimen previsto en el artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

El artículo 1909 sólo imputa la responsabilidad al "arquitecto", pero la doctrina y la jurisprudencia interpretan que se tratará, en cada caso, del técnico a cuya actividad pueda reconducirse la ruina del edificio. No es preciso demandar al técnico y al constructor, pero cuando no sea posible individualizar la negligencia de cada uno de ellos, y ambos hayan sido demandados, la condena será solidaria (Ss. de 29 de diciembre de 1972, 21 de abril de 1982, 30 de septiembre de 1983, 14 de febrero de 1984, 25 de abril de 1986 y 10 de octubre de 1988).

Se plantea la duda de si la responsabilidad del arquitecto y del constructor del artículo 1909 excluye la responsabilidad del propietario frente a terceros, al amparo del artículo 1907. La jurisprudencia no ha mantenido una postura uniforme. En mi opinión, debe distinguirse entre las distintas relaciones de los sujetos afectados:

a) En las relaciones entre el dueño de la obra y el constructor o técnico parece predominar la interpretación de la incompatibilidad de los artículos 1907 y 1909: STS de 14 de diciembre de 1989, interpuesta la demanda ex 1591 CC por la comunidad de propietarios contra los arquitectos, éstos invocaban el artículo 1907 para exonerarse de responsabilidad; parecidamente, en Ss. de 30 de octubre de 1986, en acción ejercitada por la comunidad contra los promotores; 31 de octubre de 1990, acción del propietario del edificio contra el arquitecto y 29 de diciembre de 1993.

b) Respecto de terceros dañados, la jurisprudencia se inclina por la compatibilidad entre la responsabilidad del propietario y la del constructor o arquitecto, pero para ello hace falta que el daño proceda conjuntamente de la existencia de defectos de construcción y de falta de reparaciones del propietario (Ss. de 29 de septiembre de 2000 y 22 de julio de 2003).

En particular, cuando queda acreditada la conducta omisiva del propietario, que agrava los defectos de la construcción, el TS entiende que no puede afirmarse que se excluyan entre sí los artículos 1907 y 1909: "Son en ciertos casos compatibles, al darse concurrencia de culpas, por causas

diferentes, entre propietario, constructores y técnicos, con el consiguiente reparto de responsabilidades” (STS de 29 de noviembre de 1990; también Ss. de 25 de abril de 1986 y 29 de mayo de 1989). En este sentido, la STS de 10 de diciembre de 1984 declara que: “Pudiendo alcanzar responsabilidad extracontractual y por lo mismo solidaria no sólo al constructor y al arquitecto, sino también a la propiedad de la edificación respecto de terceros perjudicados por el desprendimiento de la cornisa o alero era dueña la parte demandante de dirigirse contra quienes viere convenirle y a salvo las acciones de repetición que pudieran corresponderles a los condenados contra otros partícipes de la culpa originadora de la responsabilidad y las que en fuerza de relaciones contractuales *pudieran asimismo asistirles*”.

En la jurisprudencia menor se encuentra algún supuesto en el que, planteada la reclamación por el vecino perjudicado (de su aseguradora, ejerciendo la acción subrogatoria del art. 43 LCS) contra la comunidad de propietarios, por tener los daños su origen en la rotura de una bajante que pertenece a la comunidad, la comunidad, y su aseguradora, pretenden exonerarse de responsabilidad imputando la responsabilidad a la empresa que ha ejecutado unas obras de reparación. La SAP de La Rioja de 29 de octubre de 2001 estima la demanda, sin perjuicio de la acción que la comunidad puede ejercer contra la empresa que ejecutó la obra. Se ha admitido también la reclamación directa de la aseguradora del propietario perjudicado (al amparo del art. 43 LCS) contra la empresa que realizó la obra de impermeabilización de la terraza común del inmueble y de donde procedían las filtraciones y humedades (SAP de Cantabria de 5 de noviembre de 2001).

Se discute, y la jurisprudencia no mantiene una posición uniforme, si está legitimado para ejercer la acción del artículo 1909 frente al arquitecto o constructor el propietario del edificio que se arruina y que se ve obligado a indemnizar a terceros (a favor, STS de 30 de septiembre de 1983, comunidad de propietarios que reclama al constructor los daños que hubo de satisfacer a los propietarios de vehículos aparcados delante del inmueble por desprendimientos; contra, Ss. de 19 de junio de 1990 y 17 de febrero de 1982: la reclamación debería formularse al amparo de los arts. 1101 y ss. CC, con la necesidad de probar la culpa).

Daños derivados de obras en solar contiguo. En los casos en que los daños se producen en una finca como consecuencia de las obras de construcción o demolición llevadas a cabo en un solar contiguo, la jurisprudencia ha venido declarando que la responsabilidad no es del propietario, por falta de reparaciones necesarias (art. 1907 CC), ni del constructor (art. 1909 CC), si bien se suele condenar al propietario de las obras o al constructor demandados conforme al artículo 1902 CC (al propietario,

STS de 24 de noviembre de 1980; al propietario constructor y al contratista, STS de 13 de febrero de 1984; al arquitecto y al constructor, STS de 24 de enero de 1990; a la constructora, STS de 14 de julio de 1995).

Cuando la ruina del edificio se produce por falta de reparaciones necesarias, aunque el derrumbe del edificio se vea desencadenado por la demolición del edificio contiguo –que no fue la causa determinante–, el propietario es responsable, si bien comparte la responsabilidad por los daños causados (fallecimiento de varias personas) con el arquitecto, arquitecto técnico y contratista de la obra de demolición (STS de 24 de mayo de 2004).

Daños por las cosas que caigan de una casa. Conforme al artículo 1910 CC: “El cabeza de familia que habita en una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma”.

Aun cuando no abundan las reclamaciones al amparo de este precepto, es evidente que están incluidos en él los daños causados por objetos que caen a la calle desde un edificio y que no sean debidos a defectos de construcción o a falta de reparaciones (arts. 1907 y 1909).

En particular, se ha aplicado a los daños por muerte ocasionada por cristal de ventana que cae a la calle al cerrarse violentamente la ventana dejada abierta por la corriente formada por otra ventana también abierta de la misma vivienda (STS de 5 de julio de 1989). La STS (4.^a) de 12 de marzo de 1975, incluso, llega a considerar que, a los efectos del artículo 1910 CC, “no procede hacer distinción entre objeto o persona, al no poder reputarse a ésta como tercero responsable ajeno a la esfera del servicio”. De esta forma se justifica la condena a indemnizar los daños a la Diputación Provincial de que depende el hospital en el que estaba ingresado un enfermo mental que se arroja desde la ventana y cae sobre una pareja de novios, causando graves lesiones a la novia y provocando el fallecimiento del novio.

La STS de 12 de abril de 1984 extendió la aplicación del artículo 1910 CC a los daños causados por filtraciones de agua de la vivienda producidos por dejar unos grifos abiertos. Más discutible es la aplicación jurisprudencial del artículo 1910 a daños producidos por roturas de tuberías, cañerías o grifos (Ss. de 20 de abril de 1993, 26 de junio de 1993 y 6 de abril de 2001).

La jurisprudencia ha interpretado el precepto de tal manera que extiende su ámbito a cosas que se arrojan dentro del interior de un edificio: así, la STS de 21 de mayo de 2001 considera aplicable el artículo 1910 CC a las lesiones causadas a un cliente mientras bailaba en la pista de una discoteca y que fueron originadas por el lanzamiento de un vaso de vidrio dentro del local.

El artículo 1910 no imputa la responsabilidad al “propietario”, sino al “cabeza de familia”. En la práctica se ha entendido que, en los casos de arrendamiento de la vivienda, es el arrendatario el sujeto considerado por el artículo, y no el propietario. Según la STS de 20 de abril de 1993, con la expresión “cabeza de familia” el artículo 1910 “quiere denominar al que, por cualquier título, habita una vivienda, como personaje «principal» de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole” (de forma parecida, STS de 5 de julio de 1989).

La responsabilidad del propietario, en su caso, será exigible cuando el mismo incurra en la culpa o negligencia del artículo 1902 CC, mientras que la responsabilidad del artículo 1910 es sin culpa.

La jurisprudencia califica esta responsabilidad de “objetiva o por riesgo” (STS de 20 de abril de 1993), sin perjuicio de la facultad del cabeza de familia de repetir sobre quién pudiera ser el causante directo del daño (así, en la STS de 12 de abril de 1984, donde se condena a la arrendataria de la vivienda a pesar de encontrarse ausente del piso cuando alguno de los obreros con los que contrató la realización de unas obras dejó los grifos abiertos).

2. Seguro de responsabilidad civil.

Si el propietario o la comunidad de propietarios responsables del daño causado con arreglo a los criterios establecidos en el apartado anterior tienen concertado un seguro de responsabilidad civil, el perjudicado puede dirigirse de manera directa contra la aseguradora. Conforme al artículo 76 LCS: *“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar”*. La acción directa no excluye la acción de responsabilidad contra el asegurado. Habitualmente se condena solidariamente a las compañías de seguros de responsabilidad civil.

Según el artículo 76 LCS: “La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste”. Frente a la reclamación del perjudicado, el asegurador puede defenderse alegando la falta de los hechos constitutivos de su pretensión (inexistencia de seguro, inexistencia de responsabilidad civil del asegurado: fuerza mayor, caso fortuito, culpa de un tercero, etc.). En cambio, las excepciones personales que el asegurador pueda oponer al asegurado no se pueden oponer a la víctima (la suspensión de la cobertura por impago de las primas, Ss. de 1 de diciembre de 1989 y 16 de mayo de 1991, el incumplimiento del deber de declarar el riesgo, aminorar los daños o informar sobre la transmisión del

objeto asegurado, Ss. de 24 de junio de 1982, 15 de noviembre de 1991). La acción directa se reconoce, “sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero” (art. 76 LCS). Doctrina y jurisprudencia interpretan de una manera amplia el precepto al entender que el derecho de repetición contra el asegurado cabe, no sólo en los supuestos de conducta dolosa, sino también, en general, en todos los casos en que contractualmente no hay obligación de indemnizar, pero por el régimen de inoponibilidad de excepciones tiene lugar el resarcimiento de la víctima por el asegurador.

Para la responsabilidad civil derivada de delito, el artículo 117 CP establece la responsabilidad civil directa del asegurador hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, “*sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda*”. En el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delito, se discute si el asegurador debe responder de los daños causados por delito doloso. Pese a la existencia de alguna crítica doctrinal, la jurisprudencia se inclina por la respuesta afirmativa, apoyándose para ello en el artículo 76 LCS, que establece la obligación del asegurador de indemnizar aun cuando el daño se haya causado con dolo (Ss. Sala 2.^a TS de 29 de mayo de 1997 –hay un voto particular en contra–, de 24 de octubre de 1997 y 11 de febrero de 1998).

3. Subrogación del asegurador (de daños) contra el responsable civil.

En sede de seguro de daños, entre las disposiciones generales, el artículo 43 LCS se ocupa de una acción de subrogación a favor del asegurador que ha pagado a su asegurado y que, posteriormente, se dirige contra el responsable del siniestro: “El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”.

Se trata de una acción distinta de la que reconoce el artículo 76 y a la que me he referido en el apartado anterior. En el artículo 76, la aseguradora del responsable civil paga a un tercero perjudicado por su asegurado, y si éste ha causado el daño de manera dolosa puede luego dirigirse contra él. La acción subrogatoria del artículo 43 permite al asegurador que paga a su asegurado resarcirse del tercero responsable de los daños.

Son presupuestos de esta acción, por tanto: 1) que la aseguradora haya indemnizado porque el daño estaba cubierto por su seguro (daños por aguas, incendios) y 2) que el asegurado disponga de una acción resarcitoria contra el tercero, por serle a éste imputable el daño sufrido. El asegu-

rador, al pagar la indemnización, y hasta el límite de lo pagado, se convierte en titular de los derechos y acciones que corresponden al asegurado contra el tercero.

Se parte, por tanto, del presupuesto de que el daño es imputable a un sujeto diferente del perjudicado: vecino o comunidad de propietarios. Si el perjudicado tiene concertado un seguro de daños, y la aseguradora paga la indemnización, posteriormente la aseguradora podrá dirigirse contra el responsable civil. La subrogación supone que la compañía de seguros de quien ha sufrido el daño ocupa su lugar, se convierte en titular del crédito resarcitorio. Se trata, por un lado, de que si hay un responsable civil, él tiene que asumir en última instancia la reparación del daño. Pero también de evitar que el perjudicado que ha cobrado de su aseguradora se dirija además contra el responsable civil y obtenga una doble indemnización por los mismos daños.

La acción subrogatoria procede contra el responsable civil. Pero si éste tiene concertado un seguro de responsabilidad civil, el derecho de subrogación podrá ejercitarse contra su aseguradora (art. 76 LCS).

Así lo reconoce expresamente la STS de 20 de junio de 1989: la propietaria de un almacén tiene concertado un seguro de incendios; producido un incendio en el mismo la aseguradora indemniza a la propietaria e interpone demanda, solicitando el reintegro de la cantidad pagada, contra dos aseguradoras de la arrendataria, una de responsabilidad civil (queda acreditada la negligencia de la arrendataria en la producción del incendio) y otra de daños (que cubre en la póliza, además del incendio de las mercancías, el incendio del local).

En el caso, la aseguradora de daños es absuelta porque queda acreditado que en otro proceso ha pagado ya a la propietaria por el incendio (cabe pensar que la suma de las dos indemnizaciones cobradas por la propietaria en virtud de los dos contratos de seguros de daños no superan el valor total del local, pues si no, estaríamos ante un caso de doble seguro y sobreseguro, que aquí no se plantea).

Por lo que aquí interesa, la Audiencia absuelve a la aseguradora de la responsabilidad civil del arrendatario. Interpuesto recurso de casación por infracción de los artículos 73 y 76 LCS, el TS lo estima:

“Ya que si aparece probado, por un lado, como se ha dicho, que el seguro de incendio concertado entre las entidades «Central Distribuidora Manchega, S. A.», como asegurada y «Reunión de Seguros y Reaseguros, S. A.», como aseguradora, cubre la responsabilidad civil a que pueda estar sujeta la entidad asegurada como arrendataria de la nave o local siniestrado, hasta un límite máximo de un millón de pesetas, y, por otro, que a virtud del contrato de seguro de incendio de la nave que, por su

parte, las propietarias y arrendadoras de la misma tenían concertado con la entidad «Banco Vitalicio de España, S. A.», aquí recurrente, ésta ha abonado a dichas propietarias la indemnización correspondiente (3.259.180 pesetas) por los daños que, como consecuencia del incendio imputable a la negligencia de la entidad arrendataria («Central Distribuidora Manchega, S. A.»), se produjeron en dicha nave o local, *es evidente que, a virtud de subrogación que le concede el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, en relación con los artículos 73 y 76 de la misma Ley, la entidad «Banco Vitalicio de España, S. A.» puede repetir lo por ella satisfecho, no sólo contra la entidad que, por negligencia, fue la causante de los daños derivados del incendio, sino también contra la aseguradora de ella («Reunión de Seguros y Reaseguros, S. A.»), si bien, ésta sólo responderá hasta el límite máximo del seguro que, para dicho evento, tuvieran concertado y que, como ya se ha dicho, es de un millón de pesetas.*”

Presupuesto necesario para que prospere la acción subrogatoria es que quede acreditada la responsabilidad del tercero:

— STS de 29 de diciembre de 1983: “La acción ejercitada por la compañía de seguros al amparo del artículo 43 de la Ley del Seguro de repetición de lo pagado a su asegurado no le releva la carga de probar (art. 1214) la concurrencia de los elementos constitutivos de la acción de responsabilidad extracontractual. No cabe, en este caso, aplicar la doctrina de la creación de riesgos ni la de inversión de la carga de la prueba porque tras el taponamiento de la tubería están los usuarios o no usuarios de la parte del edificio por la que aquella desagua, y no cabe generalizar la supuesta, que no probada, imprudencia a todos los comuneros. Los propietarios no pueden prever los daños cuya causa no está en la falta de cuidado de un elemento común, sino en el mal uso que persona desconocida hizo y a la que como única responsable puede demandar según el artículo 43 en que se apoya”. En el caso, se desestima la demanda interpuesta por la aseguradora de un propietario contra la comunidad de propietarios.

— STS de 9 de julio de 1994: en un caso en el que no ha quedado acreditado el origen del incendio en un almacén, y al que no se considera aplicable la doctrina de la responsabilidad por riesgo, por no ser inflamables las mercancías almacenadas (zapatos), se niega la responsabilidad de la arrendataria, dueña del negocio y, en consecuencia, se rechaza la demanda ejercida por la aseguradora de la comunidad de propietarios al amparo del artículo 43 LCS. El incendio iniciado en el local ocasionó daños en los elementos comunes y varias viviendas del expresado edificio. La comunidad de propietarios del mencionado edificio tenía concertada con la entidad “AGF Seguros, SA” una Póliza de Seguro, modalidad “multirries-

go comunidades”, que garantizaba, aparte de otros, los daños causados en dicho edificio como consecuencia del incendio. En cumplimiento de dicho seguro, la entidad “AGF Seguros, SA” indemnizó a la referida comunidad de propietarios los daños causados en el edificio como consecuencia del aludido incendio, por un importe total de tres millones setecientas noventa y tres mil setecientas treinta y una (3.793.731) pesetas. Por su parte, la titular del negocio y arrendataria del local tenía concertado con la entidad “Financiera Nacional de Seguros y Reaseguros, Compañía Anónima de Seguros”, en anagrama FINASYR (hoy denominada “Schweiz, Compañía Anónima de Seguros”) una póliza de Seguro Combinado del Comercio que, aparte de otros, cubría el riesgo de responsabilidad civil extracontractual, derivada del expresado negocio. La AP desestima la demanda y la aseguradora de la comunidad de propietarios interpone recurso de casación.

En el motivo del recurso de casación se denuncia textualmente “inaplicación de lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, en cuanto a la acción de subrogación de mi representada «AGF Seguros, SA»”. El TS lo rechaza: “En el alegato integrador de su desarrollo la recurrente viene a sostener que si ella, como aseguradora, ha pagado a la asegurada Comunidad de Propietarios del edificio la indemnización correspondiente a los daños producidos por el incendio en dicho edificio (3.793.731 pesetas) y si, por otro lado, puede subrogarse en los derechos y acciones de la asegurada, pretende concluir que no se le puede negar su derecho a obtener de la dueña del negocio en donde se produjo el incendio y de su compañía aseguradora el reintegro de la referida cantidad que ella (la recurrente) pagó a la Comunidad de Propietarios asegurada. El expresado motivo, cuya inconsistencia impugnatoria es ostensible, ha de ser rotundamente rechazado, ya que la facultad subrogatoria que el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro concede a la entidad aseguradora que pagó la indemnización se refiere exclusivamente, como no podía ser de otra manera, a «los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo», de lo que, obviamente, se infiere que si el asegurado carece de derechos y acciones frente a otra persona como presunta responsable del siniestro, tampoco los tendrá la entidad aseguradora que le pagó la indemnización, siendo éste el supuesto aquí enjuiciado, en el que *la asegurada Comunidad de Propietarios del edificio carece de derecho alguno frente a la demandada dueña del negocio «Calzados Albertos», al no ser ésta responsable de la producción del incendio* (como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico anterior de esta resolución), por lo que igualmente la entidad aseguradora que pagó la indemnización (la aquí recurrente) no puede ser titular de unos derechos que no le ha podido transmitir la ase-

guradora Comunidad de propietarios del edificio, en cuya posición jurídica aquélla se subroga, sin que, por tanto, la sentencia aquí recurrida haya infringido el precepto que invoca la recurrente (art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro), del que ha hecho una correcta aplicación”.

— STS de 24 de enero de 2002: en un caso semejante, de incendio originado en un almacén, que provoca cuantiosos daños en una comunidad de vecinos, el Supremo considera acreditada la responsabilidad de la empresa que ocupaba el local. Los daños estaban cubiertos por una póliza “multirriesgos de comunidades”, que paga la indemnización y ejercita acción al amparo del artículo 43 LCS. La AP desestima la demanda y el TS casa la sentencia con el siguiente argumento:

“La acción ejercitada por la entidad aseguradora demandante es la llamada aquiliana, de reclamación de cumplimiento de la obligación de reparar el daño causado, que contempla el artículo 1902 del Código Civil, conocida como responsabilidad extracontractual. Se dirige la acción contra el causante de los daños, la sociedad titular del almacén donde se produjo el incendio, ejercitando la subrogación que permite expresamente el artículo 43 LCS del contrato de seguro. Es decir, se trata de la acción aquiliana como si la ejerciera quien sufrió los daños (la comunidad) contra el que los causó (la empresa del almacén); en consecuencia, los presupuestos de la obligación de reparar los daños son los mismos que se desprenden del artículo 1902 del Código Civil: acción u omisión, daño, nexo causal; y la culpa se desplaza al nexo causal: la acción se cualifica por la culpa y ésta se sustituye por el riesgo.”

— STS de 20 de mayo de 2005: afirma que son aplicables a las reclamaciones interpuestas por las aseguradoras al amparo del artículo 43 LCS las mismas reglas sobre carga de la prueba que se aplican a los perjudicados por los daños:

“La alegación relativa a que la inversión de la carga de la prueba —resulta mejor entender reglas sobre la carga de la prueba— en la materia de que se trata no es aplicable a las compañías de seguros que ejercitan la acción subrogatoria del artículo 43 LCS carece de base alguna, pues dicho precepto claramente establece que «el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización», de lo que claramente se deduce (y además se ratifica en el párrafo segundo del propio art. 43 LCS) que la entidad aseguradora no ejercita otra acción que la que correspondía a su asegurado, y por lo tanto con la misma protección procesal que la de éste.

Y por la misma razón debemos desestimar el motivo segundo en el que se denuncia, con carácter subsidiario del motivo anterior, infracción

del artículo 43 LCS y de la jurisprudencia aplicable, con citación de las Ss. de 17 de julio de 1996 y 26 de marzo de 1981 de esta Sala 1.^a del Tribunal Supremo, porque de dicho precepto no se deduce en absoluto que la situación procesal de la Compañía de Seguros sea diferente de la del perjudicado a quien indemnizó y a quien sustituye, subrogándose en su posición jurídica, y, por otra parte, las Sentencias mencionadas resuelven supuestos que no tienen nada que ver con el presente. La Sentencia de 17 de julio de 1996 dice que «en el caso no cabe acudir a la doctrina de la creación de riesgos, pues teóricamente ambos circulantes creaban riesgo y no se puede invertir la carga de la prueba», y la de 26 de marzo de 1981 hace referencia a un caso de incendio pero en el que «se desconocía el origen del fuego y el local donde se inició la combustión». Y por lo que respecta a la S. de 29 de diciembre de 1993, aunque se refiere a un caso en que acciona una compañía de seguros al amparo del artículo 43 LCS y se afirma que no está relevada de la carga de probar (art. 1214 CC) la concurrencia de los elementos constitutivos de la acción de responsabilidad extracontractual, sin embargo no se le coloca en una posición procesal más gravosa o distinta de la del asegurado a quien pagó, porque la desestimación de la demanda se produjo por no concurrir acto u omisión imputable a la Comunidad de Propietarios demandada ya que la causa del daño no está en la falta de cuidado de un elemento común, sino en el mal uso que persona desconocida hizo y a la que como única responsable puede demandar.”

Evidentemente, el ejercicio de la acción subrogatoria no requiere una resolución de condena, y la aseguradora puede acreditar la responsabilidad del demandado en el mismo proceso en el que le reclama lo pagado. Pero si se ha iniciado un pleito para dilucidar las responsabilidades civiles, existe litispendencia. Así lo declara la STS de 31 de mayo de 2005:

“Concurre litispendencia cuando la resolución que puede recaer en el proceso anterior es preclusiva respecto al posterior, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa al hacerse preciso determinar quiénes eran los responsables de la ruina de la nave y estaban obligados a su reparación económica a efectos de que Zurich, SA pudiera repetir con éxito contra ellos, pues el artículo 43 LCS es bien claro al autorizar a las compañías aseguradoras a reclamar lo que hubieran pagado por razón del siniestro, pero sólo frente a las personas responsables del mismo. Se trata de un presupuesto básico para poder entablar acciones como titulares de un interés directo, surgido de la subrogación operada.

No se aprecia cambio sustantivo trascendental en cuanto a la actuación de Zurich, SA ya que su legitimación causal y procesal viene determinada en forma legal al ejercitar la acción subrogatoria que autoriza el artículo 43 LCS, adoptando posición semejante a la de causahabiente

(art. 1252 CC). Las reclamaciones que se peticionaron en los dos litigios tienen la misma causa de pedir y es la correspondiente al siniestro de la nave industrial por defectos constructivos, dándose coincidencia en el objeto y hasta identidad de alegaciones, así como se presenta situación contradictoria ya que la demandada doña María Purificación que fue absuelta en el primer juicio, y actualmente figura demandada por su intervención profesional en la edificación, de prosperar la demanda de Zurich, SA tendría que pechar con su reclamación sin haber sido declarada responsable del daño y esto es lo que ha sucedido, pues la sentencia de casación, que luego se referirá, puso fin definitivamente al primer pleito (núm. 620/1994) y confirmó la absolución de la referida demandada.”

Cuando la suma asegurada en el seguro de daños no cubra íntegramente el daño producido, el perjudicado y su aseguradora pueden concurrir en la reclamación contra el responsable. En este sentido, el último párrafo del artículo 43 LCS establece que, en caso de concurrencia del asegurador y del asegurado frente al tercero responsable, “el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”. En definitiva, no es compatible el cobro de la indemnización por parte de la propia aseguradora con la reparación íntegra por parte del perjudicado frente al responsable civil de los daños sufridos.

La STS de 1 de septiembre de 1994, aplicando este criterio, estima el recurso de casación contra la SAP, que entendió que ambas indemnizaciones tenían diferentes títulos y eran compatibles. En palabras del TS: “En evitación del enriquecimiento sin causa que para el demandante supondría una duplicidad de indemnización por el mismo daño sufrido por el incendio, solamente ha de reconocérsele el derecho a percibir del demandado, aquí recurrente, señor S. G., la diferencia entre el importe total de los daños sufridos (6.892.968 pesetas) y la indemnización que ya ha percibido por tales daños (3.459.398 pesetas), o sea, la cantidad de tres millones cuatrocientas treinta y tres mil quinientas setenta (3.433.570) pesetas, y ello sin perjuicio de que, conforme al artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, la entidad aseguradora que ya pagó al actor la referida indemnización (3.459.398 pesetas), pueda ejercitar contra el señor S. G. (responsable del siniestro) los derechos y acciones que, por razón del mismo, correspondían al asegurado”.

La renuncia de acciones por el perjudicado no afecta al ejercicio de la acción subrogatoria por parte de su aseguradora. Esta doctrina, mantenida por el TS en otros ámbitos (STS de 25 de abril de 1986) es seguida en la jurisprudencia menor cuando el propietario de un inmueble que sufre daños imputables a la comunidad de propietarios cobra una indemnización de la aseguradora de ésta y firma un finiquito renunciando a las acciones civiles. Así, SAP de Álava de 18 de abril de 2000, que estima la

demanda de la aseguradora del propietario por entender aplicable al caso el límite legal a la renuncia de derechos, que no puede perjudicar a terceros.

Es cuestión controvertida la de si la aseguradora puede reclamar al tercero el pago de intereses. El tenor literal del artículo 43 LCS parece excluir esta posibilidad, pues sólo permite al asegurado ejercitar la acción "hasta el límite de la indemnización". Cabe pensar, además, que si la aseguradora no ha pagado intereses a su asegurado se daría lugar a un enriquecimiento injusto. Así lo han entendido las Ss. AP de Almería de 4 de febrero de 2000; Barcelona, de 15 de febrero de 2000; Madrid, de 16 de marzo de 2000.

El TS, sin embargo, ha entendido que el asegurador que ejercita la acción del artículo 43 puede reclamar los intereses del artículo 576 LEC, pero también, en su caso, los previstos en el artículo 20 LCS:

— STS de 11 de junio de 2002: producido un incendio en una nave industrial, y apreciada la negligencia de su titular, se le considera responsable de los daños ocasionados en una nave colindante; la aseguradora del propietario de esta última, que ha pagado la indemnización a su asegurado, ejercita la acción subrogatoria del artículo 43. La AP condena solidariamente al titular del local incendiado y a su aseguradora a pagar "la cantidad de 16.702.428 ptas., más los intereses legales (9 por 100 anual) de la anterior suma, a contar del día 14 de junio de 1994, hasta el de esta resolución, a partir de la cual y hasta su completo pago, abonarán los previstos en el art. 921.4.º". El TS confirma la sentencia, salvo en el punto de que los intereses legales devengados lo serán a partir de la citada sentencia.

En el recurso de casación se denunciaba la aplicación indebida del artículo 1100 CC, infringiendo el principio jurisprudencial de *in illiquidis non fit mora...*, aduciendo que se trataba de refutar la aplicación de artículo 1100 CC, que hace la Sala de instancia, por suponer un enriquecimiento injusto de la ahora recurrida, cuya reclamación por resarcimiento está limitado por el artículo 43 LCS, a la suma abonada al asegurado como indemnización, entendiendo la parte recurrente que no procede la mora, por cuanto la obligación de pago ha sido decretada por la Audiencia Provincial, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que exoneraba a la aseguradora, al no darse la responsabilidad reclamada, y que la sentencia de la Audiencia, objeto del recurso de casación, establece la mora retro trayéndola al momento en que se produce una reclamación extrajudicial de la sociedad demandante recurrida, en fecha de 14 de junio de 1994.

El TS acoge el motivo con el siguiente argumento: "Porque, es bien cierto que la suma acordada para atender la reclamación de la aseguradora actora, exclusivamente, tiene su origen en la Sentencia de la Sala «a

quo» por lo tanto, no será debida, sino hasta que se produce esa declaración judicial, lo que determina que no sea posible fijar el «dies a quo» del devengo de su interés en la fecha de la reclamación de la parte perjudicada, sino de ese efecto constitutivo, «ope sententie».

— STS de 26 de enero de 2000: el 12 de julio de 1991 se incendió el denominado “Pabellón de la España Industrial”, donde trabajaban los operarios de “Instalación y Mantenimiento, SA”. La aseguradora del “Comité Organizador Olímpico Barcelona 92, SA”, tras indemnizar a su asegurada, ejercita acción contra “Instalación y Mantenimiento, SA” y contra “Zurich Internacional, SA”, su aseguradora de responsabilidad civil. La Audiencia condena solidariamente a las demandadas al pago a la actora de 7.950.662 pesetas más los intereses del 20 por 100.

Se interpone recurso de casación denunciando infracción del artículo 20 LCS, por entender que sólo juega en las relaciones entre las partes de un contrato de seguro. El TS rechaza el motivo con el argumento de que *“la Jurisprudencia más reciente de esta Sala se ha inclinado por la tesis de su eficacia en el ámbito de los seguros de responsabilidad civil, no sólo entre los que son partes del contrato de seguro (sentencias de 19 de junio de 1997 y 21 de abril de 1998)”*.

La jurisprudencia menor no mantiene una postura uniforme en lo que se refiere a la prescripción de la acción:

— Hay una tendencia a considerar que la acción subrogatoria es la que ostentaba el asegurado, por lo que el plazo es el que ostentaba éste (por tanto, si se trata de responsabilidad extracontractual, el plazo de un año). Así, Ss. AP de Valencia de 14 de junio de 2003; A Coruña, de 1 de abril de 2005; Salamanca, de 16 de enero de 2006.

Como explica la SAP de Cantabria de 16 de diciembre de 2002, al tratarse de un supuesto de subrogación y no de repetición, la acción ejercitada es la misma que corresponde al perjudicado y sujeta por ello al mismo régimen en cuanto a la prescripción:

“Prevé la subrogación del asegurador en las acciones que competen al asegurado a través del mecanismo del pago —no de la sola asunción del siniestro, promesa de pago, etc.—, lo que no es sino una especificación de una norma más general contenida en los artículos 1203 y ss., 1158 y ss. y 1526 y ss. del CC; se trata en definitiva de una modificación de la obligación por cambio del acreedor, a través de un mecanismo que conlleva que la obligación permanece idéntica, pues como indica el artículo 1212 CC, «la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anejos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas», de suerte que se trata de la misma obligación, con la sola modificación de que pasa a ser acreedor una persona distinta del originario. Esta identidad de la obligación es decisiva, pues nótese que la

subrogación en la posición acreedora puede realizarse sin consentimiento del deudor precisamente porque éste no ve alterada en nada su obligación original. Por ello, la subrogación no altera tampoco el cómputo de la prescripción, cuyo plazo corre con independencia de quién sea la persona del acreedor y el momento en que se realice; la ubicación del nuevo acreedor en la posición del anterior, efecto propio de la subrogación, conlleva que también respecto de él ha corrido, en su caso, el plazo de prescripción, sin que por la subrogación comience a computarse nuevamente; y que la subrogación es imposible si la obligación ya se ha extinguido, en cuyo caso y si se pretendía realizar mediante un pago o una cesión de crédito, éstos producirán efectos propios entre las partes que realizan tales actos, pero nunca afectarán al primitivo deudor. Pues bien, estas normas generales son las que rigen en la subrogación regulada en el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro ya citado, porque la Ley precisamente atribuye al pago por el asegurador ese efecto al permitirle «ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización». Del pago por la aseguradora, por tanto, no surge una acción nueva y distinta, sino que produce una mera sustitución de la persona del acreedor en el crédito preexistente, el del asegurado; y de ahí que el mismo precepto hable expresamente de «subrogación» y no de «repetición».”

En el caso, el siniestro tuvo lugar el 13 de diciembre de 1999, y conforme al artículo 1968 a partir de ese mismo momento comenzó a correr el plazo de prescripción de un año propio de las acciones de culpa extracontractual. No se plantea por parte del perjudicado ni de su aseguradora frente a la comunidad de propietarios reclamación alguna hasta la presentación de la demanda, año y medio después del siniestro. Con la argumentación expuesta se rechaza el argumento de la aseguradora de que ella no pudo ejercitar la acción hasta realizado el pago.

— Otras decisiones consideran, por el contrario, que el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que la aseguradora no paga la indemnización, pues hasta entonces no está legitimada para reclamar. Así, según la SAP de Zaragoza de 5 de julio de 1999 (en el caso, la demanda la inicia la aseguradora del propietario que tenía concertada una “póliza multirriesgo”. La aseguradora fue condenada a pagar a su asegurado al producirse un hundimiento de una porción del suelo del establecimiento a consecuencia de una fuga de agua de una conducción existente bajo el pavimento de dicho local y del contiguo y ahora reclama contra el propietario del local de donde procedía la fuga):

“Por lo que atañe a la excepción de prescripción de la acción ejercitada por la actora en estos autos, en la que insiste el demandado-apelante,

debe ser rechazada, ya que, como acertadamente razona la sentencia de instancia, el plazo prescriptivo del año, establecido en el artículo 1968.2.º del Código Civil para las acciones sobre responsabilidad extracontractual del artículo 1902 de dicho Texto Legal, como la formulada en este proceso, debe computarse desde la fecha en que la misma pudo ejercitarse, lo que en el caso presente, en el que la entidad «Aegón Unión Aseguradora, SA» acciona por subrogación, en virtud de la facultad conferida a la misma por el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, *tal fecha es la del pago por su parte de la indemnización a su asegurado, a que fue condenada por Sentencia de 31 de marzo de 1998 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de los de esta ciudad en juicio de menor cuantía núm. 385/1997, cuyo testimonio obra a los folios 600 a 607 de estos autos, pago que se efectuó en 25 de abril de ese mismo año mediante ingreso en la Cuenta de Depósitos y consignaciones (folio 611), por lo que interpuesta la demanda rectora del presente juicio el 13 de mayo de 1998, es patente que no había transcurrido el plazo anual de prescripción de dicha acción.*”

El Tribunal Supremo parece inclinarse por entender que, al no existir un plazo específico para la acción subrogatoria, y ser el mismo crédito que tenía el asegurado contra el responsable, el plazo de prescripción y el *dies a quo* deben ser el mismo (un año, si se trata de responsabilidad extracontractual: STS de 25 de mayo de 1999, que razona también, por la fecha, con la regulación del CCom anterior a la LCS 1980).

En palabras de la STS de 25 de mayo de 1999:

“No se trata de que el asegurador accione de reembolso a modo de tercero que paga una deuda ajena, en cuyo caso el plazo de prescripción de su acción sería el de las acciones personales (art. 1964 del Código Civil), ni que tenga que accionar contra su asegurado, hipótesis en que aquel plazo sería el de tres años (art. 954 del Código de Comercio), sino de un ejercicio por el asegurador de la misma acción que le corresponde al asegurado que ha indemnizado frente al responsable del daño.”

Presenta especial interés la STS de 29 de diciembre de 1999. Los hechos son los siguientes: los propietarios de un colegio encargan unas obras de construcción de un pabellón deportivo; poco después de terminadas las obras, durante un temporal de lluvia y viento se derrumba el pabellón; los propietarios tenían concertada una póliza de seguros que les paga la indemnización y, a continuación, se dirige contra los arquitectos al amparo de los artículos 1591 CC y 43 LCS. Condenados solidariamente, interponen recurso de casación en el que, entre otras cuestiones, se discute cuál es el plazo de prescripción de la acción. Los recurrentes alegaban que debía considerarse prescrita la acción ejercitada por dicha entidad aseguradora, pues al ejercitar una acción derivada de un seguro de daños, la misma prescribe a los dos años, según el artículo 23.

Aunque la sentencia contiene otras afirmaciones acerca de la técnica casacional, por lo que aquí interesa afirma que “la expresada entidad aseguradora no ha ejercitado en este proceso ninguna acción derivada de ningún seguro de daños, sino que la que ha ejercitado, por subrogación en los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondían a los asegurados dueños de la obra (art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro), ha sido la *acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil*, cuya acción, obviamente, no ha prescrito, pues *su plazo de prescripción es el de quince años a contar de la producción de la ruina dentro del plazo de garantía (diez años)*, cuyo plazo de prescripción no ha transcurrido, pues producida la ruina funcional objeto de litis en el mes de diciembre de 1989 (a los pocos días de terminada la obra), el proceso de que este recurso dimana (precedido, además, de un acto de conciliación sin efecto) fue promovido en octubre de 1993”.

En este apartado sólo me he referido a la repetición que la aseguradora puede ejercitar contra el responsable civil. En el caso de daños en viviendas en comunidades en régimen de propiedad horizontal puede suceder que, siendo responsable civil la comunidad, ésta tenga concertado un seguro de daños que cubra también los daños en bienes privativos. La cuestión es si debe prevalecer la obligación de indemnizar del seguro de responsabilidad civil y, en consecuencia, si debe prosperar la acción de la aseguradora del propietario que reclama ex artículo 43 LCS toda la indemnización pagada. El problema, en mi opinión, no puede resolverse prescindiendo de la existencia de un seguro de daños en elementos privativos. Se trata de determinar si estamos o no ante un caso de multi-seguro.

4. Seguro múltiple.

El artículo 32 LCS se ocupa del seguro múltiple, es decir, “cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo el tomador del seguro o el asegurado”. La Ley impone al tomador o al asegurado, salvo pacto en contrario, el deber de comunicar a cada asegurador los demás seguros que estipule. Si por dolo se omitiera esta comunicación, y en caso de sobreseguro se produjera el siniestro, los aseguradores no están obligados a pagar la indemnización. Una vez producido el siniestro, el tomador del seguro o el asegurado deberá comunicarlo, de acuerdo con lo previsto en el artículo dieciséis, a cada asegurador, con indicación del nombre de los demás. En caso de seguro múltiple, los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada,

sin que pueda superarse la cuantía del daño. Dentro de este límite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el respectivo contrato. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores.

El problema se plantea en el ámbito de la vivienda cuando el seguro de un propietario y el seguro de la comunidad aseguran el mismo interés, durante el mismo tiempo y cubriendo el mismo riesgo. Dada la diferente cobertura de los seguros del hogar y comunitarios, la concurrencia se produce habitualmente en los daños en el continente, en la cuota de continente que le corresponda al copropietario en el edificio en régimen de copropiedad.

Se trata de un fenómeno frecuente que normalmente el copropietario no puede evitar (41): no puede impedir que se contrate un seguro comunitario, que por lo demás a él también le beneficia, pero no va a dejar de contratar un seguro particular que incluye, además de la cobertura en la cuota que le corresponda de continente, el contenido (muebles) y otras coberturas.

No es de esencia al multiseguro que haya sobreseguro, pues es posible que la suma de todas las sumas aseguradas no sean superiores al valor del interés asegurado. Si lo hay, estaremos ante un caso especial de sobreseguro, conocido como “seguro doble”, que se caracteriza porque el sobreseguro se produce con la intervención de más de un asegurador, y al que hay que aplicar el artículo 31 LCS, al que se remite el artículo 32 LCS. Con el problema especial, entonces, que la Ley no resuelve de cómo debería procederse, en su caso, a la revisión de las primas (¿en atención a las fechas?, ¿en proporción a la cuantía asegurada o a la cuantía de la prima?).

El problema que se ha planteado en la jurisprudencia es el de si, a la vista de la redacción del artículo 32 LCS, que se refiere a que haya “dos o más contratos estipulados por el mismo tomador”, estamos en estos casos ante un supuesto de seguro múltiple, puesto que de hecho el seguro del propietario lo concierne él a título particular mientras que el seguro comunitario lo concierne la comunidad. Aunque la comunidad no tiene personalidad jurídica, la representación del presidente lo es en juicio y fuera de él en los asuntos que afecten a la comunidad (art. 13 LPH), es conocida también la ampliación jurisprudencial de la legitimación de la esfera representativa en los asuntos privativos de los propietarios. La jurisprudencia ha venido a sostener que la autorización a la Junta de propietarios equivale a un apoderamiento dirigido al presidente, y la legitimación de

(41) En este sentido, BATALLER: 1998, p. 50.

éste debe mantenerse salvo que exista una oposición expresa o formal del copropietario. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1997: “Habiendo declarado la jurisprudencia de esta Sala que las facultades representativas del presidente también se extienden a la defensa de intereses relacionados con elementos privativos, cuando los propietarios les autorizan para ello, pues de esta manera se evitan procesos con innumerables personas, a todos los cuales puede representar el presidente de la comunidad (SS. 2 octubre 1992, 22 octubre y 9 noviembre 1993 y 10 mayo 1995). Como puntualiza la Sentencia de 3 marzo 1995, los presidentes están investidos de mandato suficiente para la defensa en juicio y fuera de él de los intereses complejos de toda la comunidad, lo que se excluye si se da una oposición expresa y formal, que mermaría el alcance amplio del mandato representativo presidencial”. Si esto se admite así para el ejercicio judicial de acciones de responsabilidad civil no debería existir inconveniente alguno en entender que lo mismo sucede cuando se concierta un contrato de seguro comunitario que, en definitiva, está asegurado el interés plural de todos los copropietarios de la vivienda para su adecuada conservación y reparación.

Desde este punto de vista, en mi opinión debiera quedar solventado el problema de si se da o no el requisito del artículo 32 LCS de ser un mismo tomador quien concierta los seguros de daños cuando concurren un seguro de propietario que cubre los daños en el continente y un seguro de daños comunitario. En la medida en que el seguro comunitario asegura también intereses individuales de cada uno de los copropietarios ha sido concertado en representación de los mismos, a quienes se puede considerar como verdaderos tomadores de los seguros.

Para admitir la aplicación del artículo 32 LCS a estos casos, la jurisprudencia suele utilizar conjuntamente dos tipos de argumentos.

— Se ha señalado, por un lado, con razón, que a pesar de que nominalmente sea la comunidad de propietarios la que contrata, lo hace en beneficio y por sustitución representativa de cada uno de los comuneros, por lo que cada uno de ellos es titular del contrato en la parte correspondiente a su cuota de participación sobre el total de la finca (SAP de Málaga de 19 de febrero de 2007, con cita de las Ss. AP de Barcelona de 4 de abril de 2002, 4 de diciembre de 2002, AP de Granada de 8 de marzo de 2000, AP de Córdoba de 10 de enero de 2002, SAP de Madrid de 5 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2007 y 11 de noviembre de 2003).

— Existe, además, una segunda línea argumentativa que sostiene que, en realidad, y pese al tenor literal del artículo 32 LCS, no es requisito de aplicación del precepto el que los seguros hayan sido concertados por un

mismo tomador. Según esta jurisprudencia carece de sentido el requisito del tomador único dada la finalidad de la norma contenida en el artículo 32 LCS (entre otras, SAP de Murcia de 27 de noviembre de 2006, SAP de Madrid de 27 de julio de 2005 y 8 de mayo de 2007). En palabras de la SAP de Murcia de 27 de noviembre de 2006, con cita de otras decisiones de varias Audiencias Provinciales, en estos casos hay que tener en cuenta:

“a) Coincidencia en los tomadores. La Audiencia de Barcelona en sentencia de 11 de noviembre de 2003 considera que sí se da esa identidad de personas porque «Del mismo modo que la calidad de asegurado que ostenta la Comunidad de Propietarios demandada de modo mediató alcanza a cada uno de sus comuneros en relación con cualquier menoscabo u obligación establecida en relación con la primera, del mismo modo y en sentido inverso, la condición de tomadora del contrato de seguro comunitario de aquélla necesariamente y del mismo modo mediató ha de entenderse trasladado al perjudicado que, por su parte, también concertó contrato individual sobre el mismo objeto».

En similar sentido la sentencia de la misma Audiencia de 4 de diciembre de 2002 al afirmar que «En estos casos se puede apreciar la existencia de un mismo tomador por cuanto, a pesar de que nominalmente sea la comunidad de propietarios la que contrata, lo hace en beneficio y por sustitución representativa de cada uno de los comuneros, por lo que, en realidad, cada uno de éstos sería titular del contrato en la parte correspondiente a su cuota de participación en el total de la finca». La misma línea argumental se encuentra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 2 de abril de 2002.

b) Interpretación teleológica o finalista. En la citada sentencia de Alicante, con cita de diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo, se razona que la finalidad del artículo 32 es «Proteger el principio indemnizatorio de modo que, a través de la comunicación, el conjunto de aseguradores pueda conocer la totalidad de las sumas aseguradas que cubran un mismo bien, careciendo de sentido que la medida cautelar que el artículo recoge se pierda por el hecho de que existiendo una pluralidad de pólizas los tomadores de éstas sean personas diferentes, por lo que lo trascendente es la realidad del sobreseguro y no la figura del contratante, pues de otro modo la ignorancia de los aseguradores de tal circunstancia puede favorecer el pago de cantidades superiores al importe del daño».

c) Analogía (art. 4.1). Esta posibilidad se fundamenta en que se dan los requisitos jurisprudenciales de la analogía, estimando que procede «La extensión analógica del artículo 32 de la LCS al supuesto de pluralidad de tomadores y pólizas con cobertura de un mismo riesgo», pues el supuesto específico «Carece de regulación normativa en la Ley especial del

seguro y el artículo 32, por su identidad de razón con el supuesto, es lo suficientemente expansivo, interpretado correctamente en su sentido y finalidad, para permitir esa aplicación. Pues la finalidad del precepto, como hemos visto, es la protección del principio indemnizatorio y la evitación del enriquecimiento injusto en su doble vertiente afectante tanto al asegurado como a las aseguradoras. Siendo el caso de pluralidad de tomadores igualmente tributario de la misma clase de protección y cuya semejanza con el supuesto legalmente previsto amerita su aplicabilidad por vía analógica, aunque ciertamente resulte más difícil el perjuicio para la parte asegurada al ser plural».

d) El enriquecimiento injusto. Esta opción también es mantenida por la sentencia últimamente citada, amparándose en que la «causa petendi» de la acción que se ejercita en la demanda «Contiene implícito el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, que recordemos es una de las finalidades que trata de soslayar el artículo 32, pues tal supone el hecho de que asegurando dos compañías el mismo riesgo e interés, sólo una afronte el pago de la indemnización, cuando las dos perciben primas por el aseguramiento».

Por tanto, hemos de concluir que el hecho de que no coincidan exactamente las personas que celebran sendos contratos de seguro que simultáneamente cubren el mismo objeto, riesgo y período, no impide la aplicación del artículo 32 LCS si, como aquí sucede, hay una coincidencia de intereses entre ambas.”

Aunque es minoritaria, conviene advertir que existe una línea jurisprudencial según la cual la acción del artículo 32 LCS no puede prosperar en las reclamaciones entre la aseguradora de un propietario individual y la aseguradora de la comunidad de propietarios. En palabras de la SAP de Pontevedra de 27 de marzo de 2003:

“Hay que considerar que el artículo 32 de la referida Ley de Contrato de Seguro, no prevé dicho supuesto, ya que, en el presente caso, falta la identidad del «tomador»; uno es, como queda señalado y aceptado por ambas partes litigantes, la Comunidad de Propietarios y otro la propietaria de una de las viviendas que componen el inmueble; en un caso, la cobertura del seguro abarca a todo el edificio en que radica el piso origen de los daños, mientras que en éste, de cuyo seguro es titular la referida propietaria exclusivamente, ella es la única asegurada, por lo que la distribución proporcional que predica el precepto invocado no es procedente.”

La tesis de la irrelevancia del requisito de un único tomador para la aplicación del artículo 32 LCS, que se ha generalizado en el ámbito de los seguros de vivienda (conurrencia de seguros del propietario y de la comunidad), tiene su apoyo en la interpretación doctrinal mayoritaria del

artículo 32 LCS. En efecto, al explicar el seguro múltiple, la doctrina hace referencia a la situación de dos o más contratos concertados por varios aseguradores y que cubren el mismo interés, por el mismo tiempo y contra el mismo riesgo. Es esencial que haya identidad de interés, riesgo y tiempo. En la medida en que el interés cubierto por los diversos contratos es el mismo, también deben coincidir el objeto asegurado y la persona del asegurador. Se señala, en cambio, que es irrelevante que el tomador sea el mismo. Aunque lo cierto es que el Tribunal Supremo, que por el momento no se ha pronunciado acerca de un supuesto como los que aquí estamos analizando, parece entender que es preciso que los contratos hayan sido concertados por el mismo tomador (Ss. de 22 de julio de 2000, 23 de noviembre de 2004) (42), la opinión contraria no es una interpretación contra *legem*, y tiene en cuenta, además de argumentos de Derecho comparado, los antecedentes de la norma, su proceso de elaboración y, sobre todo, la finalidad perseguida por la misma (43).

Aunque se encuentran supuestos en los que la aseguradora de la comunidad de propietarios que ha indemnizado a éstos por los daños ocasionados en elementos comunes del edificio ejercita posteriormente la acción de repetición del artículo 32 LCS contra las aseguradoras de cada uno de los copropietarios (SAP de Murcia de 27 de noviembre de 2006, incendio en cuadro de mandos; SAP de Barcelona de 20 de julio de 2006, incendio originado en vivienda que destruye la misma y dos casas unifamiliares de la misma comunidad), en la práctica es más frecuente el ejercicio de una acción de la aseguradora de una copropietaria contra la aseguradora de la comunidad de propietarios, al amparo del artículo 32 LCS, solicitando el reembolso de la indemnización que le corresponde pagar por el siniestro en la medida en que éste ha afectado al continente, cubierto tanto por la póliza de daños del propietario como por la póliza de daños de la comunidad.

(42) Si bien es cierto que en los casos en que se ha referido a la necesidad de que sea un único tomador el que concierte ambos seguros para que pueda aplicarse el régimen del artículo 32 LCS, no ha sido éste el argumento para decidir el pleito. Así, en el caso de la STS de 22 de julio de 2000, tal afirmación se hace después de señalar el TS que la invocación del artículo 32 es cuestión nueva; en el caso, por lo demás, se confirma la sentencia que condena a la aseguradora del colegio profesional a abonar a la aseguradora de una empresa (al amparo de los arts. 1904 CC y 43 LCS) la mitad de la indemnización pagada en concepto de responsabilidad civil por los daños sufridos por terceros como consecuencia de una negligencia profesional de dos de sus trabajadores, y la cita del artículo 32 LCS por la aseguradora condenada se hacía a los efectos de que se le imputara, en su caso, la responsabilidad, en proporción a la suma asegurada.

(43) MENÉNDEZ: 1959, p. 221, GARRIGUES: 1980, p. 293; CALZADA CONDE: 1983, p. 541. Contra, en cambio, SÁNCHEZ CALERO (2005, p. 543, nota 10) señala que no basta con que el interés asegurado sea el mismo, porque ese requisito ya resulta de que los diferentes seguros cubran "el mismo interés".

En mi opinión, para resolver adecuadamente estos casos hay que tener en cuenta no sólo si existe o no la cobertura por los daños, sino también si el siniestro puede ser considerado como caso fortuito o es imputable a un propietario.

A) *El caso más sencillo es aquel en el que no se discuten problemas de responsabilidad civil, sino sólo la concurrencia de dos seguros de daños.* Así, en el supuesto de la SAP de Palencia de 2 de abril de 2002, se confirma la sentencia que estima la demanda con el siguiente argumento:

“En el caso que nos ocupa ambos seguros recaen sobre un mismo riesgo e interés, cuales son los daños que las humedades derivadas de los escapes de agua puedan producir sobre los muros, techo y suelo de la vivienda, *elementos comunes* del edificio (según resulta de lo dispuesto en los arts. 396 y concordantes CC) que como tales integran el continente del mismo cubierto en la póliza concertada por la Comunidad de Propietarios, y que al mismo tiempo constituyen elementos arquitectónicos o constructivos de la vivienda incluidos, junto con sus recubrimientos, en el continente de la póliza multirriesgo de hogar concertada por su propietario, según resulta del apartado 2.1 a) de sus condiciones generales, siendo claro que los desperfectos han afectado a dicho: muros y su recubrimiento pues es lo reclamado el importe de sanearlos, pintarlos y sustituir las zonas de parquet afectadas, por lo que ello en tanto *integrante del continente en ambas pólizas* es objeto de doble cobertura debiendo en consecuencia aplicarse la regla proporcional antedicha sin que el recurrente aporte dato alguno que permita entender le perjudica el reparto igualitario efectuado por el juzgador de instancia en atención al criterio del perito informante.”

Lo curioso es que en este caso la aseguradora del copropietario ejercita contra la de la comunidad acción de repetición del artículo 43 LCS (de forma que, en mi opinión, si se ejercitara la acción de subrogación contra el responsable civil, la repetición bien pudo ser por el todo). El daño tenía su origen en la rotura de una tubería general de calefacción. La sentencia recaída en primera instancia estima parcialmente la demanda, imputando a cada aseguradora la indemnización del daño en proporción a lo asegurado en cada póliza, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 33 LCS. Frente a dicho pronunciamiento la demandante interpone recurso argumentando que el daño cuya reparación se reclama no afecta al continente asegurado en ambas pólizas, sino al contenido, sin verse afectado (ningún) elemento común del inmueble, de modo que en absoluto puede aplicarse la regla del coaseguro. La AP desestima el recurso con el argumento transcrito.

El artículo 32 LCS, una vez que la aseguradora del propietario paga a éste la indemnización, le permite repetir contra el seguro comunitario cuando se den todos los presupuestos. En el caso de que el daño sea imputable a un tercero, como sucede en el caso que da lugar a la SAP de Málaga de 19 de febrero de 2007, donde se habla se considera acreditado que el incendio se originó como consecuencia del defectuoso funcionamiento de una manta eléctrica, las dos aseguradoras podrían ejercitar la correspondiente acción contra el fabricante de la misma (art. 43 LCS).

Pero el hecho de que los seguros del hogar sean seguros que cubren el riesgo de sufrir daños en la vivienda, pero también de tener el asegurado que pagar una indemnización cuando es responsable civil de los daños, ha dado lugar a alguna confusión que la jurisprudencia menor suele resolver de manera desigual. En mi opinión, hay que distinguir los siguientes supuestos:

B) *El daño se considera caso fortuito y no existe responsabilidad civil del propietario.* La concurrencia de seguros de daños que aseguren los efectos del mismo riesgo sobre el mismo interés deben resolverse aplicando el artículo 32 LCS.

Así sucede en el caso de la SAP de Madrid de 24 de junio de 2004. En efecto, producido un daño que es calificado como fortuito (cortocircuito en la lavadora que provoca un incendio en la cocina del asegurado, afectando también a elementos comunes del edificio), la aseguradora del propietario paga la correspondiente indemnización de daños, en la que se incluyen también los daños al continente. Ejercitada acción de repetición contra la aseguradora de la comunidad de propietarios al amparo del artículo 32 LCS, la demandada argumenta que los daños se produjeron por culpa del propietario y que la indemnización se pagó en concepto de responsabilidad civil, por lo que nada debe abonar. Descartada la responsabilidad civil del propietario, la AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora de la comunidad de propietarios condenada en primera instancia, al amparo del artículo 32 LCS, a abonar a la aseguradora de un copropietario la parte proporcional de la indemnización abonada:

“La doctrina dimanante de las Audiencias Provinciales, seguida, entre las más recientes, por las SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 13 de abril de 2000; SAP Madrid (Sección 11.^a) de 18 de marzo de 2002; y SAP de Barcelona (Sección 12.^a) de 4 de diciembre de 2002, ha flexibilizado los requisitos exigidos por el artículo 32 de la Ley del Contrato de Seguro en el sentido de considerar que concurre la identidad de los titulares de los contratos aunque en uno de los casos se trate de una persona física y en

el otro la comunidad de propietarios a la que pertenezca el anterior; el interés asegurado coincide en cuanto los elementos dañados de la vivienda asegurada en la mercantil actora recogidos en la valoración de daños y documental aportada por la demandante (folios 24 y siguientes) merecen la consideración de «continente» –o «edificio» según la terminología utilizada en el contrato de seguro concertado con la demandada– a tenor de lo pactado en las condiciones particulares (folio 110) y generales –artículo preliminar 23- a) y artículo 1– del contrato de seguro concertado con la demandada (folios 115 y 116); y, en cuanto a la vigencia de sendos contratos, sólo se requiriere que coincidan los dos en el momento de producirse el siniestro del que dimanen las actuaciones. Requisitos que concurren en el caso que nos ocupa, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 32 de la Ley del Contrato de Seguro, según el cual –en supuestos de seguro múltiple o cumulativo– los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño... y el asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores, en la medida que el importe total de las sumas aseguradas no superan el valor del interés asegurado, procede desestimar el presente recurso y confirmar en su integridad la sentencia contra la que se ha recurrido.”

A solución semejante, aunque desde otro planteamiento del pleito, llega la SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2002. Se origina un incendio en la vivienda de un copropietario. La comunidad de copropietarios tiene concertado un seguro que cubre tanto el riesgo de incendios como el de responsabilidad de los copropietarios. La aseguradora ejercita acción, al amparo del artículo 43 LCS contra el propietario en cuya vivienda se originó el incendio y contra su aseguradora. El propietario es absuelto, al no haber quedado acreditada la causa del siniestro (en apelación no se analiza esta cuestión). Se condena en cambio a su aseguradora (que además había abonado ya la parte correspondiente por los daños en el continente privativo de la vivienda siniestrada) a abonar a la aseguradora comunitaria la parte proporcional por daños en los elementos comunes. Recurre la actora, aseguradora comunitaria:

— Por entender que el copropietario no era asegurado de la comunidad: lo que es rechazado por la AP, puesto que cubierto por la póliza el riesgo de incendio, todos los copropietarios son asegurados; puesto que la acción ejercitada era la del artículo 43 LCS, en el caso me parece decisivo que el copropietario fue absuelto, es decir, no se le considera responsable del incendio, que bien pudo producirse por un cortocircuito, o por un defecto de la freidora en la que se originó.

— Por entender que al haberse originado el incendio en una vivienda privativa el seguro comunitario no cubría el riesgo, y es la aseguradora del propietario la que debe asumir íntegramente los daños al continente de esa vivienda, para rechazar este argumento (que tendría sentido sólo si el copropietario hubiera sido declarado responsable del incendio), la AP dice con acierto que es irrelevante que el incendio se originara en la vivienda, y que a lo que debe atenderse es a la cobertura del riesgo y del interés asegurado cubierto por ambos seguros, por lo que en el caso existe multiseguro y es aplicable el artículo 32 LCS.

— Por entender que la proporción en que fue condenada la aseguradora a abonar la proporción de daños en los elementos comunes debía hacerse atendiendo a la cuota de participación en la vivienda afectada; aunque en la sentencia no constan con claridad todos los datos de las pólizas, creo que aquí debe tenerse en cuenta, además de la proporción entre las sumas aseguradas a que se refiere el artículo 32 LCS, y que fue el criterio aplicado por la sentencia de instancia, que el seguro del propietario sólo cubre los daños en la cuota de los elementos comunes que corresponden a ese copropietario. La AP señala, en cambio, que el seguro comunitario debió hacerse cargo de los daños en los elementos comunes en su integridad, si bien mantiene en ese punto la sentencia de instancia porque la aseguradora condenada se aquietó. Creo que esto es así en el caso de que la póliza del propietario establezca, como suelen hacer, que la cobertura en la parte alícuota de los elementos privativos es subsidiaria, para el caso de que no exista seguro comunitario.

C) *Un copropietario es responsable del daño causado a otro copropietario.* Cuando sí hay responsabilidad civil del propietario y la acción ejercitada por la aseguradora del perjudicado es la del artículo 43 LCS contra la aseguradora del responsable y la aseguradora de la comunidad es complejo cómo deben resolverse las relaciones entre ambas.

— La SAP de Zaragoza de 5 de julio de 2006 señala, con acierto, que el responsable lo es frente al perjudicado por la totalidad del daño causado, pero no extrae de esta afirmación, por lo que se refiere a los seguros, todas las consecuencias. En el caso (incendio originado en una vivienda que se propaga a otra), la aseguradora del propietario perjudicado se dirige contra el responsable y su aseguradora (arts. 1908 CC y 43 LCS).

La aseguradora del responsable asume el pago de todos los daños en el contenido y una parte proporcional del daño en el continente; sin embargo, pretende que el resto de la indemnización en el continente sea asumida por la aseguradora de la comunidad de propietarios, en la medida en que el seguro comunitario cubre también los daños en el continente del piso de la perjudicada.

Tras invocar la doctrina jurisprudencial que considera aplicable el artículo 32 LCS a los casos de seguros concertados por un copropietario y por la comunidad, la AP considera que, en el caso, por aplicación del artículo 32 LCS, el pago de la aseguradora demandada debe limitarse a la proporción derivada del artículo 32 LCS.

En este caso la aplicación de esta doctrina es incorrecta, porque la consecuencia es que el seguro del responsable civil limita su garantía por el hecho de que el bien dañado estuviera cubierto por un seguro de daños diferente, el de la comunidad. El hecho de que el seguro de la comunidad cubra los daños en el continente de las viviendas sólo significa que el vecino dañado pudo dirigirse contra el asegurador comunitario para cobrar por ese daño o bien, como hizo, dirigirse contra su propio asegurador (lo que sin duda le resultaba más ventajoso, porque su seguro cubriría además los daños en el contenido). Lo dispuesto en el artículo 32 LCS (si se admite la teoría jurisprudencial que interpreta extensivamente este precepto y se considera aplicable en el caso de concurrencia de seguro del propietario y seguro comunitario) tiene sentido en las relaciones entre esas aseguradas y el asegurado, el propietario perjudicado, pero no afectan al sujeto responsable o su aseguradora. Procediendo el daño de una actuación culpable de otro copropietario, cualquiera de los aseguradores de daños puede ejercitar contra el responsable (y su aseguradora) la acción del artículo 43 LCS. En consecuencia, en el caso de que la aseguradora de la comunidad hubiera pagado a la perjudicada la indemnización que le correspondiera podría después haberse dirigido contra la aseguradora del propietario responsable. La solución a la que llega la sentencia de la AP es incorrecta porque permite al asegurador del responsable beneficiarse de la existencia de un seguro de daños concertado sobre el bien dañado. No hay seguro múltiple cuando concurren el seguro del responsable civil y un seguro de daños a favor del perjudicado.

— Por eso me parece más correcta la solución a la que llega la SAP de Lleida de 9 de enero de 2007 (aunque es un poco confusa la argumentación), en un caso en el que la aseguradora demandada invocaba la aplicación del artículo 32 LCS, argumentando que en su caso procedía prorratear la indemnización porque los daños también estaban cubiertos por la aseguradora de la comunidad. La sentencia llega a una solución diferente, y yo creo que más ajustada al tratamiento correcto del problema.

La aseguradora de la comunidad, que no fue llevada al pleito, se desentendió extrajudicialmente de la reclamación con el argumento de que, al tratarse de un defecto de mantenimiento, el riesgo no estaba cubierto por el seguro comunitario. Es ésta una cuestión que no se analiza en el pleito. Se trata de un caso de inundación por rotura de una tubería privativa que causa daños en la vivienda de otro copropietario, supuesto

para el que la jurisprudencia entiende aplicable la responsabilidad objetiva (art. 1910 CC) y, por tanto, se afirma la responsabilidad del propietario. La aseguradora del perjudicado, tras indemnizar a éste los daños, ejercita la acción de repetición contra la propietaria causante del daño y su aseguradora. La AP estima la demanda y condena a ambos solidariamente, sin pronunciarse, como no podía ser de otra manera, sobre la responsabilidad de la aseguradora de la comunidad.

— De un caso complejo se ocupa la SAP de Barcelona de 20 de julio de 2006, incendio en el interior de una casa unifamiliar que destruye la misma y dos casas vecinas de la misma comunidad. El propietario tiene concertado con Mapfre un seguro que cubre el continente y el contenido de la vivienda y la responsabilidad civil por daños a terceros. Lepanto tiene un seguro con la comunidad de propietarios por el continente de cada propietario y de las partes de propiedad común y otro seguro con el propietario de una casa quemada tanto por el continente como por el contenido de su vivienda. Lepanto, tras indemnizar a la comunidad de propietarios y al propietario individual, se dirige contra Mapfre.

La sentencia estima la demanda: seguro múltiple, en cuanto al continente de la casa en la que se originó el incendio y subrogación, al amparo del artículo 43 LCS, por el importe total, al no existir aquí seguro múltiple, por los daños causados al continente comunitario.

D) *Un copropietario sufre daños en su vivienda por propia negligencia.* La pretensión de su aseguradora, que le ha indemnizado los daños sufridos tanto en el contenido como en el continente, de lograr que el seguro comunitario se haga cargo de la parte proporcional de los daños en el continente, que asegura en su póliza, no puede prosperar. El seguro de daños comunitario no puede asumir la responsabilidad civil del propietario. Aun en el caso de que el seguro comunitario incluyera la responsabilidad civil de los propietarios, como he explicado más arriba, las pólizas suelen excluir los daños causados a la propia vivienda o local habitado del copropietario u ocupante responsable. Como he dicho también, en el supuesto excepcional de que los daños en la vivienda o local del sujeto responsable quedaran cubiertos por el seguro de daños del edificio, al establecer que no quedan cubiertos por el seguro de responsabilidad civil, la aseguradora conserva la facultad de dirigirse contra el propietario responsable civil, lo que carecería de sentido si ella misma fuera su aseguradora de responsabilidad civil. Por eso me parece correcta la solución a la que llega la SAP de Madrid de 2 de octubre de 2006 (incendio originado por descuido de copropietario, al que se le prende una sartén) en un caso en el que la aseguradora del propietario, que le indemnizó los daños, ejercita acción ¡al amparo del artículo 1902 CC y 43 LCS! contra la

aseguradora de la comunidad, instando en apelación la aplicación del artículo 32 LCS.

Excluye también la acción de la aseguradora de un propietario contra el seguro comunitario la SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2007. Ocaso SA Compañía de Seguros y Reaseguros instó demanda contra CEP D'Assurances Generals SA solicitando sentencia que condenase a la referida entidad demandada al reintegro a la actora de la suma de 2.802,41 euros, a la que consideraba ascendía el porcentaje que debía ser asumido por la aseguradora demandada, por el siniestro acaecido el día 1 de agosto de 2000 en la vivienda propiedad de doña Elena, la cual tenía concertada con la actora póliza de hogar que cubría parte del continente, y al mismo tiempo, la comunidad de propietarios había suscrito con la aseguradora demandada póliza que cubría asimismo, entre otros riesgos, elementos del continente sitos en el interior de las viviendas privativas. En el caso, la AP, tras señalar que podría admitirse que hay identidad de tomador entre el seguro del propietario y el seguro comunitario, descarta que haya concurrencia de seguro, por ser diferentes los intereses y los riesgos asegurados:

“Si por riesgo se entiende la posibilidad de que se produzca el evento dañoso previsto en el contrato de seguro que haga surgir en el asegurado una necesidad pecuniaria que constituye el interés que cubriría la póliza, es evidente que el seguro concertado por la Comunidad de Propietarios tan sólo puede comprender riesgos que le sean propios y difieran de los privativos de cada copropietario, de manera que no sólo no coincide el riesgo sino que tampoco concurre el mismo interés, porque este elemento del contrato de seguro presupone una relación económica entre el sujeto y el bien, que no existe en el caso de autos entre la Comunidad y los paramentos de la vivienda que han resultado afectados por el siniestro pues el daño no afecta a elementos estructurales sino decorativos y porque en todo caso, de haberse causado daños a elementos comunitarios, la Comunidad tendría derecho a accionar contra el copropietario causante de los mismos y por ende, contra su compañía de seguros.

En efecto, de admitirse la causación de un daño a la Comunidad, como sucedería si se condenara a su aseguradora a asumir una parte del daño, la misma podría con base al artículo 43 LCS, dirigirse contra quien aparece como responsable del daño, que no es otro que el asegurado en la entidad actora, pues está probado que el incendio se originó en el interior de la vivienda sin intervención alguna de elementos comunitarios.

Por consiguiente, resulta de lo actuado, que no existe concurrencia de seguros, en tanto que las pólizas cubren intereses y riesgos diversos, sin que ello se modifique por el mero hecho de que los paramentos de la vivienda constituyan elementos comunes del inmueble y como tales, estén asegurados en la póliza comunitaria, porque esta coincidencia no altera la

diversa concepción del interés asegurado que constituyen el objeto de una y otra póliza.”

E) Concurrencia de un seguro decenal LOE y seguro de propietarios o comunitario. Puesto que el seguro decenal que concierne al tomador, de acuerdo con lo previsto en la LOE, es un seguro de daños, podría plantearse la aplicación del artículo 32 LCS. Sin embargo, como he apuntado, no es raro que los seguros concertados por los propietarios excluyan los daños que tengan su origen en defectos de los bienes asegurados, y lo que cubre el seguro decenal es precisamente ese riesgo. En el caso de que no sea así, y el seguro del propietario cubra esos daños, sólo si se prescinde del requisito de que sea un único tomador podrá aplicarse el régimen del seguro múltiple. Lo que procede, en definitiva, es el ejercicio de la acción subrogatoria contra los responsables civiles, es decir, los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

F) Concurrencia de dos seguros de responsabilidad civil. La doctrina suele entender que no se aplica la norma prevista en el artículo 32 LCS en los casos de concurrencia de dos seguros de responsabilidad civil. Sin dejar de reconocer que esta postura lleva parte de razón (44), puede haber circunstancias que aconsejen aplicar esta normativa cuando se dan los presupuestos del seguro múltiple. Por un lado, si el daño no queda cubierto en su totalidad por un seguro no se ve la razón por la que el perjudicado no pueda cobrar de los demás. Por otra parte, tampoco se ve la razón por la que un solo asegurador deba asumir íntegramente la indemnización pagada cuando hay otros aseguradores que cubren el mismo riesgo. El TS, por lo demás, no ha tenido inconveniente en admitir la reclamación de un asegurador contra otro, al amparo del artículo 32, cuando ambos seguros fueron concertados por el mismo tomador (así, STS de 3 de enero de 2008, en un caso de dos seguros de responsabilidad civil concertados por una sociedad limitada y que cubrían, respectivamente, la responsabilidad por los daños que pudiera causar una carretilla elevadora utilizada en la carga y descarga en el almacén y otro que cubría, genéricamente, los daños causados en el desarrollo de su actividad industrial). En la jurisprudencia menor, la SAP de Zaragoza de 11 de mayo de 1998 ha excluido la aplicación del artículo 32 LCS en un caso de dos seguros de responsabilidad civil por el hecho de estar concertados por diferente

(44) Bien porque se entiende que no se da el peligro de enriquecimiento injusto del asegurado, por ser un tercero quien recibe la indemnización (en este sentido, BATALLER: 2004, p. 1270), bien por entender que el valor del interés no puede conocerse al tiempo de concluir el contrato (MENÉNDEZ: 1959, p. 223, nota 5).

tomador, sin entrar a analizar si en el caso se dan las razones que explican el régimen del seguro múltiple (póliza de seguro contratada por centro hospitalario para asegurar la responsabilidad civil del personal que trabaja en el centro y que concurre con póliza de responsabilidad civil concertada por el colegio de médicos; quizá aquí pudo considerarse la posibilidad de valorar que en ambos casos el tomador concierta el seguro por cuenta del asegurado, y que la exigencia de que se trate del mismo tomador presupone que, en principio, es eso lo que sucede, art. 7 LCS). En el ámbito de los seguros de vivienda se refiere a un caso de concurrencia de dos seguros de responsabilidad civil la SAP de Gipuzkoa de 5 de julio de 2005. Aunque me parece discutible que realmente los dos seguros cubrieran el mismo riesgo, por lo que aquí importa, la sentencia considera aplicable el artículo 32 LCS y de esta forma estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que desestimó la demanda interpuesta por una aseguradora que cubría el riesgo de responsabilidad profesional de un herrero (y que pagó a un tercero lesionado por una actividad profesional del asegurado en su vivienda) contra la aseguradora con la que el herrero había concertado un seguro multirriesgo vivienda que cubría también su responsabilidad civil.

G) Concurrencia de seguro de arrendador y de arrendatario. La SAP de Murcia de 3 de febrero de 2003, tras señalar que puede interpretarse en los casos de seguro concertado por una comunidad de propietarios y otro concertado por un miembro de la misma que es aplicable el artículo 32 LCS, descarta que pueda serlo cuando se trata de dos contratos independientes con dos tomadores distintos, uno el titular de la explotación y otro el propietario de las instalaciones arrendadas al primero.

La compañía de seguros demandante basaba su pretensión en la prevalencia del bien asegurado sobre las personas que han suscrito los respectivos contratos, en atención a la existencia de una concreta comunidad de intereses sobre el objeto. También que, tanto el propietario como el arrendatario de la nave, tienen interés común y directo en el aseguramiento del continente y por tanto proceden a formalizar las correspondientes pólizas de seguro. La AP, sin embargo, rechaza esta argumentación, y entiende que es imprescindible para la aplicación del artículo 32, al menos, que en ambos tomadores concorra la titularidad y dominio del bien asegurado y existe una coincidencia de intereses por tal concepto, tal y como sucede en los casos de un seguro concertado por una comunidad de propietarios y otro concertado por un miembro de la misma, pero añade:

“Nótese que en el caso que examinamos, tal presupuesto no concurre, pues aun aceptando que uno y otro contrato cubren idéntico riesgo, es lo

cierto que uno y otro responden no obstante a distintos tomadores cuya vinculación entre sí es meramente locativa o arrendaticia. *Es decir no existen intereses coincidentes sobre la misma cosa, aún cuando se cubra el mismo riesgo*, pues en un caso el tomador es el titular y propietario de las naves e instalaciones y en el otro el arrendatario de las mismas o titular de la explotación, lo que no acontece, como antes decíamos, en los contratos concertados por la Comunidad de Propietarios y por un miembro de la misma.”

V. Final

A la vista de todo lo anterior podemos concluir, de manera sintética, que las principales posibilidades que pueden plantearse en la práctica son las siguientes:

A) Daño producido en elemento privativo de un piso. El propietario tiene concertado un seguro del hogar que cubre el riesgo y paga la indemnización. Este seguro concurre:

— Con el seguro de responsabilidad civil del copropietario responsable del daño: en este caso, la aseguradora puede ejercer la acción subrogatoria contra la aseguradora de responsabilidad civil (art. 43 LCS).

— Con un seguro de daños concertado por la comunidad de propietarios que incluye una cobertura por daños en elementos privativos: la aseguradora puede repetir contra la aseguradora de la comunidad, ejercitando la acción del artículo 32 LCS (seguro múltiple).

— Con un seguro de responsabilidad civil concertado por la comunidad: si del daño debe responder la comunidad, la aseguradora puede ejercer la acción subrogatoria contra la aseguradora de responsabilidad civil (art. 43 LCS).

— Con un seguro de responsabilidad civil concertado por la comunidad: si del daño debe responder un copropietario, la aseguradora sólo puede ejercer la acción subrogatoria contra la aseguradora de responsabilidad civil si la póliza cubre los daños de que deban responder los copropietarios, lo que no es habitual (art. 43 LCS).

— Con un seguro decenal de daños, concertado por el promotor, conforme a la LOE: si el seguro decenal cubre el riesgo (p. ej., el daño procede de un defecto que tiene su origen en un elemento estructural), cabe ejercitar la acción del artículo 32 LCS (seguro múltiple). Ambas aseguradoras de daños, a su vez, pueden ejercer en su caso las acciones de repetición contra los responsables civiles (los agentes de la edificación).

B) Daño producido en elemento común del edificio. La comunidad tiene concertado un seguro del edificio que cubre el riesgo y paga la indemnización. Este seguro concurre:

— Con el seguro de responsabilidad civil del copropietario responsable del daño: en este caso, la aseguradora puede ejercer la acción subrogatoria contra la aseguradora de responsabilidad civil (art. 43 LCS); los seguros del hogar que incluyen coberturas de responsabilidad civil suelen considerar a la comunidad de propietarios como tercero en cuanto a los daños que el asegurado (el copropietario) pueda causar en elementos comunes.

— Con un seguro de responsabilidad civil concertado por la comunidad que cubra la responsabilidad civil de los copropietarios: los seguros de edificios incluyen a veces la cobertura de responsabilidad civil por los daños que un copropietario cause a otros, pero no se extiende esa cobertura a los daños causados a la propia comunidad, que cubre esos daños por el seguro de daños, sin perjuicio de la posibilidad de que la aseguradora ejercite la acción de responsabilidad civil de manera directa contra el responsable (art. 43 LCS).

— Con un seguro de daños concertado por un propietario, que se extienda, según la póliza, a la cuota proporcional que corresponde al asegurado en función de su porcentaje de copropiedad: cabe ejercitar la acción del artículo 32 LCS (seguro múltiple).

— Con un seguro decenal de daños, concertado por el promotor, conforme a la LOE: si el seguro decenal cubre el riesgo (p. ej., el daño procede de un defecto que tiene su origen en un elemento estructural), cabe ejercitar la acción del artículo 32 LCS (seguro múltiple). Ambas aseguradoras de daños, a su vez, pueden ejercer en su caso las acciones de repetición contra los responsables civiles (los agentes de la edificación).

C) Daños causados a terceros (transeúntes, viandantes, coches aparcados en la calle, personas que visitan el edificio, inquilinos): pueden dirigirse contra el responsable civil (o su aseguradora, art. 76 LCS). Si los terceros perjudicados disponen de un seguro de daños, su aseguradora, una vez pagada la indemnización, podrá ejercer la acción subrogatoria contra el responsable.

D) Daños causados a los propietarios que no estén cubiertos por un seguro de daños (daños personales, lucro cesante): los perjudicados pueden ejercer las acciones civiles contra los responsables para lograr su reparación; si los responsables están asegurados pueden ejercer la acción directa contra su aseguradora (art. 73 LCS).

E) Daños materiales causados por vicios de acabado o de habitabilidad: los perjudicados pueden ejercer las acciones civiles contra los responsables para lograr su reparación; si los responsables están asegurados pueden ejercer la acción directa contra su aseguradora (art. 73 LCS); si el seguro multirriesgo del hogar o del edificio cubren estos daños, la aseguradora podrá después ejercer la acción subrogatoria contra los responsables (art. 43 LCS).

Bibliografía

- ARIZA ARCA: "Los seguros de construcción y de daños en la Ley de Ordenación de la Edificación", en *El consultor inmobiliario* 2/2000.
- BATALLER GRAU, J.: "Artículo 32", en *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, J. BOQUERA (director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- "El concepto de seguro múltiple", *RESeg* 91, 1997.
- *El seguro múltiple*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- "El seguro multirriesgo hogar", en *Contratos mercantiles*, A. BERCOVITZ y M.^a A. CALZADA (directores), Thomson Aranzadi, 2.^a edición, 2004.
- BLANCO GIRALDO, F.: "Aspectos generales del seguro de daños en las cosas y el seguro de lucro cesante", *Cuadernos de Derecho Judicial XIX*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- BRENES CORTÉS, J.: *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- CALZADA CONDE, M.^a A.: "Comentario a la STS de 13 de abril de 1983: Contrato de seguro. Inexistencia de seguro múltiple. Nulidad del contrato. Compensación", en *CCJC* 2, marginal 50.
- CARRASCO PERERA, Á.: "Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción", en *Régimen jurídico de la edificación: Ley de Ordenación de la Edificación y código técnico de la edificación*, Thomson Aranzadi, 2007.
- *Derecho de la construcción y la vivienda*, 5.^a edición, Dilex S. L., Madrid, 2005.
- CUÑAT EDO, V.: "Disposiciones generales referidas al seguro de daños", en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, E. VERDERA y TUELLS (director), Colegio Universitario de Estudios Financieros, Zaragoza, 1982.
- FUENTES LOJO, J. V.: *La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999*, tomo I, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- GARCÍA CONESA, A.: "Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, 87, 2000.
- "El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, 94, 2001.
- GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 7.^a edición, con la colaboración de F. SÁNCHEZ CALERO, Madrid, 1980.
- ICEA (Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones): *El seguro decenal. Estadística año 2006. Informe número 1025, junio 2007*.
- ICEA (Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones): *Los seguros multirriesgo. Estadística a marzo. Año 2008. Informe número 1064, junio 2008*.
- JANÉ CALLEJA, E.: *La Peritación de siniestros multirriesgos: interpretación de garantías y casos prácticos*, Centro Universitario E. A. E. - Winterthur, 2000.
- JIMÉNEZ CLAR, A. J.: "El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación", en *RdP* 6, 2001.

- MAGRO SERVET, V.: *Cobertura de las compañías de seguros del particular y la comunidad en los casos de responsabilidad civil por daños*, SEPIN/DOCT/2580.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro", RDM 1959.
- MERCHÁN GABALDÓN, F.: *Manual de peritación en seguros de construcción*, Madrid, 1999.
- MOLINA, I. E.: *Ruina y seguro de responsabilidad decenal: las coberturas aseguradoras de la responsabilidad decenal (diseño normativo y praxis aseguradora)*, Granada, Comares, 1998.
- MUÑOZ PAREDES, J. M.: *El coaseguro*, Civitas, Madrid, 1976.
- MUÑOZ PAREDES, M. L.: *El seguro a primer riesgo*, Edersa, Madrid, 2002.
- *El seguro a valor nuevo*, Civitas, Madrid, 1998.
- PARDO NÚÑEZ: "Un nuevo seguro obligatorio. Comentario del artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, 90, 2000.
- PARRA LUCÁN, M. A.: "Responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos", en *Tratado de responsabilidad civil*, F. REGLERO, director, Thomson Aranzadi, 2008.
- PEÑAS MOYANO: "Edificación y seguro. Modalidades contractuales exigidas como garantía en la Ley de Ordenación de la Edificación", RES 110, 2002.
- REGLERO CAMPOS, L. F. (coordinador): *Ley de contrato de seguro: jurisprudencia comentada*, Thomson Aranzadi, 2007.
- RUIZ-RICO RUIZ y MORENO TORRES: *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (director): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3.ª edición, revisada y puesta al día, Thomson Aranzadi, 2005.
- SÁNCHEZ-CÍA, A. L.: *Ley de Edificación. Comentarios Jurídicos*, Madrid, Edijus, 2000.
- SEOANE PRADO, J.: "Garantías por defectos en la construcción", en SEOANE PRADO, J.; BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., COBO PLANA, J. J., *Garantías y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Sepin, Madrid, 2000.
- SIFRE PUIG: "Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en relación con la constitución de las garantías del artículo 19 y el Registro de la Propiedad", en RCDI 669, 2000.
- TIRADO SUÁREZ, F. J.: "Artículo 68. Los seguros de caución", en SÁNCHEZ CALERO, F. (director), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3.ª edición, revisada y puesta al día, Thomson Aranzadi, 2005.

CONSTITUCIÓN DE PAREJA ESTABLE Y CONSENTIMIENTO (*)

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. LEY DE PAREJAS ESTABLES. 2. CONCEPTO DE PAREJA ESTABLE. 3. ¿CUÁNDO EXISTE UNA PAREJA ESTABLE? 3.1. Convivencia marital de un año. 3.2. Hijos en común. 3.3. Documento público. 3.4. Registro de Parejas Estables. 4. CUÁNDO NO EXISTE UNA PAREJA ESTABLE. 4.1. Convivencia no marital. 4.2. Convivencia ocasional. 4.3. Convivencia alegal. 5. RENUNCIA A LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PAREJAS ESTABLES.

(*) Ponencia desarrollada en el Seminario sobre “Parejas estables en Navarra” celebrado en el M. I. Colegio de Abogados de Pamplona el día 11 de diciembre de 2008.

1. Ley de Parejas Estables

La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Parejas Estables, publicada en el BON el día 7 de julio de 2000 (núm. 82), entró en vigor el día 7 de agosto de 2000, conforme a lo dispuesto en su disposición final segunda.

En ella se reconocen y regulan las parejas estables en Navarra en los ámbitos en los que tiene competencias la Comunidad: civil, fiscal y de función pública. Y se justifica la Ley sobre el principio de igualdad jurídica de las parejas estables, de no discriminación de los españoles y de libertad de familia y matrimonio regulados en los artículos 14, 32 y 39 de la Constitución Española.

La cuestión se centrará en dilucidar los supuestos en los que existe una pareja estable conforme a la Ley y los supuestos en los que no existe y, en concreto, en demostrar que –en contra de lo que pudiera parecer– la Ley siempre exige un consentimiento, aunque sea tácito, para la constitución de la pareja estable.

2. Concepto de pareja estable

Como señala GAVIDIA SÁNCHEZ (1), el legislador no está obligado a considerar la unión libre como una familia, sino a no discriminarla o no penalizarla. Pero de este axioma se deduce que el legislador no puede conceder un trato favorable a la unión libre respecto del matrimonio. Tampoco puede igualar a ambas situaciones porque se podría dar a entender que para estar casado no es necesario contraer matrimonio o que solamente los casados no tienen derecho a la ruptura libre de su unión, mientras que los convivientes pueden romper su unión sin mayores consecuencias.

Que se pueda constatar la existencia de una unión libre no quiere decir, sin más, que deba ser considerada como una familia. Para esto último deberá existir, al menos, un sustrato objetivo tal como una comunidad de cuidados y responsabilidades, una reciprocidad en las relaciones y una estabilidad en la convivencia. Además, por muy unión libre que quiera ser deberá tener siempre la exclusividad en la relación para evitar no ya la bigamia, sino la conflictividad en los derechos.

En la Ley de Parejas Estables navarra se pretende una igualdad de las parejas estables, lo cual es deseable por todos: que todas las parejas estables sean tratadas de la misma forma por la Ley. Sin embargo, la Ley

(1) GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio: “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, en *Revista Jurídica del Notariado*, 1999, octubre-diciembre, pp. 199 y ss.

de Parejas Estables no pretende sólo la igualdad de las parejas estables entre sí, sino respecto con el matrimonio, y así se declara al establecer el principio de no discriminación y al tomar como referencia la afectividad análoga a la conyugal.

Los antecedentes de la Ley navarra fueron las Leyes catalana (Ley 10/1998, de 15 de julio) y la aragonesa (Ley 6/1999, de 28 de marzo), pero en estas Leyes se diferencia la unión estable del matrimonio y se pretendía dar solución a unos problemas que en esas fechas padecían las uniones estables de hecho no reconocidas por la Ley.

En cualquier caso, es la propia Ley la que nos ofrece un concepto de pareja estable al decir en su artículo 1 que se considera por tal (...) *la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal* (...), de aquí que nos detengamos por un momento en estas precisiones.

La unión hace referencia a una comunidad, que puede traducirse en una misma residencia o no, puesto que la simple convivencia no es más que la exteriorización de una vida en común. La unión, en sí, es una comunidad de vida, aquello a que antes apuntaba con una comunidad de cuidados. Pero esta comunidad de vida debe ser además libre y pública.

Lo contrario de público es lo secreto, lo que no se comunica al resto de la sociedad, aquello de lo que no se da noticia. Por no ser público no pueden ser conocidos los actos y deseos íntimos de una persona. Este carácter de público choca, sin embargo, con la presunción o declaración legal de existencia de una pareja por el mero hecho de la convivencia. Parece que la Ley entiende que una situación de hecho, como es el hecho de aparecer juntos, manifiesta y prueba, sin refutación en contrario, una voluntad no manifestada de convivencia. Si la unión debe ser pública y los sujetos no manifiestan –hacen pública– su voluntad de formar una pareja estable, creo que lo correcto habría sido no conceder más efectos a los no queridos por los interesados. Sin embargo, la Ley no funciona así.

Además de pública, debe ser libre. La libertad es un atributo propio de la persona. Es libre quien es dueño de sus actos y puede elegir su destino. Por tanto, es libre quien decide su situación en la vida. La libertad exige una voluntad manifestada. La manifestación puede ser verbal o escrita, pero manifestada en todo caso. De unos hechos, de una convivencia, la Ley deduce una voluntad de convivencia.

En todo caso, la unión debe ser puesta de manifiesto, no cabe una unión reconocida por la Ley como tal si se mantiene en secreto o reservada entre sus miembros. La manifestación de la unión puede ser expresa o tácita, pero nunca presunta. La presunción no es una manifestación de la voluntad, sino una dispensa de prueba de la misma.

Será expresa si se declara por los miembros su voluntad de constituir una pareja estable en documento público o se inscriben como tal en el registro creado al efecto, pues en ambos casos están declarando la existencia de una pareja estable y acogiéndose a la Ley.

Será tácita cuando no exista una declaración de voluntad expresa pero tal voluntad se pueda inferir de los actos y comportamiento *libre y público* de sus componentes.

De aquí podríamos deducir que la sola convivencia no constituye una pareja estable con arreglo a la Ley. No basta con convivir, sino que la convivencia debe ser intencionada o voluntaria, con la intención de constituir una pareja estable de las reguladas por la Ley. En caso contrario, nos encontraremos en los supuestos de pareja estable de hecho a que luego nos referiremos.

3. ¿Cuándo existe una pareja estable?

Al aplicar la Ley de Parejas Estables a los supuestos concretos, el primer problema con que nos podemos encontrar es determinar si la unión que se nos presenta es, en realidad, una pareja estable de las reguladas por la Ley o, simplemente, estamos en presencia de una unión temporal de dos personas sin otra intención que la de compartir unos intereses comunes, sean estos intereses de trabajo, de habitación, de sostenimiento económico o hasta de sufragar los gastos derivados del alquiler de una vivienda.

A la existencia de la pareja estable se refiere el primer párrafo del artículo 2.2 de la Ley, que dice: *“Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un periodo ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público”*.

3.1. Convivencia marital de un año.

De la lectura de este precepto parece que basta con la convivencia continuada de un año para que se pueda entender que existe una pareja estable a los efectos de la Ley, es decir, para que el sobreviviente resulte ser beneficiario de los derechos que concede la Ley. Parece también que bastaría con convivir durante un año para que fallecido el otro conviviente se pudiera oponer a los herederos del causante el usufructo de fidelidad sobre los bienes, valores y derechos que pertenecían al fallecido tan

sólo por haber compartido techo durante un año, a pesar de no haber formalizado de ninguna manera la relación, ni siquiera de haber manifestado tal relación a la familia del causante que ahora, con sorpresa, se encuentra con un partícipe en la herencia.

A la notaría comparece el sobreviviente a formalizar el inventario de fidelidad como miembro de pareja estable y la primera cuestión que debemos aclarar es si tiene realmente derecho. ¿Basta la sola convivencia para adquirir la condición de pareja estable o es necesario algo más?

Para empezar, de la lectura atenta del precepto podemos advertir que no se trata de cualquier convivencia, sino de la convivencia *marital* que se expresa en modo de adverbio, es decir, a la manera de los cónyuges. Luego no debe bastar cualquier convivencia entre dos personas para tener derecho a todos los efectos que la Ley les reconoce, sino que dicha convivencia debe ser como la de los esposos. En otro lugar de la Ley ya hemos visto que se dice que la pareja estable tiene una relación de *afectividad análoga a la conyugal*. Por tanto, la convivencia surge de una unión de dos personas que se relacionan por afectividad, no comercialmente, y que conviven a la manera de los esposos.

No basta, pues, con el simple hecho de vivir juntos o bajo un mismo techo. Hay que convivir de una determinada manera y esa manera es la que se refiere a la intención o la voluntad de convivencia, es algo así como la causa de la convivencia. No se convive por trabajo, ni por estudios, ni por asistencia sanitaria, ni por compartir gastos, sino que se convive por compartir una vida, aunque sólo sea por un año de duración. Porque de esto se trata cuando se habla de la analogía conyugal o de la vida marital, la de aquellas personas que tienen un proyecto de vida en común.

En este sentido se puede leer la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 24/2006, de 15 de febrero, en la que se aprecia y declara que *“en los supuestos de ingreso en centro hospitalario de uno de sus miembros no se interrumpe dicha convivencia si el otro miembro de la pareja actúa como tal”*.

Por el contrario, el mismo precepto establece otros supuestos en los que se entiende que existe pareja estable aunque no exista una convivencia marital continuada en el tiempo, como son los casos de descendencia común y de declaración de los interesados en documento público. Ahora analizaremos estos supuestos, aunque desde ahora quiero llamar la atención para precisar que la Ley no dice que no sea necesaria la convivencia marital, sino que lo que no es necesario es que esa convivencia marital haya durado un año.

3.2. Hijos en común.

El primero de estos supuestos es el referido a los casos en que exista descendencia común de los convivientes. A diferencia de lo visto hasta ahora, se trata de una pareja estable que tiene algo en común y algo manifestado como es la descendencia. No se trata de cuestionar los derechos relativos a la filiación de esta descendencia puesto que tales derechos no se encuentran cuestionados en nuestro ordenamiento. Se tratará de una filiación extramatrimonial pero en igualdad de derechos y obligaciones con el resto de filiaciones. Por tanto, en este momento no se refiere a los derechos de los hijos de una pareja calificada como estable o de hecho. Las filiaciones no se encuentran discriminadas por esta Ley ni tampoco pretende atribuirles ningún derecho, de eso se ocupa la Constitución y el FN a lo largo de sus leyes.

Pero la existencia de descendencia común, extramatrimonial desde luego, modaliza la consideración de la pareja estable a los efectos de la Ley porque les dispensa de una prueba sobre su existencia. Para este caso ya no es necesario acreditar un período de convivencia o manifestar una voluntad jurídica, sino que la Ley considera suficiente este hecho para atribuir unos efectos, aunque eso sí, no basta la sola existencia de hijos comunes de la pareja, sino que además añade otro requisito al decir que *bastará la mera convivencia*. Es decir, que al existir descendencia común no es necesario convivir un tiempo determinado, ni mucho ni poco, ni tampoco es necesario inscribirse en ningún registro, ni realizar ninguna manifestación pública, basta con vivir maritalmente.

Por tanto, podemos ahora concluir que en este supuesto no es suficiente tener hijos en común, sino además vivir en común. Ya quedan excluidos los supuestos en los que solamente existen hijos en común, pero falta la convivencia, la mera convivencia como dice la Ley, pero sin la cual los hijos en común no demuestran un sustrato común a los progenitores que les haga alcanzar un estadio superior a la relación ocasional y esporádica o la relación pasada y ahora histórica. El tener hijos en común es requisito necesario pero no suficiente para formar pareja estable, además debe existir una mera convivencia marital coetánea con la existencia de la pareja estable.

3.3. Documento público.

La Ley también entiende que existe una pareja estable y la reconoce como tal cuando los miembros de la misma declaran expresamente su voluntad constituyente. Esta es la manifestación por excelencia y el requisito que aporta la mayor seguridad jurídica. Aunque la Ley requiere otro

requisito de forma añadido cual es que tal declaración se manifieste en documento público.

Por documento público se entiende, conforme a lo dispuesto en el artículo 1216 CC, *los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley.*

Entiendo que el requisito del documento actúa como un requisito de validez del negocio o de la declaración. De tal manera que la manifestación de voluntad realizada en un documento privado no trasciende a terceros ni al ordenamiento jurídico y no serán tenidos por pareja estable, salvo que con posterioridad cumplan con el requisito de la convivencia marital continuada durante un año. Por la misma razón, tampoco serviría una declaración realizada en documento privado cuya fecha luego alcanzara fehaciencia, por ejemplo, por presentarse en un registro público.

Este supuesto refleja que con la sola voluntad de los miembros de la pareja estable se constituye la misma sin ningún otro requisito, ni de mera convivencia, ni de transcurso de un período de tiempo. Basta la declaración para quedar constituidos en pareja estable. En esto se asemeja a la constitución del matrimonio, donde es requisito esencial el consentimiento matrimonial, sin consentimiento no existe matrimonio. Aquí no llegamos a tanto, el consentimiento es una de las maneras de constituir la pareja estable, o ¿quizá deberíamos decir que siempre se requiere el consentimiento, pero la Ley lo presume en ciertos casos?

Lo que sí es cierto es que este consentimiento al que la Ley reconoce como productor de efectos jurídicos no es un consentimiento para convivir o, por lo menos, la Ley no requiere que al manifestar este consentimiento se comprometan a convivir. Pero entonces, ¿en qué consiste este consentimiento?

La declaración de voluntad se refiere a querer constituir una pareja estable conforme a la Ley de Parejas Estables, por tanto, aunque la Ley no obliga expresamente a la convivencia entendida como lugar físico de residencia, la Ley sí que obliga a vivir con un afecto análogo al conyugal. Es decir, vida en común debe existir, aunque no exista una vivienda común o un lugar de residencia común entre los miembros de la pareja estable. Por tanto, también en este supuesto de constitución en documento público debe existir convivencia tal y como la entiende la Ley, es decir, análoga a la conyugal, que se define como una unión libre y pública.

3.4. Registro de Parejas Estables.

Otra cuestión es la de saber si la inscripción en el Registro de Parejas Estables basta para constituir una pareja estable a los efectos de la Ley. Porque podría darse el supuesto de que una pareja se inscriba en el Regis-

tro sin haber formalizado ninguna declaración de voluntad constitutiva, sin tener hijos en común e incluso sin convivir ningún período de tiempo. ¿Es esto posible? ¿Se entiende constituida una pareja estable por el solo hecho de inscribirse en el Registro de Parejas Estables?

Entiendo que no, la inscripción en el Registro de Parejas Estables no es constitutiva, a diferencia de otros registros de parejas estables. No sé si quizá la Ley quiso decir que además se podía constituir una pareja estable mediante su inscripción en el Registro, pero no lo dice, lo que dice es que el Registro es *para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución*. Luego la pareja estable debe haberse constituido mediante alguno de los medios que la Ley establece y la inscripción en el Registro no es sino un medio de prueba.

Ahora bien, la realidad de los hechos nos dice que una pareja se inscribe en el Registro cuando quiere constituirse en pareja estable conforme a la Ley, es decir, cuando lleva conviviendo un tiempo o comienza a convivir y se tiene como tal pareja estable. Nos encontramos ante un supuesto en que se formaliza la declaración de voluntad constitutiva ante el encargado del Registro de Parejas Estables, que será un funcionario local o autonómico.

Si esta pareja no tuviera hijos en común ni llevara conviviendo al menos un año, ¿se podría impugnar la inscripción? Por ejemplo, a los efectos de impugnar la reclamación del usufructo de fidelidad por fallecimiento accidental de un miembro. Deberíamos averiguar si la declaración formalizada ante el encargado del Registro equivale a un documento público o no. Aunque la cuestión no deberá ir por este camino, sino por el que marca la propia Ley.

Para la Ley de Parejas Estables, si una pareja estable se encuentra inscrita en el Registro de Parejas Estables es una pareja estable a los efectos de la Ley. La inscripción, aunque no sea constitutiva, sí es una presunción jurídica que no admite prueba en contrario y actúa como una declaración legal de existencia de la pareja estable por ser la inscripción en el Registro un medio de prueba privilegiado que conforme al artículo 3 de la Ley se deberá tener por existente la pareja estable. Por tanto, aun cuando se pudiera cuestionar si la declaración formalizada ante un funcionario es un documento público o no, el resultado de esa declaración –la inscripción registral– declara la existencia de la pareja estable.

4. Cuándo no existe una pareja estable

Pero frente a los supuestos en que existe una pareja estable conforme a la Ley, nos podemos encontrar con otros supuestos en los que, aun-

que se exterioriza una convivencia, no puede ser calificada como pareja estable porque no cumple con los requisitos legales. Así nos encontramos con los siguientes supuestos:

4.1. Convivencia no marital.

Por un lado, nos encontramos con todos los supuestos en los que existiendo convivencia no existe el afecto marital y por tanto dicha convivencia no puede ser calificada como presupuesto de una pareja estable.

La voluntad de convivir es lo decisivo, pero no cualquier voluntad de convivir, sino a la manera de la convivencia conyugal, o *more uxorio*, que se identifica con el modelo de convivencia que se desarrolla en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio.

Es así que en los supuestos en los que falta este afecto marital no existe una pareja estable. En concreto nos encontramos en estos casos cuando se trata de convivencias por razones laborales o de dependencias de trabajo, empleadas del hogar, empleadas de la hostelería que viven en el lugar del trabajo junto con el empleador, asistentes clínicos o sanitarios que duermen o conviven con el asistido, compañeros de vivienda, e incluso los simples amigos que conviven para acompañarse pero, en ningún caso, se quieren *como si estuvieran casados*.

4.2. Convivencia ocasional.

Además, la Ley requiere que la convivencia sea estable y esta convivencia estable excluye la simple convivencia ocasional que no tiene duración en el tiempo, y también la simple convivencia no voluntaria porque carece de la intención de formar un grupo familiar o asemejarse a una familia matrimonial. Para evitar la transitoriedad se establece el período de un año de convivencia aunque se prescinde de este plazo si existen hijos comunes o existe una declaración pública. Ya hemos visto antes que la sola existencia de hijos comunes no basta para acreditar la constitución de una pareja estable, nos remitimos a lo dicho.

Pero dentro de este epígrafe se podría referir a un supuesto de convivencia de duración indefinida o transitoria como es el noviazgo. Se podría decir que es una convivencia continuada en el tiempo, pero no es convivencia consentida como la definida por la Ley. Es decir, no es una convivencia con afecto marital, sino más bien para comprobar si ese afecto marital podrá ser posible. Es una convivencia de conocimiento, que no de prueba, de acercamiento de dos personas, de planteamiento de una vida en común, pero no de vida en común. El noviazgo no genera ningún

tipo de derechos, mientras que la convivencia estable es objeto de los derechos que nacen de la Ley (2).

Y en este punto se podría traer a colación la declaración contenida en la sentencia del TSJ de Navarra 20/2008, de 24 de noviembre, en la que manifiesta que la simple relación ocasional de dos personas, aunque tengan un hijo como fruto de esa unión, no constituye un supuesto de pareja estable a los efectos de la Ley y de aplicar una posible analogía con el matrimonio.

4.3. Convivencia alegal.

Por último y en este apartado quisiera comentar lo que se podría llamar convivencia alegal por no calificarlo de convivencia ilegal, que sería la contraria a la Ley, aunque no deja de ser irónico el término. Son los supuestos previstos como impedimentos en el artículo 2.1 de la Ley y que se refieren a: a) la menor edad; b) parentesco por consaguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado; c) vínculo matrimonial anterior; y d) pareja estable vigente anterior.

En cualquiera de estos supuestos existe una convivencia y puede ser duradera en el tiempo y por más de un año, pero no podrá ser calificada como pareja estable por existir un impedimento legal. Estamos en presencia de una pareja estable de hecho frente a las parejas estables de derecho o legales. Pero entonces el riesgo que corremos es el de volver a empezar: ¿por qué hay que tratar de modo distinto a quienes conviven legalmente de quienes lo hacen en forma alegal? (3).

Esta es una de las grandes contradicciones de la Ley. Se trataba de resolver las situaciones de vacío legal de las uniones estables existentes, no de regular un pseudo matrimonio civil sin forma pero con impedimentos legales.

5. Renuncia a la aplicación de la Ley de Parejas Estables

La cuestión que se plantea ahora es si es posible y eficaz jurídicamente la voluntad conjunta de los miembros de la pareja en orden a excluir

(2) SABATER BAYLE, Elsa: "La Ley Foral Navarra 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables: problemas de constitucionalidad y de derecho interregional", en *Jornadas de Derecho Foral Navarro*, Parlamento de Navarra, 2004, p. 219.

(3) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, Carlos: "Las nuevas fronteras del Derecho de familia: una aproximación de Derecho español", en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 613.

la aplicación de la Ley de Parejas Estables. ¿Es posible pactar la renuncia a la Ley de Parejas Estables?

En una primera instancia se podría contestar que no es posible pactar la exclusión o renuncia de la Ley. La Ley desplegaría todos sus efectos por el mero transcurso del plazo del tiempo como si se tratara de una prescripción adquisitiva de derechos a favor de ambos convivientes maritales y provocaría el que frente a la Ley fueran considerados como pareja estable a todos los efectos legales reconocidos por la Ley, civiles, sociales, fiscales, etc.

Ante esta situación parece que solamente quedaría la única actuación posible de interrumpir la prescripción provocando intervalos de separación física convenida por plazo de unos días, aunque en tales supuestos también se podría argüir que no es precisa la convivencia física para cumplir con los requisitos de la Ley y solicitar la efectividad de la aplicación de los efectos legales.

Sin embargo, en una segunda instancia se podría sostener que es posible la renuncia o exclusión de la Ley sobre la base de los siguientes argumentos:

a) La situación de pareja estable no crea ni altera ni modifica el estado civil de la persona, por cuanto no se trata de una situación matrimonial o familiar, sino de los efectos de una convivencia en particular que es regulada por la Ley.

b) Las maneras de convivencia o de vida en común quedan dentro del ámbito de la libre convivencia de las personas y no integran el concepto de orden público ni lo lesionan. Los ciudadanos somos libres de convivir con quien tengamos a bien y hasta la situación de convivencia estable análoga a la marital es regulada por la Ley, luego no se entiende contraria al orden público.

c) Es evidente que no se trata de una cuestión matrimonial, puesto que de entrada el supuesto se plantea entre dos personas que no quieren contraer matrimonio, sino evitarlo.

d) Los pactos y contratos entre los particulares son fuente de obligaciones y derechos que prevalecen sobre las demás fuentes del Derecho siempre que no sean contrarios al orden público o a la moral, como lo reconocen los artículos 1091 CC y Ley 7 del FN.

e) En virtud del principio de *libertad civil*, las leyes se presumen dispositivas y pueden ser excluidas o renunciadas mientras no se disponga en ellas lo contrario.

f) Por último, es principio reconocido en Derecho que es posible la exclusión voluntaria de la Ley mientras no se contraría el interés o el orden público ni se perjudique a terceros.

Por tanto, entiendo que es posible y eficaz la renuncia anticipada y convenida por ambos convivientes de la aplicación de la Ley de Parejas Estables, de manera que su convivencia estable no provoca la aplicación ni los efectos jurídicos previstos en la Ley. En tal supuesto, los convivientes quedarían en situación de pareja estable de hecho a los efectos legales.

Entiendo que por los efectos que provoca esta renuncia o exclusión de la Ley deberá revestir una forma especial y pública que permita su conocimiento por terceros. Con esto me refiero a que la exclusión de la Ley de Parejas Estables deberá constar en documento público para ser oponible a terceros.

El supuesto se complica en el caso de que tan sólo uno de los convivientes no desee la existencia de una pareja estable. Claro que en este caso no se habrá formalizado la declaración de exclusión de la Ley y lo que existiría es una convivencia marital continuada por más de un año. En tal caso quedará constituida una pareja estable a pesar de la reserva mental de uno de sus miembros. Se impone la coherencia con los hechos antes que la propia declaración de voluntad.

INCAPACITADOS JUDICIALMENTE E INCAPACES: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada de Familia.

Doctora en Derecho.

*Miembro de la Asociación Española
de Abogados de Familia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA. 2. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR. 3. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO DE INCAPACITACIÓN. 4. LA INSTITUCIÓN DE LA INCAPACITACIÓN. 5. EL INFORME O DICTAMEN MÉDICO PERICIAL EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD DE LA PERSONA. 6. LA CONDICIÓN DE INCAPACITADO. 7. REFERENCIA A LA ANULABILIDAD DE LOS ACTOS REALIZADOS POR PERSONAS INCAPACES. 8. LOS ACTOS DE LOS DISCAPACITADOS: PROBLEMÁTICA JURÍDICA. 9. REFERENCIA AL ARTÍCULO 200 DEL CÓDIGO CIVIL. 10. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DE LA PERSONA Y DESTRUCCIÓN DE ESA PRESUNCIÓN. 11. LAS CAUSAS DE LA INCAPACITACIÓN. 12. REFERENCIA A LAS CAUSAS DE INCAPACITACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA. 13. REFERENCIA A LA PRODIGALIDAD. 14. CONCLUSIONES.

1. Introducción al tema

Hablar de incapacitar a una persona significa, ni más ni menos, que declarar la falta de capacidad de la persona mayor de edad. A la persona mayor de edad se le presume capacidad. Por tanto, hay que concluir en que la incapacidad supone la excepción y no la regla (al menos cuando se trata de persona mayor de edad y, por tanto, capaz en principio de gobernarse por sí misma).

Esto quiere decir que el fenómeno de la incapacitación se contrapone al de la capacidad, razón por la cual, en primer lugar, hay que referirse, ineludiblemente, a la capacidad jurídica y a la capacidad de obrar, tema éste que se aborda a continuación.

2. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

La capacidad –que toda persona, por el hecho de serlo, posee– supone la aptitud de un sujeto para la mera tenencia y goce de los derechos. También supone la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Es, en realidad, una posición estática del sujeto.

Para el ejercicio de los derechos, se estima necesario que la persona tenga inteligencia y voluntad, una voluntad plenamente desarrollada y consciente.

El presupuesto de hecho de la capacidad jurídica es la existencia de la persona. El presupuesto de hecho de la capacidad de obrar o de ejercicio es la inteligencia y la voluntad, es la capacidad natural de entender y querer (capacidad cognoscitiva y de volición).

La capacidad de obrar puede faltar en el mismo sujeto en quien concurren, en cambio, otras condiciones –ser persona y tener capacidad jurídica–, porque el presupuesto de hecho –inteligencia y voluntad– no existe en todas las personas, ni tampoco en la misma intensidad, con lo cual surge la distinción entre personas capaces e incapaces.

DE CASTRO afirmaba que la capacidad de obrar jurídica inmediatamente resulta del reflejo de cada estado civil y mediatamente puede estar afectada por la aptitud natural del individuo (1).

Para ALBALADEJO (2), una cosa es la verdadera capacidad de obrar y otra distinta las condiciones psíquicas adecuadas, es decir, la llamada capacidad natural para obrar válidamente. Lo cierto es que tanto una como otra, si faltan, impiden legalmente la realización válida de actos.

(1) DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

(2) ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil. Parte general*, Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 1987.

La capacidad de obrar, en cambio, supone la aptitud del sujeto para el ejercicio de esos derechos. Implica la posibilidad de realizar actos jurídicos. En definitiva, supone una posición dinámica del sujeto.

La incapacitación tiene su fundamento en la falta de capacidad natural, en la imposibilidad de la persona para gobernarse por sí misma. Pero hay que tener en cuenta que esta falta de discernimiento no da lugar a un estado especial y distinto de quien la sufre, sino solamente a una causa de impugnación por falta de consentimiento o de discernimiento de los actos por ella realizados, con lo que se produce una situación de incertidumbre e inseguridad tanto para la persona incapaz como para los terceros que con la misma se relacionan.

Es, en consecuencia, para evitar estos graves inconvenientes por lo que las legislaciones establecen un procedimiento judicial mediante el cual se declara oficialmente esta situación, constituyendo a la persona en una posición jurídica o estado especial: el estatus de incapacitado. Es un estado civil que supone una reducción de la capacidad de obrar de la persona, privándola de los poderes y facultades que tuviera sobre otras personas o respecto de bienes ajenos, con el consiguiente sometimiento a un poder protector o tutelar. Como afirmaba J. M. LETE DEL RÍO (3), el estado civil de la persona no va a sufrir variación o cambio por la falta de discernimiento, sino en virtud de la declaración judicial de su incapacidad natural. Es decir, la persona que padece una enfermedad física o psíquica de carácter persistente, que le impide gobernarse por sí misma, no pasa del estado civil de persona capaz al de incapaz hasta el momento en que termina el procedimiento judicial con la correspondiente declaración (de incapacidad).

Mientras una sentencia no restrinja la capacidad de obrar, la persona seguirá gozando de facultad para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Tal como declaró la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de mayo de 2006, la capacidad jurídica es la actitud innata de toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, vinculando dicha aptitud el Código Civil a la condición misma de persona, en cuanto el artículo 29 del citado *corpus* legal dispone que el nacimiento determina la personalidad, pero la posibilidad de la titularidad de derechos y obligaciones sólo se reconoce a quienes se estima que reúnen las cualidades necesarias para "gobernarse por sí mismos" y, en contraposición, la incapacitación supone una privación de dicha capacidad de obrar, aunque no absoluta, de acuerdo con el artículo 210 del Código Civil, por lo que es más correcto decir que supone una limitación de la misma, que sólo es explicable como una excepcional medida de protección del propio incapaz, ya

(3) LETE DEL RÍO, José Manuel: *Derecho de la persona*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

que la capacidad mental se presume mientras no se destruya la presunción por una prueba concluyente en contrario, tal como establecieron las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986 y 19 de febrero de 1996. Y, en consecuencia, sólo cuando concorra alguna de las causas previstas en la Ley, y como resultado de un proceso, se podrá llegar a constituir a una persona en el estado civil de incapacidad.

Es evidente que la declaración de incapacidad de una persona constituye una de las más trascendentales en el ámbito jurídico-civil, al afectar a la libertad propia de los seres humanos y de ahí que, tal como señaló la sentencia de 31 de diciembre de 1911, estas cuestiones no deben permanecer ajenas o lejanas de la sensibilidad y carga humana de los juzgadores, a los que corresponde emitir la respuesta-sentencia adecuada como estado civil limitativo de derechos, por lo que la constitución o declaración de incapacidad está sometida, en cuanto a las causas que la determinan, al principio de legalidad, lo cual me lleva al estudio de los principios que rigen el proceso de incapacidad, que se aborda seguidamente.

3. Principios rectores del proceso de incapacidad

El artículo 199 del Código Civil establece que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”.

Con este precepto se está confirmando el principio de legalidad que rige este procedimiento. Este principio, importantísimo, nos lleva a las siguientes consecuencias: 1.^a No cabe declaración de incapacidad sino en virtud de sentencia. Esta sentencia es constitutiva y supone que la materia está fuera del ámbito de la libre disposición de las partes. La alteración del estado civil no puede ser lograda por voluntad de parte o acto unilateral, ni puede haber un pronunciamiento extraprocesal de la incapacidad.

Cabe plantearse si esta materia es de orden público, porque de orden privado está claro que no lo es. La doctrina, a este respecto, ha establecido una sutil distinción: el proceso de incapacidad incide no sobre materia de Derecho privado en sentido estricto, ni tampoco de Derecho público, sino sobre materia de Derecho privado de orden público, según ha expuesto, con acierto, VICENTE CHAMORRO (4).

2.^a La declaración de incapacidad de la persona es presupuesto para el nombramiento de tutor o curador.

(4) VICENTE CHAMORRO: “Sobre el recurso de casación en materia de incapacidad”, artículo citado en *Incapacidad, tutela e internamiento del enfermo mental*, de Marta CHIMENO CANO, Editorial Aranzadi, 2003.

3.^a El artículo 199 del Código Civil, ya citado anteriormente, declara la presunción de capacidad de obrar de cualquier persona, pues nadie puede ser declarado incapaz si no es por sentencia judicial y en virtud de las causas prevenidas en la Ley. En otras palabras, la incapacitación de una persona no va a provenir de su estado mental (más o menos anómalo o alterado), sino de la propia incapacitación o, en otras palabras más precisas y exactas, de la propia sentencia judicial de incapacidad.

Ya ha quedado enunciado anteriormente que existe una presunción de capacidad en toda persona. Es decir, la capacidad se presume. Hay que probar la ausencia de la misma. Pero cuando una persona ha sido incapacitada judicialmente, esa persona actúa con una presunción de falta de capacidad de obrar.

Es importante subrayar que el Código Civil, tras la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, suprimió, en su artículo 1263.2, los términos “locos” o “dementes” y “sordomudos”, por “incapacitados”, que serán los que, de forma genérica, no podrán prestar su consentimiento. No obstante, hay que matizar que los incapacitados podrán realizar actos por sí mismos, como, por ejemplo, prestar su consentimiento para el matrimonio, ex artículo 56 del Código Civil, u otorgar testamento, ex artículo 666 del citado *corpus* legal, siempre, naturalmente, que la propia sentencia de incapacidad no prevea estos actos como prohibidos para la persona en cuestión.

Otro principio que rige en este proceso es el de oficialidad. Esto quiere decir que al Estado le interesa –y le debe preocupar– la tutela o curatela de aquellas personas que no puedan gobernarse por sí mismas. Pero también le interesa que no queden como incapaces las personas que sí puedan gobernarse por sí, así como determinar en qué medida los incapaces no pueden gobernarse por sí, como ha expresado, con agudeza, FERNÁNDEZ LÓPEZ (5).

La salvaguarda y satisfacción de este interés público –absolutamente justificado– determina la presencia, en los procesos de incapacitación, de un principio cuasiinquisitorial y oficialista en la búsqueda a ultranza de la verdad material, lo que conlleva un incremento de los poderes asumidos por el órgano judicial y la quiebra del principio de aportación de parte y del principio dispositivo que, generalmente, rigen en los procedimientos civiles.

Al juez, en este proceso, se le asignan amplios poderes y facultades, siempre en la búsqueda de la verdad material de los hechos, quedando,

(5) FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Derecho procesal civil*, Editorial Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996.

asimismo, obligado a la práctica de determinadas diligencias, como, por ejemplo, el examen personal del presunto enfermo, dictamen médico-forense y audiencia de los parientes próximos, pudiendo acordar, además, la práctica de cuantas diligencias estime procedentes y oportunas, aunque no hayan sido solicitadas por las partes.

Naturalmente, no está, sin embargo, el juez legitimado para iniciar de oficio el procedimiento. Será, en su caso, el Ministerio Fiscal el órgano encargado de suplir la pasividad de aquellas personas a las que la Ley impone una expresa responsabilidad civil para el caso de los daños y perjuicios causados por quien, en su día, no fue debidamente incapacitado, ex artículo 229 del Código Civil.

Una vez iniciado el procedimiento por las personas legitimadas, el objeto procesal queda fuera de su ámbito de disposición y las partes no van a tener poder sobre las pretensiones que ejercitan, no teniendo, en consecuencia, transcendencia jurídica ni el acuerdo o transacción, ni el allanamiento del demandado, ni la renuncia, ex artículo 751.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículos 6.2 y 1814 del Código Civil.

Es importante, además, reseñar que cualquier forma de fijación de hechos por admisión, o falta de negación, así como el reconocimiento por parte del demandado de su propia situación de incapacidad para gobernarse a través de confesión judicial, carecerá de valor probatorio legal.

Asimismo, desde el punto de vista procesal, es interesante destacar que la sentencia de incapacitación no incurrirá en incongruencia cuando se base en hechos no alegados por las partes e introducidos en el proceso por pruebas practicadas de oficio, tal como establece el artículo 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo, en este punto, la línea doctrinal anteriormente establecida por la Ley Rituaria.

En el mismo sentido, la sentencia podrá excederse de lo pedido por las partes, sin incurrir en incongruencia. Será al órgano judicial al que corresponda determinar el alcance de la incapacitación, sin quedar vinculado por las peticiones de partes sobre su extensión y límites, tal como han expuesto LACRUZ BERDEJO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (6).

4. La institución de la incapacitación

La incapacitación puede estimarse como la institución jurídica destinada al sometimiento de la persona que padezca enfermedades o alteraciones psíquicas y que, por su gravedad o persistencia, precisen de una

(6) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. Parte general del Derecho Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.

guarda tutelar encargada de su cuidado y de realizar actuaciones en su interés.

Hay que resaltar que, en los supuestos en que existe entidad y permanencia de enfermedades físicas o mentales en una persona, se va a proteger tanto al incapacitado como a los terceros. Al incapacitado se le tutelaré frente a sus propios actos que le resulten perjudiciales. A los terceros que tengan relación con el mismo, evitándole la actuación de la pretensión de nulidad de los citados actos que les afecten.

En otro sentido, pero en esta misma línea, cabe afirmar que los incapaces son personas desvalidas, que han de ser protegidas tanto de sí mismos como de otras personas que puedan causarles perjuicios, al aprovecharse de su incapacidad.

La Constitución Española, en su artículo 49, se hace eco de esta preocupación, al declarar que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Naturalmente, el grado de incapacidad de una persona ha de venir determinado en la sentencia que declare su incapacitación. El artículo 199 del Código Civil, tras la reforma sufrida en el título IX del libro I, operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, estableció, *a contrario sensu*, la presunción de capacidad de toda persona, en principio, mientras su incapacidad no se demostrara por los medios legalmente establecidos a este fin. La incapacitación es, al fin y al cabo, un estado civil.

La sentencia de 11 de junio de 2001 declaró, a este respecto, que el artículo 199 del Código Civil supedita la declaración judicial por sentencia a la restricción de la capacidad de obrar, de tal forma que, en tanto no se diga así señalando su alcance, la persona seguirá gozando de la facultad para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar sus actos anteriores por otras razones.

La Ley 1/2000 reguló los procesos de capacidad de las personas de los artículos 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hay que resaltar que, en principio, la incapacitación es la figura jurídica que, en mayor medida, afecta a la población de edad avanzada y ello viene dado no sólo por factores legales, sino, básicamente, por circunstancias fisiológicas, debido al deterioro progresivo y, en ocasiones, irreversible de las facultades físicas y psíquicas del ser humano, situación que, como no podía ser menos, obliga al legislador a adoptar determinadas medidas para proteger los intereses tanto del incapacitado como de terceros que pudieran verse perjudicados por la actuación de éste.

Como expresaba Cristóbal FÁBREGA RUIZ (7), la incapacidad no es un estado civil de la persona, sino el resultado legislativo que, como consecuencia del anterior, trata de impedir que esa persona actúe válidamente sin los mecanismos protectores que el Derecho puede ofrecerle. La incapacidad se establece para proteger a la persona declarada incapaz en sus aspectos personales y patrimoniales. Se distinguen de este modo, entre incapacidades de desconfianza, impuestas al sujeto como sanción por determinadas conductas, y de protección, que van dirigidas a proteger a la persona considerada incapaz.

La incapacitación, en consecuencia, supone un acto judicial modificativo del estado civil de la persona, según ha expuesto DE CASTRO Y BRAVO (8), al advertir que la naturaleza de la incapacitación hace que no se la pueda considerar sólo como una simple causa modificativa de la capacidad de obrar, sino que tiene una eficacia más amplia porque afecta a toda la situación jurídica de la persona, siendo, por tanto, determinante de un cambio de estado en el ámbito del estado civil.

Nuestro Código Civil establece, como elemento, la mayoría de edad a los dieciocho años, para disfrutar de la capacidad de obrar, es decir, de la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones. De ahí que la persona mayor de esa edad (dieciocho años) sea, en principio, capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales en el Código Civil, ex artículo 322. La plena capacidad de obrar del sujeto se presume desde ese momento.

Cabe preguntarse cuáles son las limitaciones a la capacidad de obrar. La respuesta viene determinada por las dos situaciones siguientes: la menor edad y la incapacitación judicial. Precisamente es la incapacitación judicial el único medio que existe para reconocer y declarar la inexistencia o limitación de la capacidad de obrar que, de otro modo, se presume plena, siempre que tenga su origen en determinadas enfermedades o deficiencias de tipo físico o psíquico, siendo el efecto principal de la incapacitación la anulación o limitación de la capacidad de obrar de una persona, a efectos de dar entrada a las instituciones de protección y asistencia que el ordenamiento jurídico pone a disposición de estas personas como las más apropiadas para su guarda, cuidado o representación.

Por ello, hay que tener muy en cuenta siempre que, pese a la rudeza del término "incapacitación", en cuanto supone privar a una persona de su capacidad, no puede, en realidad, concebirse como una forma de ata-

(7) FÁBREGA RUIZ, Cristóbal: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Fundación Ramón Areces, Madrid, 1997.

(8) DE CASTRO, F.: obra citada en nota 1.

car al enfermo o de sustraerle sus bienes o derechos, sino como una auténtica medida dirigida a su mejor protección y seguridad, intentando evitarle los perjuicios que para sí misma, su forma de vida, la atención de sus necesidades o simplemente la gestión de sus intereses patrimoniales, pudiera causarle la adopción de decisiones inadecuadas o la ausencia de iniciativa alguna por su parte cuando le convenga adoptar alguna decisión.

Efectivamente, la vida de una persona está, por lo general, compuesta de múltiples situaciones a las que hay que dar una respuesta y son muchos los actos jurídicos en los que, a lo largo de la existencia, hay que intervenir, prestar consentimiento, otorgar poderes, etc. Para todas estas decisiones, sin duda importantes, hay que tener capacidad y, si no se tiene, hay que buscar las instituciones jurídicas oportunas que permitan suplir esa falta de capacidad de la persona.

5. El informe o dictamen médico pericial en los procesos de incapacidad de la persona

El artículo 200 de nuestro Código Civil no enumera las enfermedades o deficiencias incapacitantes, porque es bastante amplia en cuanto a su contenido, pero sí acota claramente el doble requisito que ha de concurrir para que una persona sea declarada incapaz: la persistencia y el impedimento de autogobierno.

Este concepto, como puede fácilmente observarse, tiene una indudable dimensión médica y es aquí, precisamente, donde entra en juego la labor del facultativo dirigida a asesorar al órgano judicial, ya que el Código Civil, en su artículo 208, exige ineludiblemente, entre otras pruebas que han de llevarse a cabo, como la audiencia de los familiares y parientes más próximos o el examen de la persona enferma por el propio juez del presunto incapaz, el dictamen de un facultativo.

En estos procesos, por consiguiente, es imprescindible que intervenga un médico como perito, asesorando al juez. El perito puede ser nombrado a propuesta de las partes del proceso –parientes, Ministerio Fiscal o el propio interesado–, o bien de oficio por el propio juez.

El Código Civil, bastante parco en este extremo tan importante, no especifica qué tipo de especialización médica debe tener el perito informante o dictaminante. Por tanto, va a ser ésta una cuestión que dependerá del criterio del juez y del tipo de enfermedad o patología que deba ser diagnosticada y valorada posteriormente.

En la práctica forense, sin embargo, generalmente se acuerda que la pericial médica la verifique el médico forense adscrito al Juzgado, y ello por razones fundamentalmente prácticas, como son la conveniencia de que

el examen personal, por el juez, del enfermo se realice bajo el asesoramiento simultáneo del perito, la gratuidad de la intervención, las garantías de imparcialidad que ofrece su cualidad de funcionario, así como la escasa disponibilidad que suelen tener los médicos que trabajan en la Sanidad Pública. Todo ello no excluye, desde luego, la intervención de cualquier otro médico, sea o no especialista, que pueda ser traído por las partes, o por el juez, al proceso, y la importancia que, en cualquier caso, tendrá la existencia de informes del especialista que esté tratando, o haya tratado, al enfermo, al objeto de hacer una completa anamnesis –historial médico, con todos los antecedentes, exploraciones y valoraciones–, si existe algún tratamiento previo, para valorar adecuadamente todos los datos que sean precisos sobre el origen y evolución de la patología.

De la definición legal de las causas de incapacitación se desprende que la labor del facultativo, tal como ha expresado María Aurora GONZÁLEZ NIÑO (9), se deberá extender a tres extremos o puntos fundamentales:

1.º El diagnóstico, es decir, si existe o no enfermedad o deficiencia física o psíquica, base patológica sin la cual no puede haber causa de incapacidad,

2.º El grado de aptitud o autonomía que dicha patología permite tener ante la persona afectada o, en otros términos, su capacidad de autogobierno; y

3.º La persistencia o expectativas de remisión de la enfermedad o deficiencia.

El impedimento para el autogobierno no es preciso que sea absoluto o total en la persona para dar lugar a la incapacitación. Puede ser parcial y afectar, en consecuencia, sólo a determinados aspectos de la vida de la persona. En este sentido, hay que recordar que será la sentencia de incapacitación la que determine la extensión y los límites de ésta, siempre, naturalmente, en función del grado de incapacidad que presente el afectado. Y, en armonía con la sentencia, se arbitrarán unos mecanismos de protección para el incapaz, asumiendo otra persona todas las funciones de cuidado y representación del incapacitado, o bien precisando sólo del auxilio, control o supervisión de sus actos para completar una capacidad disminuida o limitada, pero no ausente de modo absoluto o pleno.

ORTEGA MONASTERIO realiza una clasificación muy ilustrativa sobre los grados de incapacidad de la persona, que enumera de mayor a menor gravedad, en los siguientes:

(9) GONZÁLEZ NIÑO, Aurora: "Las consecuencias jurídico-legales de las psicopatologías y la incapacitación civil", artículo en internet.

GRADO 4. Máxima pérdida de autonomía y habilidades personales, precisando los cuidados de otras personas incluso para las tareas más elementales, como el aseo, higiene personal, nutrición, etc. Es el grado propio, por ejemplo, de pacientes afectados de demencias y oligofrenias profundas.

GRADO 3. Mantienen cierto grado de autonomía personal para tareas higiénicas y nutritivas elementales, así como cierta capacidad para la deambulación con adecuada orientación, pero sin poder transitar por lugares desconocidos ni realizar operaciones comerciales simples, como compras de mercado doméstico o pago de transportes urbanos.

GRADO 2. Mantienen autonomía para la vida doméstica y para cierta actividad social, con cierta capacidad de orientación en los desplazamientos urbanos y con aptitud para realizar operaciones comerciales simples.

GRADO 1. Mantienen autonomía doméstica y social globalmente adquirida y conservada, así como aptitud para actividades manuales propias de un adulto normal y administración económica de cierta complejidad, como, por ejemplo, administrar una pensión mensual para el propio sostenimiento, pero sin poseer aptitud para realizar operaciones económicas complejas, como contratos de compraventa de inmuebles, créditos hipotecarios, etc. Este grado es propio de las personas afectadas por debilidad mental ligera o discreto deterioro senil de la personalidad (10).

6. La condición de incapacitado

Como fácilmente puede comprenderse, la condición de incapacitado requiere necesariamente la declaración judicial –sentencia judicial– concreta de que determinada persona se encuentra en un estado de incapacidad, según el artículo 200 del Código Civil, un estado que impide a la persona afectada gobernarse por sí misma. Esta declaración compete, como es lógico, dada su gravedad, a la autoridad judicial, previa audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, examen de éste, dictamen de un facultativo y sin perjuicio de las pruebas que, a instancia de parte, o de oficio, se hubieran practicado.

La sentencia judicial va a tener por objeto declarar que la persona a la que se refiere no es sujeto capaz para realizar por sí mismo actos o negocios con plena eficacia jurídica. En definitiva, se trata de declarar a una persona incapaz, o limitadamente capaz, para gobernarse por sí misma.

(10) ORTEGA MONASTERIO, COCHS y SEGUÍ: "Aspectos psiquiátrico-forenses del internamiento y de la incapacitación del enfermo mental ante la jurisdicción civil. Consideraciones clínicas y médico-forenses en torno a las pseudodemencias. Resumen de las consideraciones de interés médico-legal", en Simposium de la Sociedad Española de Psiquiatría Forense. Tema monográfico: *El internamiento del enfermo mental*, Editorial PPU, Barcelona, 1994.

La exigencia de una declaración judicial tiene, como ha expresado LETE DEL RÍO (11), el carácter de una garantía para el interesado, siguiendo un procedimiento de naturaleza judicial y rindiéndose tributo a la regla general de presunción de capacidad, la cual exige prueba concluyente en contrario que acredite, a juicio del juez, la incapacidad cuya declaración se pretende.

Esta misma consideración restringe el carácter de la declaración judicial de incapacidad, la cual, siendo constitutiva, porque la sentencia va a ser el título que origina el cambio de estado civil, en cuanto de ella nace un estado de derecho especial que arranca de la declaración judicial misma, no lo es, sin embargo, en términos tan absolutos que impida la posibilidad de que se reclame y obtenga, en su caso, la invalidez de actos anteriores a la declaración de incapacidad, o la invalidez de actos llevados a cabo por un incapaz no declarado judicialmente como tal. Es más, el primer supuesto puede ser consecuencia de aquella misma declaración si, por ejemplo, se tratase de actos que dieron lugar a aquella misma declaración de incapacidad del enfermo mental.

El menor de edad puede, asimismo, ser incapacitado, siempre que concurra en él una causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.

El artículo 199 del Código Civil, cuando establece que nadie podrá ser declarado incapaz sino por virtud de sentencia judicial, y por las causas establecidas en la Ley, expresa, simplemente, la materialización del principio de legalidad sancionado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución.

Voy a referirme a continuación al tema –que estimo es de gran importancia e interés práctico– de la anulabilidad de los actos de los incapaces.

7. Referencia a la anulabilidad de los actos realizados por personas incapaces

Hay que resaltar que, hasta el año 2003, las personas incapaces y las incapacitadas podían actuar en el tráfico jurídico. Pero la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, introdujo en el Código Civil la figura del discapacitado, persona que posee el grado de minusvalía que determina el artículo 2 de la Ley citada.

El Código Civil, en sus artículos 1300 a 1314, bajo la rúbrica “De la nulidad de los contratos”, engloba las categorías de la nulidad y de la anu-

(11) LETE DEL RÍO, J. M.: obra citada en nota 3.

labilidad, sin distinciones. A juicio de Díez-PICAZO y de GULLÓN BALLESTEROS (12), el Código Civil dispone, en numerosas ocasiones, la nulidad de actos y contratos, dedicando a la nulidad un conjunto de normas concretas. Pero sucede que el régimen legal se inicia con un precepto que establece que “los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algunos vicios que los invalidan con arreglo a la ley”, lo que puede significar que la normativa de la nulidad que sigue el artículo 1300 es propia de los contratos que pueden anularse, y no, sin embargo, de los que son nulos con nulidad absoluta o radical.

Llegados a este punto, cabe plantearse, siguiendo el objeto de nuestro estudio, qué sucede con los actos realizados por personas incapaces. Es un tema realmente complejo, porque las situaciones pueden llegar a ser muy variadas, de diversa índole, y podemos encontrarnos con personas incapaces que, por distintas circunstancias, no hayan sido incapacitadas judicialmente. Se trata de las personas incapaces naturales. La Ley, ya citada anteriormente, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (en adelante, LPPPD), introdujo un concepto nuevo, cual es el de “discapacidad”, concepto que se empleaba en otros ámbitos, como el laboral.

Las personas discapacitadas son aquellas que, según el artículo 2 de la mencionada Ley, poseen un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100, o un grado de minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, minusvalía que deberá ser reconocida por el órgano competente, según los parámetros establecidos por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Son, con arreglo a esta Ley y al Real Decreto, personas con un grado de minusvalía muy elevado, muy grave.

Con la introducción de la figura del “discapacitado”, como puede comprenderse, el tema de la anulabilidad y nulidad de los actos no es en absoluto baladí para la doctrina ni tampoco para la jurisprudencia.

La nulidad, como ya sabemos, es la máxima sanción de nuestro ordenamiento jurídico, opera *ipso iure*; los Tribunales pueden apreciarla de oficio y ostentan, además, legitimación activa todas las personas que acrediten un interés legítimo.

En cuanto a la anulabilidad, podrá invocarse cuando concurran vicios en el consentimiento –error, dolo, intimidación y violencia–, o presten consentimiento menores de edad o incapacitados, según los artículos 1301 y 1302 del Código Civil. La anulabilidad se configura, en realidad, como un

(12) Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

mecanismo de protección de la persona en la que concurre esta causa, por lo que los legitimados para hacerla valer serán el propio menor o incapaz, sus representantes legales o los obligados subsidiariamente.

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado una doctrina en relación con la anulabilidad o la nulidad de los actos realizados por personas incapaces. Pero, en cualquier caso, hay que distinguir el supuesto de las personas incapaces e incapacitadas judicialmente, de aquellas otras que, aun siendo incapaces, no están incapacitadas por sentencia judicial.

El Tribunal Supremo ha estimado que los actos que realizan las personas incapaces que no están incapacitadas judicialmente son nulos por ausencia de consentimiento: la sentencia de 4 de abril de 1984 declaró la nulidad de los actos de la parte demandante, al padecer una grave alteración psicosomática, consecuencia de un también grave deterioro físico y psíquico, que afectaba gravemente a su capacidad volitiva.

La sentencia de 4 de abril de 1984 precisó que la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable. Esta sentencia, no obstante, hace una precisión interesante y, desde luego, obligada: al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural deberá probarse cumplidamente.

La siguiente tesis estima que los actos de los incapaces no incapacitados son anulables, por aplicación analógica del régimen de anulabilidad de los actos de los incapacitados judicialmente, ya que no existen motivos para aplicar dos regímenes diferentes para situaciones que poseen el mismo punto en común, como es la incapacidad, tal como han puesto de relieve DE CASTRO y ALBALADEJO, entre otros (13).

Para Díez-PICAZO (14), la tesis de la anulabilidad es la más sensata, afirmando que, si a los incapaces incapacitados judicialmente se les confiere la acción de nulidad en aras de la protección de su posición jurídica, no se comprendería bien por qué razón habría de otorgarse una acción de diversa naturaleza y mayor alcance a los enfermos y disminuidos psíquicos no incapacitados judicialmente, sin olvidar que preconizar la nulidad de carácter absoluto significa, en todo caso, permitir que el contrato pueda ser atacado por la otra parte contratante, para lo que no hay argumentos jurídicos de peso.

Los vicios del consentimiento, que se recogen en el artículo 1265 del Código Civil, no son *numerus clausus*, por lo que los trastornos de carácter transitorio pueden entenderse incluidos en dicho precepto civilista. Por ello, la tesis de la anulabilidad cobra amplio y lógico sentido.

(13) DE CASTRO, F.: artículo citado en nota 1; ALBALADEJO, Manuel: obra citada en nota 2.

(14) Díez-PICAZO, Luis: *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, 1999.

Además de ello, hay que añadir una razón teleológica para apoyar la anulabilidad de los actos jurídicos, cual es la protección jurídica de la persona incapaz. Tanto DÍEZ-PICAZO como DELGADO ECHEVARRÍA y PUIG BRUTAU mantienen que la tesis que mejor encaja con la protección jurídica de los intereses de las personas incapaces y, muy especialmente, de los incapaces no incapacitados, es la de la anulabilidad, ya que el régimen de la nulidad coartaría, en cierto modo, esta protección rígida de este colectivo social, al permitir que terceros que alegaran algún tipo de interés pudieran instar la nulidad de un acto que beneficiara de forma manifiesta al incapaz (15).

Una tercera tesis es la que defiende la aplicabilidad de la anulabilidad para los supuestos de incapacidades naturales que posean un carácter transitorio, y la nulidad para los casos de incapacidad permanente.

La razón de ser de esta tesis se basa en que, en el caso de la deficiencia de carácter transitorio, la persona incapaz, en el momento en que sea consciente de la actuación realizada, que pueda haberle comportado algún tipo de perjuicio, pueda acudir a los Tribunales para que declare nulo dicho acto, si lo estima conveniente. Sin embargo, en caso de incapacidad permanente, si se aplicara el régimen de la anulabilidad, únicamente la persona incapaz, o sus representantes legales, podrían ejercitar la acción durante los cuatro años siguientes a la celebración del contrato, lo que resultaría prácticamente inviable, tal como ha expresado, con agudeza, TORRALBA SORIANO (16).

A mi juicio, es acertada la tesis que mantiene la nulidad de los actos realizados por aquellas personas que padecen una incapacidad permanente, al paso que se mantendría la figura de la anulabilidad para los incapaces que lo son con carácter transitorio. Estimo que esta postura es la más justa.

Los supuestos más conflictivos se refieren, no obstante, a los actos realizados por quien, sin haber sido incapacitado, padece trastornos psíquicos de cierta importancia o relevancia. La incidencia en la validez del negocio jurídico deriva, no de la ausencia de un presupuesto, como lo es la capacidad, sino de la falta de conciencia y voluntad necesarias para emitir una declaración de voluntad, por lo que la sanción o reacción del ordenamiento jurídico sería la nulidad de dicho acto o negocio realizado en estas circunstancias. En cualquier caso, la doctrina no se pone de acuerdo en relación con este tema y, en la actualidad, sigue siendo polémico.

(15) DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, ediciones Dykinson, Madrid, 2005; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995; DÍEZ-PICAZO, Luis: obra citada en nota 14.

(16) TORRALBA SORIANO: "La llamada incapacidad natural", en el *Libro homenaje al profesor Martín Ballester*, Zaragoza, 2003.

Lo más sensato, en estos supuestos, es atender al estado mental de la persona en el momento de la realización del acto o negocio jurídico. La validez de éstos va a constituir, en consecuencia, una cuestión de hecho, pues dependerá de las pruebas aportadas y de su apreciación con referencia al discernimiento del sujeto en dicho momento.

Tras la reforma introducida en el artículo 1263 de nuestro Código Civil por la Ley 1/1996, la expresión “locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir” se ha sustituido por la de “incapacitados”. Con ello, en cierta medida, se ha solucionado el problema y la polémica que había generado este precepto en su redacción originaria. En consecuencia, en el supuesto de la persona que, por no haber sido incapacitada, goce de sus derechos civiles, habrá que atender a su estado mental en el momento de la realización del acto o negocio jurídico de que se trate. La validez de estos actos o negocios va a depender de la apreciación de las pruebas sobre el discernimiento de la persona en ese preciso momento. En otras palabras, la cuestión se convierte en una cuestión de hecho.

Siempre que se trate de una patología grave, la carencia de aptitud para entender y querer –cognoscitiva y volitiva–, en el intervalo de la realización del acto o contrato, supondrá la falta de consentimiento, faltando, por tanto, un requisito esencial de dicho acto o contrato, según el propio artículo 1261 del Código Civil.

Sin embargo, aunque la cuestión parece que se aclara con estos razonamientos, hay que tener en cuenta que, en nuestro ordenamiento jurídico, toda persona es capaz mientras, por sentencia, no se declare su incapacidad. Cuando esto sucede, la persona hasta entonces capaz pasa a ser considerada como “incapacitada” y, en consecuencia, incapaz para actos y negocios jurídicos hasta el límite de la sentencia. Es decir, podrá haber actos que el incapacitado sí pueda realizar por sí mismo, si la sentencia así lo declara, o nada manifiesta a este respecto. Quien pretenda que se declare la nulidad de los actos de dicha persona no incapacitada judicialmente por sentencia, deberá probar fehacientemente que, en el momento de la realización de los actos o negocios jurídicos en cuestión, estaba afectada de una perturbación mental que le impedía llevarlos a cabo consciente y voluntariamente, no bastando, en este supuesto, con que exista una prueba referida a una situación general de enfermedad mental.

Esta última tesis, no obstante, se ha visto contradicha hace ya bastantes años, en concreto, en el año 1995, por una interesantísima sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero, que contradijo la reiterada jurisprudencia anterior existente sobre este tema, estableciendo como correcta la retroacción de la incapacidad declarada “en un mínimo de un año y medio a dos años”. Esta tesis jurisprudencial, en cualquier caso, parece bastante arriesgada y, desde el punto de vista procesal, es inaceptable, ya que

los efectos de la sentencia de incapacidad se producen *ex nunc*, desde la firmeza de la sentencia, lo que quiere decir que, en ningún caso, serán retroactivos. A mi juicio, la retroactividad de la sentencia de incapacidad crea un clima de inseguridad jurídica, al no poderse determinar, con certeza y precisión cronológicas, cuándo una persona es incapaz para realizar determinados actos o negocios jurídicos y cuándo es capaz de llevar a cabo estos últimos con validez y eficacia jurídicas. Se trata de un clima de incertidumbre que esta sentencia, citada, ha contribuido a crear.

A continuación paso a examinar el tema, sin duda importante, de los actos de las personas discapacitadas.

8. Los actos de los discapacitados: problemática jurídica

Básicamente, hay que entender por discapacitado al colectivo de los menores de edad y de aquellas personas que sufren algún tipo de minusvalía.

El régimen que beneficia, de forma evidente, a las personas incapaces es la anulabilidad, ya estén incapacitadas judicialmente o no, porque, de esta forma, únicamente ellas y sus representantes legales van a poder entablar la acción de anulabilidad del acto en cuestión, restringiendo la legitimación activa en estos procesos, ya que, en la nulidad, en cambio, cualquier persona que alegue un interés legítimo puede instar la declaración de nulidad del acto, permitiendo, de esta manera, que cualquiera pueda actuar en contra de los intereses del incapaz, sobre todo si la nulidad del acto reporta, o conlleva, ciertos beneficios lucrativos para la persona que la insta.

Como ha expuesto Patricia ESCRIBANO TORTAJADA (17), el Código Civil se refiere a “discapacidad” e “incapacidad”, aplicando una serie de preceptos para los primeros y otros para los segundos. Habría que plantearse, a la vista de esta aparente diferenciación, si se trata de conceptos efectivamente distintos. Ya ha quedado anteriormente expuesto que los discapacitados son aquellas personas que poseen el grado de minusvalía que determina la LPPPD, es decir, los más graves, pero no tienen por qué estar incapacitados judicialmente, ya que la incapacitación judicial y la declaración del grado de minusvalía discurren por cauces diversos. Por tanto, habría que analizar el régimen de la nulidad, o la anulabilidad, de los actos jurídicos realizados por discapacitados, y si se puede extrapolar dicho régimen en igual sentido que el ya visto para los incapaces para las

(17) ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: “La anulabilidad de los actos de los incapaces. Especial referencia a las personas discapacitadas”, artículo publicado en internet.

personas discapacitadas. Es ésta una cuestión que creo que tiene un esencial componente de carácter práctico.

En primer lugar, hay que determinar los umbrales elevados de minusvalía. Indudablemente, un umbral elevado viene establecido en la incidencia, de forma grave o considerable, en la capacidad de las personas. En consecuencia, para trazar una clara distinción, hay que diferenciar entre la presencia de personas discapacitadas, marcadas por una minusvalía física o sensorial y las que manifiestan una minusvalía psíquica.

Por lo general, la discapacidad motivada por una minusvalía física no tiene por qué conllevar una merma de la capacidad volitiva o cognoscitiva de las personas discapacitadas, tal como ha expuesto Patricia ESCRIBAJO TORTAJADA, si bien esta autora ha precisado que, por ejemplo, las deficiencias del sistema digestivo o muscular no tienen que incidir en la capacidad cognoscitiva del discapacitado, pero las del sistema nervioso, en cambio, sí pueden incidir de forma considerable en la actividad de la zona neurológica.

En consecuencia, las personas con una minusvalía física, a excepción de lo ya indicado anteriormente, gozan, por lo general, de una conciencia de sus actos que les permite intervenir en el tráfico jurídico y asumir las actuaciones que lleven a cabo y las consecuencias jurídicas de sus actos.

Los afectados, en cambio, por una minusvalía psíquica poseen una limitación severa en su capacidad mental, manifestándose en enfermedades como esquizofrenia, trastornos de la personalidad, demencia, trastornos cognoscitivos, etc. Por lo que respecta a la demencia, aunque es un concepto que ha quedado últimamente trasnochado en el ámbito de la Psiquiatría, hay que decir que comprende, en cualquier caso, una serie de trastornos degenerativos del cerebro y que producen, como es lógico, un declive gradual en las funciones intelectuales, como han expuesto BELLOCH, SANDÍN y RAMOS (18). Los síntomas se concretan en pérdida de memoria, deterioro intelectual y emocional, etc. Son enfermedades del tipo del Alzheimer o del llamado mal de Pick.

Nuestro Código Civil, como ya ha quedado reseñado, no distingue entre las figuras del discapacitado y del incapacitado, pero no existen, en realidad, argumentos en contra para aplicar el régimen de la nulidad a los actos de los discapacitados, en detrimento de la anulabilidad, siempre y cuando nos encontremos con supuestos en los que se constate que existía ausencia total de la capacidad natural de entender y querer, es decir, inexistencia del consentimiento por falta del elemento cognoscitivo y volitivo de la persona.

(18) BELLOCH, SANDÍN y RAMOS: *Manual de Psicopatología*, volumen I, editorial McGraw Hill, 1995.

En todo caso, hay que atenerse al grado de discapacidad puesto de manifiesto por la certificación administrativa pertinente, porque este elemento, sin duda, guarda una relación directa con el tema de la capacidad de esa persona.

Un supuesto, ya en concreto, y de carácter práctico, viene descrito por PICHOT, y puede servirnos como ejemplificativo: una persona padece un trastorno bipolar. Este trastorno se caracteriza por ser una enfermedad cíclica, en la que concurren varias fases: una fase depresiva, otra fase de normalidad y un episodio maníaco.

A título de ejemplo, pongamos el supuesto de una persona a la que se le haya declarado una minusvalía del 34 por 100, y que padezca esta enfermedad, y realice un acto jurídico, en la fase maníaca, que le perjudica. Más tarde, ya en la fase de normalidad, se percata de su actuación y de los perjuicios que le ha irrogado. En esta fase de normalidad podrá instar la acción de anulabilidad, siempre que pruebe cumplidamente que realizó un acto jurídico (contrato u otro acto) en un estado en el que tenía claramente mermadas sus capacidades, tanto cognoscitiva como volitiva.

9. Referencia al artículo 200 del Código Civil

El artículo 200 de nuestro Código Civil establece, efectivamente, que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Procede ahora, por tanto, pasar al estudio y análisis de este precepto civilista.

En primer lugar, hay que analizar el concepto de “enfermedad”. En una primera aproximación, la palabra “enfermedad” equivale a falta de salud o, como expresan los diccionarios, la enfermedad es una alteración física, o psíquica, más o menos grave, de la salud. El hecho de admitirse, como enfermedad, la alteración psíquica es una conquista relativamente reciente.

Por “deficiencia” hay que entender el “defecto” o “imperfección”. En cuanto a “deficiente”, su concepto alude a “falta”, “incompleto”. Es evidente que la propia expresión “deficiente” hace referencia, de forma común, a la idea de “falta algo”, de “no alcanzar lo normal”, de “no suficiente”.

No obstante, a pesar de estas distinciones, la amplitud de los conceptos puede llevarnos a confusión. Así, por ejemplo, a la persona a la que le falta un brazo o una pierna no la conceptuamos como enferma, sino

como deficiente. Lo que sí es evidente es que tanto la enfermedad como la deficiencia producen una alteración, más o menos grave, de carácter anatómico o funcional de la persona.

Narcís NADAR Y OLLER ha expresado que esta ambigüedad e imprecisión de los conceptos reseñados, en relación con las enfermedades o deficiencias, vienen resueltas, en gran medida, mediante la legislación dictada para la determinación del grado de minusvalía exigido para tener la condición de beneficiario de las prestaciones reguladas en el Real Decreto 383/84, de 1 de febrero. La Orden de 8 de marzo de 1984 ofrece unas Tablas de Evaluación del menoscabo permanente y sus guías, que fueron elaboradas por la Asociación Médica Americana para su evaluación y que proporcionan criterios y métodos para la valoración del grado de discapacidad de una persona, ocasionado por cualquier tipo de alteración anatómica o funcional (19).

Las deficiencias mentales comprenden a aquellos sujetos que presentan perturbación en el ritmo y grado de desarrollo de sus funciones intelectuales, que limitan o impiden la realización de conductas que se considerarían normales, en su caso, en función de la edad, sexo y entorno sociocultural.

Estas normas consideran comprendidos como enfermos mentales a aquellas personas que presentan uno o más de los siguientes trastornos psíquicos: trastorno del pensamiento, de la memoria, de la conciencia, de la percepción, de la afectividad, psicomotores o psicosomáticos, en el comportamiento social.

En el anexo B de estas tablas se expone un baremo de factores especiales complementarios, que, además de la propia discapacidad, intervienen en la determinación de la valoración de la minusvalía. Desde este punto de vista, se elabora el baremo denominado de "Factores Sociales Complementarios", para la medida de aquellos aspectos de carácter social, como la edad, el entorno familiar, la situación laboral, profesional, nivel educativo y cultural, etc.

Estos factores intervienen, junto a la valoración de la discapacidad de la persona, en la conformación de la minusvalía, bajo una visión globalizadora del sujeto.

El Código Civil emplea la locución "persistente" para referirse a la enfermedad o deficiencia. Esta expresión quiere significar que la enfermedad o deficiencia es permanente o irreversible, o que tiene una duración continuada en el tiempo.

El artículo 201 del Código Civil, por su parte, establece que los menores podrán ser incapacitados cuando en ellos concurra una causa de inca-

(19) Citados por Patricia ESCRIBANO TORTAJADA en el artículo citado en nota 17.

pacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá tras haber alcanzado la mayoría de edad.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 11 de enero de 1994 tiene importancia respecto al tema que estoy tratando, al intentar delimitar el concepto de “permanencia” o “continuidad”, declarando que “... condición ésta de permanencia o continuidad en la alteración física o mental que constituye una idea mantenida por la doctrina tanto científica como jurisprudencial de que sólo las enfermedades que producen «alteraciones de carácter habitual o permanente, y no las transitorias» podían provocar la incapacitación, ya que, en definitiva, no se trata de atender a la protección ocasional del enfermo, lo que es posible obtener por otras vías, así su internamiento (...), o mediante la anulabilidad de sus actos, artículo 1301 del mismo cuerpo legal, sino de atender de manera estable, mediante el correspondiente órgano de guarda, su incapacidad para gobernarse por sí mismo”.

El concepto de “persistencia”, en cualquier caso, no ha sido pacífico en la doctrina, por lo que la jurisprudencia lo ha depurado e intentado establecer con cierto rigor. De ahí que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986 incidiera en este concepto, aclarando que “no obsta a la persistencia de la enfermedad el hecho de que ésta se manifieste cíclicamente, presentando fases o momentos más agudos seguidos de períodos de remisión, porque en todo caso la enfermedad es constante y duradera”.

Es evidente, a la vista de estas sentencias, que quedan fuera del concepto de “persistencia” de la enfermedad o deficiencia lo pasajero y transitorio.

Una interesantísima sentencia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cuenca, en fecha reciente, 27 de marzo de 2007, aclara aún más esta debatida cuestión, por lo que me parece oportuno el análisis de sus fundamentos jurídicos. Estima esta sentencia que la incapacitación es el estado civil de la persona física, declarado judicialmente cuando concurre alguna de las causas legalmente tipificadas y que tiene, como efecto principal, la limitación de la capacidad de obrar y la consiguiente sumisión a tutela. Como estado civil limitativo de derechos, la incapacitación está sometida, en cuanto a las causas que la determinan, al principio de legalidad y, por lo que respecta a sus efectos, a la previa constitución por resolución judicial firme de los órganos jurisdiccionales, declaración que ha de ir precedida de una actividad probatoria suficiente para destruir la presunción de capacidad que asiste a toda persona y que afecta al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución, con cita de sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 y 20 de marzo de 1991.

Declara esta sentencia que debe reputarse capaz, salvo prueba concluyente en contrario, a toda persona, y tal prueba ha de ir destinada a constatar la existencia de alguna de las causas de incapacidad que el artículo 20 del Código Civil establece, es decir, cualquier enfermedad o deficiencia física o psíquica, siempre que sea persistente y que impida a la persona el gobierno de sí misma.

La nota de la persistencia concurre no sólo cuando la enfermedad o deficiencia es irreversible, sino también aun siendo probablemente curable, pero no pueda preverse, en este último caso, la fecha o el tiempo de la curación.

No es preciso, según esta interesantísima sentencia, que la anomalía se manifieste de manera permanente, como sucede en el supuesto de las enfermedades mentales cíclicas. Es indiferente también que la causa de incapacitación dimanase de alteraciones o deficiencias psíquicas o físicas, siempre que éstas perturben el entendimiento y la voluntad –capacidad cognitiva y volitiva– y ocasionen en la persona la imposibilidad del propio gobierno, no permitiéndole atender a su propio cuidado o al de sus bienes.

En el supuesto resuelto por esta sentencia, en relación con la prueba practicada, se aportó el dictamen emitido por médico forense, donde se ponía de relieve que el demandado presentaba una demencia tipo Alzheimer de grado avanzado, siendo dicha enfermedad permanente e irreversible, e inhabilitándole para realizar los actos más elementales de la vida diaria, afectando la incapacidad al control de su persona y bienes, tanto en su faceta de administración como de disposición. De ahí que procedía su incapacitación, de conformidad con el artículo 200 del Código Civil y 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se establecía la procedencia, igualmente, de la tutela para el incapacitado en la persona de su esposa.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991 hizo unas interesantísimas precisiones en relación con el tema de la incapacidad, declarando que la incapacitación supone la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado, dándose equivalencia a muerte jurídico-civil. De ahí que la normativa que regula esta institución prevea las máximas garantías e instrumentos necesarios que se deban adoptar a fin de lograr la mayor aproximación a la verdad material para cerciorar la convicción de los juzgadores. En este sentido, expresa esta sentencia que la función judicial les adentra en el proceso, no sólo como árbitros y directores del mismo, sino también como activos integrantes, que, sin ser propias partes procesales, sí son interesados en la aportación de todo el material preciso probatorio, desde los exámenes directos del presunto incapaz, componiendo, junto a la prueba que aporten las partes, el material probatorio suficiente para dictar sentencia, decisión judicial que,

en el ámbito civil, se presenta como una de las más trascendentales, ya que afecta a la libertad propia de los seres humanos, por lo que estas cuestiones no deben quedar ajenas a las sensibilidades y carga humana de los juzgadores a los que corresponde emitir la respuesta-sentencia adecuada.

Entra a analizar esta sentencia el concepto de “enfermedad” o “deficiencia”, definiendo este último estado como aquel en el que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y, a veces, progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo esa conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes.

A continuación, corresponde analizar un tema espinoso y delicado: cómo se destruye la presunción de capacidad de la persona.

10. Presunción de capacidad de la persona y destrucción de esa presunción

Es éste un tema especialmente controvertido y difícil en la realidad práctica forense.

A toda persona, en principio, se la va a reputar capaz, mientras que, por prueba fehaciente, no se acredite lo contrario. Desde el punto de vista de la práctica forense, hay que plantearse cuándo y cómo se va a destruir la presunción de capacidad de una persona.

En este sentido, he tenido ocasión de consultar algunas relevantes e interesantes sentencias dictadas a este respecto.

Así, la dictada por el Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1997 declaró que los achaques biológicos serían determinantes de incapacitación, pero, al no existir sentencia que así lo determine, se presume la capacidad. Veamos esta sentencia más detenidamente: la Audiencia había basado la capacidad de la otorgante no sólo en el principio general favorable a la capacidad mientras no se demostrare lo contrario y en la aseveración de esa capacidad por el fedatario otorgante de la escritura pública, sino en una valoración de la prueba pericial, valoración sobre la que expresó textualmente lo siguiente: “Porque frente a tales elementos de presunción de capacidad, opone la actora, de una parte, la avanzada edad de la otorgante –setenta y nueve años–, sus achaques biológicos derivados de su edad, que fue ingresada en el hospital con un cuadro de cardiopatía, falta de oxigenación y trastornos metabólicos, el día 1 de septiembre de 1988, lo que produjo su posterior fallecimiento el día 12 del mismo mes y año, y, de otra, que tales mermas biológicas afectaron de modo grave a su inteligencia y voluntad, haciéndole incapaz para el otor-

gamiento de cualquier relación jurídica, con pleno consentimiento. Pues bien, probado el hecho de su edad y sus achaques biológicos, que determinaron su posterior fallecimiento, el hecho clave, objeto de prueba, es si tales achaques afectaron a su capacidad intelectual y volitiva, hasta el punto de anularla, o reducirla de modo grave, para producir su incapacidad, y tan relevante extremo no se estima acreditado en los autos, pese a los informes periciales emitidos en el proceso, por los peritos médicos (...), puesto que ambos peritos, con referencia a los achaques biológicos que padecía D. D., establecen, el primero de ellos, que «puede tener alterada su capacidad de percepción», o «pudiera haber existido una alteración de su capacidad psíquica, sin poder precisar el grado de la misma», y el segundo informa, en definitiva, que «la capacidad de comprender y consentir de D. D. podría estar adversamente afectada en la fecha del otorgamiento del negocio jurídico que nos ocupa», declaraciones periciales otorgadas con la precisión que el caso requiere, que son de por sí insuficientes, no sólo por su formulación condicional, sino aun porque de las mismas no resulta el grado de afectación de la capacidad intelectual y volitiva de D. D., en modo suficiente para destruir la presunción de capacidad que le otorga la fe notarial”.

En esta sentencia parece evidente que se admite que los achaques biológicos –debido a la edad avanzada de la otorgante– son determinantes de la incapacitación. Desde mi punto de vista, esta afirmación es exagerada y, desde luego, habría que individualizar caso por caso. La excesiva generalización puede llevarnos a cometer errores y a considerar que una persona, sólo por el hecho de tener una edad avanzada –más de setenta años, por ejemplo– ya debería estar incapacitada por sentencia judicial, lo cual no creo que sea una tesis correcta en todos los supuestos que, evidentemente, pueden darse en la práctica forense. No cabe duda que hay personas que tienen, en la actualidad, más de ochenta años de edad y, sin embargo, a pesar de sus numerosos achaques biológicos, se encuentran con su capacidad intelectual y volitiva intacta y, por tanto, pueden perfectamente ser titulares de relaciones jurídicas y actuar en el marco de las mismas con plena capacidad. Sólo si esos achaques biológicos son especialmente intensos y frecuentes y producen, como consecuencia, una merma importante de las capacidades intelectual y volitiva de la persona, sería oportuno y coherente proceder a la incapacitación judicial. No en otro caso, desde luego.

La sentencia pone de relieve que, en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse a favor de la capacidad. Además, las mismas no se refieren concretamente al momento del otorgamiento, en que no se tiene de manera objetiva y directa más que el juicio de capacidad del notario.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1990 entró a resolver la cuestión en torno a si un cuadro depresivo era, o no, causa suficiente para destruir la presunción de plena capacidad mental.

La recurrente señalaba que la sentencia recurrida no había utilizado la prueba de presunciones, partiendo de que la actora tuvo un cuadro depresivo en el año 1966, como consecuencia de haber dado a luz un hijo con el síndrome de Down y de haber fallecido su padre al poco tiempo del referido alumbramiento. La recurrente afirmaba que la Sala de apelación debería haber llegado a la conclusión, lógica, de que, en el año 1967, ella estaba incapacitada, por enfermedad mental, para poder prestar su consentimiento en los documentos a los que se hace referencia: uno, privado, y otro público, realizados ambos en dicho año 1967. Y, en consecuencia, siempre según la recurrente, se debía haber declarado dicha causa: la nulidad radical de los actos.

El Tribunal Supremo declaró, a este respecto, que, tal como razona la sentencia recurrida, la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por prueba en contrario, prueba que ha de ser concluyente, requiriéndose, en consecuencia, una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa, por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las denominadas “de hombre” (*presumptio hominis* o *presumptio facti*).

Es interesante destacar que el supuesto de hecho se reconducía a que D. M. D. B. R. había dado a luz a un niño con síndrome de Down, lo que le motivó un estado depresivo de larga duración, que hizo que quedara incapacitada para su trabajo habitual, constituyéndola en situación de incapacidad para la normal dirección de sus intereses y asuntos, por lo que fue tratada médicamente durante una larga temporada, estado que quedó agravado por la muerte de su padre en el año 1966. A raíz de estos hechos, su hermano, y demandado, J. M. B. R., propuso a su hermana la renuncia a la herencia de su progenitor, de gran valor, a cambio de una cantidad monetaria. A tal efecto suscribió un documento privado en el que intervinieron ambos hermanos, por el que acordaron, entre otras cosas, lo siguiente: M. D. B. R. renunció a todos sus derechos hereditarios a cambio de una cantidad de dinero, comprometiéndose a formalizar esta renuncia ante notario y mediante escritura pública, así como a instar declaración de herederos abintestato ante el Juzgado correspondiente. Al cabo de varios años, se decidió a entablar conversaciones amistosas con su hermano, de las cuales no obtuvo resultado positivo alguno. Celebrado acto de conciliación sin avenencia, suplicaba al Juzgado decretase la inexistencia de la escritura de repudiación de la herencia por incapacidad de la actora en el momento de prestar consentimiento y, asimismo, la partición del haber hereditario de J. A. B. P. y que el demandado procedie-

ra a reintegrar a la actora las posibles cantidades percibidas por transmisiones de los citados bienes hereditarios. En la contestación a la demanda, el demandado se opuso a la misma en base a los siguientes hechos: Que es totalmente falso que la actora quedara incapacitada para la normal dirección de sus intereses y que en absoluto quedó impedida para prestar consentimiento válido. La depresión alegada por la actora sólo era concebible como medio de la trama urdida para ver cómo se podría pleitear dieciocho años después de haber cobrado lo convenido. De los actos coetáneos y posteriores de la actora, se desprende la plena validez y existencia del consentimiento otorgado en la transacción hereditaria aludida.

Por lo que respecta al tema que nos interesa y que está siendo objeto de análisis, la capacidad mental, tal como declaró esta sentencia, se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose, en consecuencia, una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa, por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas “de hombre”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001 mantiene esta misma doctrina, señalando que, en tanto no se declare, por sentencia judicial, la restricción de la capacidad de obrar, y se señale el alcance de la misma, la persona seguirá gozando de la facultad para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar sus actos anteriores por otras razones según su naturaleza, en una relatividad apreciativa que no deja de precisar la sentencia de 28 de julio de 1998, y que había aclarado la dictada con anterioridad, el 23 de noviembre de 1981, el citado Tribunal Supremo.

11. Las causas de la incapacitación

En este apartado voy a referirme a aquellas enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma. Aunque ya en un anterior apartado se ha hecho referencia al artículo 200 del Código Civil, que alude a esta cuestión, me parece, sin embargo, importante y, a efectos prácticos, muy oportuno aludir a las enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, intentando establecer con cierta claridad cuáles son las patologías que pueden ser causa de incapacitación. Para los legos en la materia, es decir, para todas aquellas personas que, teniendo título en Derecho, no lo tienen en Psiquiatría, o Psicología, resulta muy útil la aclaración de este extremo, que, muchas veces, se presenta dudoso e incierto. A través del estudio de la

jurisprudencia, he intentado alcanzar unos criterios sólidos y que me permitan establecer unas pautas a la hora de entablar un proceso de incapacitación.

La Audiencia Provincial de Vizcaya, en sentencia de 14 de febrero de 2000, determinó una valoración del concepto legal de enfermedad –algo, sin duda, muy práctico y necesario– y del tipo de deficiencia que provoca para poder aplicar correctamente el grado de incapacitación. Es decir, en primer lugar, estableció la causa de incapacitación y, en un paso posterior, la graduación de esa incapacitación.

Efectivamente, esta sentencia parte del análisis en profundidad del artículo 200 de nuestro Código Civil y unifica una tipología que es muy amplia, muy extensa, remitiéndose, simplemente, al examen de la cuestión de hecho debatida: la persona no ha de poder gobernarse por sí misma, considerando fuera de contexto –como no podía ser menos, debido a lo obsoleto de los conceptos de “locura”, “demencia”, sordomudos que no saben leer ni escribir, pródigos, etc.– determinadas alteraciones o deficiencias, y reconociendo, en cambio, una amplitud que remite a la valoración judicial, que ha de partir de los conceptos legales de enfermedad (trastorno con un inicio y un final) y deficiencia (característica estable de la persona), pudiendo ésta ser motivada por otra enfermedad, tener un origen genético, congénito (daño en el parto), o culturales o, si se quiere, educacionales.

Expresa esta sentencia que no todas las enfermedades o deficiencias, aunque puedan limitar, o incluso impedir gobernarse, por utilizar la terminología de la Ley Civil, en aspectos concretos la capacidad individual, social y jurídica de la persona, merecen la enérgica privación que se establece en el artículo 200 del Código Civil, pues el ordenamiento jurídico, para ello, contiene disposiciones específicas y que se consideran adecuadas a la deficiencia concreta. Así, cita, ejemplificativamente, la sentencia que está prohibido ser testigo de testamento a un ciego, y a éste otorgar testamento cerrado, así como a los que no puedan o no sepan leer, etc.

Hay que preguntarse qué enfermedades o deficiencias son causas de incapacitación. Comencemos, en este apartado, con los denominados trastornos psicóticos.

* **TRASTORNOS PSICÓTICOS COMO CAUSA DE INCAPACITACIÓN JUDICIAL:** El concepto de “trastornos psicóticos” es muy amplio, incluyendo la esquizofrenia, los trastornos delirantes, los trastornos psicóticos no clasificados en otros apartados, como lo son los siguientes: la psicosis reactiva breve, el trastorno esquizofreniforme, el trastorno esquizoafectivo, el trastorno psicótico inducido y el trastorno psicótico no especificado. Veamos, aunque sea brevemente, estos conceptos.

— **PSICOSIS REACTIVA BREVE:** La sintomatología esencial de este trastorno consiste en un inicio repentino de la sintomatología psicótica, de una duración mínima de unas horas y máxima de un mes, con recuperación total del nivel premórbido. Este trastorno aparece después de acontecimientos estresantes, produciendo una alteración emocional caracterizada por rápidos cambios disfóricos displacenteros.

— **TRASTORNO ESQUIZOFRENIFORME:** Tiene una sintomatología idéntica a la de la esquizofrenia, excepto por la duración del trastorno, que es inferior a los seis meses.

— **TRASTORNO ESQUIZOAFECTIVO:** Este trastorno satisface los criterios de uno de los trastornos afectivos y deben estar claramente presentes la mayor parte del tiempo, durante un período de, al menos, dos semanas, síntomas de, por lo menos, uno de los grupos mencionados, que son, prácticamente, los mismos que para la esquizofrenia.

— **TRASTORNO PSICÓTICO INDUCIDO:** La sintomatología esencial consiste en un sistema delirante desarrollado por el sujeto como resultado de una relación íntima con otro que ya sufre un trastorno psicótico con ideas delirantes, quien suele imponer éstas al primero. Son frecuentes los supuestos de trastornos psicóticos inducidos por el consumo de sustancias psicótropas.

— **TRASTORNO PSICÓTICO NO ESPECIFICADO:** Existen síntomas psicóticos que no cumplen los criterios para ningún trastorno psicótico no orgánico.

El término de “psicosis” apenas aparece en las clasificaciones internacionales de las enfermedades, al utilizar la expresión “trastornos psicóticos”.

Por lo que respecta a la psicosis reactiva breve, al existir una alteración emocional, la conducta suele ser extraña, agresiva o suicida, siendo habituales las alucinaciones o ideas delirantes transitorias.

Muy interesante es referirse al llamado “trastorno bipolar”, denominación actual de las psicosis maníaco-depresivas. Pertenecen, en realidad, a los trastornos del estado de ánimo, cursando, o no, con síntomas psicóticos.

La sintomatología esencial de este trastorno consiste en uno o más episodios maníacos, que se acompañan, por lo general, de uno o más episodios depresivos mayores.

La problemática generada en relación con este trastorno bipolar tiene mucho que ver por lo que se refiere a los intervalos lúcidos correspondientes a los períodos interfásicos de la enfermedad. Ya VALLEJO-NÁGERA afirmaba que, superado el período maníaco o depresivo, hay intervalos de normalidad absoluta entre una y otra fase (20). Este mismo autor especi-

(20) VALLEJO-NÁGERA, Juan Antonio: *Introducción a la psiquiatría*, Temas de Hoy, Madrid, 1990.

fica que, una vez superado el episodio maníaco o el depresivo, no quedan secuelas o residuos, hasta que aparece la siguiente fase, si bien puede haber una sola en toda la vida de la persona.

En cualquier caso, es imprescindible la continuidad en el tratamiento, porque, si éste se interrumpiera, el paciente puede descompensarse. Por tanto, la mejoría, en muchas ocasiones, es artificial, subsistiendo un fondo de anormalidad, un a modo de estado latente de la enfermedad que constituye el fundamento de posteriores descompensaciones.

En el trastorno bipolar –o psicosis maníaco-depresiva– hay episodios de normalidad –si bien aparente– y otros en los que, incluso con claridad de conciencia, el psiquiatra, si es buen profesional, detecta perfectamente fases atenuadas de hipomanía: predominio de un estado de ánimo elevado, expansivo o irritable, pero la alteración no es lo suficientemente grave como para provocar un marcado deterioro social o laboral, como ocurre en el episodio maníaco.

— LA ESQUIZOFRENIA: Desde el punto de vista etimológico, significa, o supone, la escisión o disgregación de las funciones psíquicas, afectando al pensamiento, a la actividad y al ámbito de la afectividad y de las relaciones de la persona con el mundo que le rodea.

La sintomatología esencial de esta enfermedad consiste en la presencia de síntomas psicóticos durante la fase activa, tales como ideas delirantes y extrañas, alucinaciones, sobre todo de tipo auditivo, incoherencia y afectividad embotada.

Caracteriza a la esquizofrenia la irrupción de los denominados “brotos”, que son manifestaciones súbitas de la enfermedad, con toda su virulencia.

Las remisiones, después de cada brote, sean espontáneas o terapéuticas, no son nunca completas. Es evidente que el enfermo esquizofrénico no recupera nunca, en su totalidad, el dominio de su personalidad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1995 afirmó que, en los supuestos de auténtica psicosis, cabe admitir la falta de capacidad y de autoconducción cuando tal enfermedad alcanza una considerable intensidad.

— PARANOIA Y TRASTORNOS PARANOIDES: El punto de partida de esta enfermedad lo constituye la personalidad paranoica, con los rasgos siguientes: orgullo, desconfianza, interpretación errónea e inadaptabilidad.

Se trata de una enfermedad que surge entre los cuarenta y los cuarenta y cinco años, es crónica y no tiene tendencia a producir lesión en la personalidad del sujeto, ni, desde luego, su destrucción, como ocurre con la esquizofrenia.

Los brotes paranoides no constituyen enfermedad psicótica ni esquizofrénica. En consecuencia, la persona que los padece no tiene anuladas sus facultades intelectivas y volitivas, aunque sí disminuidas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de julio de 1987, afirmó que los síntomas paranoides no pueden equipararse a los de la verdadera paranoia.

— RETRASO MENTAL U OLIGOFRENIA: Es, en realidad, un trastorno del desarrollo, cuyos síntomas esenciales son: capacidad intelectual general muy por debajo del promedio, déficit o deterioro significativo de la capacidad adaptativa y comienzo antes de los dieciocho años de edad.

De modo tradicional, se han distinguido unos niveles de gravedad, referidos al grado de deterioro intelectual. Paso a examinarlos:

— Leve: de 50-55 a 70.

— Moderado: de 35-40 a 50-55.

— Grave: de 20-25 a 35-40, y

— Profundo: por debajo de 20-25.

— EPILEPSIA: Es una enfermedad de carácter neurológico y no se enmarca correctamente en el cuadro de las psicosis, a pesar de que una sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1983, estableció que, bajo el nombre de epilepsia, se pretendía agrupar una serie de trastornos psicóticos. Esta afirmación queda desmentida cuando se comprueba la inclusión de esta patología en los tratados de Neurología (21).

En las fases graves de la enfermedad, la capacidad de estas personas está disminuida y alterada, por lo que, en la actualidad, constituye un supuesto, si bien discutido y polémico, no exento de críticas, de incapacidad.

— TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD: En el marco de los trastornos de la personalidad tienen cabida las denominadas psicopatías, como trastornos disociales de la personalidad, o, como lo ha denominado VALLEJO-NÁGERA (22), “trastorno antisocial de la personalidad”, “Psicopatías”, “Sociopatías” o “Neurosis del carácter”.

ORTEGA MONASTERIO, por su parte, prefiere llamar a este trastorno como “Síndrome psicopático o trastornos de la personalidad” o “caracteropatías” (23).

Es un tipo de personalidad que, por sus peculiaridades, sufre y hace sufrir a las demás personas de su entorno. Sin embargo, según VALLEJO-NÁGERA (24), estas personas no sufren ni acusan sentimientos de culpa, pero hacen padecer a las demás personas de su entorno habitual.

¿Cómo se reconoce esta sintomatología? Este tema es polémico, porque hay que tener en cuenta que personas psíquicamente normales, que

(21) En los tratados de Neurología aparece la epilepsia como enfermedad de carácter neurológico y no es admisible, en la actualidad, su inclusión en el marco de las enfermedades mentales.

(22) VALLEJO-NÁGERA, Juan Antonio: obra citada en nota 20.

(23) ORTEGA MONASTERIO: “Enfermedad mental”, en *La psiquiatría*, Barcelona, 1998.

(24) VALLEJO-NÁGERA, Juan Antonio: obra citada en notas 20 y 22.

razonan bien y con un claro sentido de la realidad, pueden presentar, sin embargo, formas de conducta extrañas o anómalas.

Cuando los rasgos de personalidad son inflexibles y desadaptativos causan una incapacitación funcional significativa, o una perturbación subjetiva, y es en estos supuestos cuando efectivamente cabe hablar de trastornos de la personalidad (25).

Según CÓRDOBA RODA (26), las psicopatías constituyen un tema complejo, con diversidad de criterios y que presenta una línea evolutiva en el ámbito jurisprudencial. Por lo general, no existe defecto alguno en las facultades intelectivas, sino deficiencias en la afectividad y alteraciones caracterológicas, por lo que, en principio, no son enfermedades.

El Tribunal Supremo ha venido estimando, en términos generales, que las psicopatías no afectan a las capacidades intelectual y volitiva de la persona.

Para VALLEJO-NÁGERA (27), los trastornos antisociales de la personalidad forman un grupo aparte de los restantes trastornos de la personalidad, englobando a personas con alteraciones importantes de la convivencia.

En cuanto al trastorno límite de la personalidad –el denominado “border-line”–, es diferente a la psicopatía, al ser una categoría independiente, con criterios diagnósticos diversos, si bien hay que considerar que pueden presentarse asociados.

Lucía GARCÍA GARCÍA puso de manifiesto que las personas con trastornos de la personalidad tienen una forma de ser y de comportarse que se desvía de las normas aceptadas en su entorno (28). Esta desviación puede presentarse en dos o más de los siguientes aspectos:

- a) Cognición: forma de percibir e interpretar las cosas, personas y acontecimientos.
- b) Estado de ánimo.
- c) Control de impulsos; y
- d) Relaciones con los demás.

La desviación, tal como esta autora citada anteriormente ha puesto de relieve, debe ser persistente, con presencia de malestar personal, y no puede ser explicada como una manifestación o consecuencia de otros trastor-

(25) SIMON, R. L.: *Clinical psychiatry and the law: American psychiatry press*, Washington, 1992.

(26) CÓRDOBA RODA: “La enajenación y sus consecuencias jurídicas”, en *Jornadas de psiquiatría forense*, 1990.

(27) VALLEJO-NÁGERA, Juan Antonio: obra citada en notas 20, 22 y 24.

(28) GARCÍA GARCÍA, Lucía: *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

nos mentales, aunque puede coexistir, y deben excluirse, como origen de la misma, las enfermedades mentales orgánicas.

— NEUROSIS: Dentro del amplio ámbito de las neurosis, se comprenden las categorías diagnósticas siguientes: trastornos por ansiedad, trastornos somatoformes y trastornos disociativos.

Como rasgos característicos de estas perturbaciones, hay que citar los síntomas de ansiedad y las conductas de evitación. En el marco de los trastornos por ansiedad, hay que integrar, a su vez, los trastornos por angustia —con o sin agorafobia—, la fobia social, la fobia simple, el trastorno obsesivo-compulsivo —también denominada neurosis obsesivo-compulsiva—, el trastorno por ansiedad generalizada, trastorno por estrés postraumático y trastorno por ansiedad no especificado.

Los trastornos somatoformes consisten en síntomas físicos que sugieran una alteración somática y en los que hay firmes presunciones de que los mismos estén relacionados con factores o conflictos psicológicos (29).

En cuanto a los trastornos disociativos, también llamada neurosis histérica, tipo disociativo, existe una alteración de las funciones integradoras de la identidad, la memoria o la conciencia, que puede ser repentina, gradual, transitoria o crónica. Cuando el trastorno afecta a la identidad, el sujeto puede olvidar temporalmente la suya y asumir una nueva o perder el sentimiento de la propia realidad (30).

Al parecer, se ha descubierto que todas las personas son potencialmente neuróticas, es decir, que todas padecen algún grado de neurosis. Pero será, precisamente, el mayor o menor grado, o sea, el *quantum* de la angustia, depresión o la inadecuación de las defensas lo que haría que la neurosis entrara en el ámbito de la patología, según ORTEGA MONASTERIO (31).

Las neurosis conllevan manifestaciones psíquicas y emocionales penosas y, con frecuencia, entorpecedoras de la normal actividad, sin que se produzcan alteraciones importantes del pensamiento, de la percepción y del sentido de la realidad, tal como puso de relieve VALLEJO-NÁGERA (32).

El Tribunal Supremo ha declarado que las neurosis son reacciones anormales de la persona, de fuerte contenido emocional o afectivo, y que influyen en la falta de equilibrio y normalidad del comportamiento.

Fue a partir del año 1988 cuando nuestra jurisprudencia recogió los cri-

(29) DSM-III-R.

(30) Entre estos trastornos cabe citar los siguientes: personalidad múltiple, fuga psicógena, asumiendo una nueva identidad; amnesia psicógena, trastornos por despersonalización y trastornos disociativos no especificados.

(31) ORTEGA MONASTERIO: *Psiquiatría forense*, Centro de Estudios Jurídicos, 1994.

(32) VALLEJO-NÁGERA, Juan Antonio: *Guía práctica de psicología*, Temas de Hoy, Madrid, 1991.

terios de la Clasificación de la Organización Mundial de la Salud, y evolucionó en el sentido de considerar a las neurosis como verdaderas enfermedades. Un auto de 28 de septiembre de 1994 hizo referencia a una alteración neurótica con manifestaciones que podrían constituir el inicio de una sintomatología neurótica no bien estructurada, admitiendo, en este supuesto, una minoración de las facultades mentales.

— **TOXICOMANÍAS Y ALCOHOLISMO:** Agrupa los diversos tipos de trastornos provocados por la ingestión de alcohol y otras sustancias psicoactivas. Se distinguen, de un lado, la intoxicación aguda; el consumo perjudicial; el síndrome de dependencia; el síndrome de abstinencia; el síndrome de abstinencia con delirio *–delirium tremens–*; el trastorno psicótico; el síndrome amnésico y otros.

La Organización Mundial de la Salud ha definido la toxicomanía como “el estado de intoxicación crónica producida por el consumo reiterado de una droga natural o sintética”, que se caracteriza por el deseo, poderoso, o necesidad compulsiva *–imperiosa–* de continuar tomando la sustancia, obteniéndola por cualquier medio; la tendencia a aumentar la dosis *–tolerancia–* ocasionada por la dependencia psíquica y, por lo general, física, con el consiguiente perjuicio para el consumidor y para la sociedad.

La toxicomanía propiamente dicha hay que diferenciarla de la habituación o hábito, porque este último se caracteriza por la dependencia exclusivamente psíquica que genera, no habiendo tendencia a aumentar la dosis. La toxicomanía, en cambio, puede generar incluso dependencia física y, desde luego, importante tendencia a aumentar la dosis. Es decir, el grado de tolerancia es menor.

A continuación, una vez analizadas brevemente las diversas patologías o alteraciones psíquicas que pueden llegar a ser causa de incapacitación, procedo a referirme a la jurisprudencia existente en nuestro país sobre tan controvertido tema.

12. Referencia a las causas de incapacitación en la jurisprudencia

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 17 de mayo de 2006:** Referida a la esquizofrenia, esta interesante sentencia entra a resolver el supuesto de una persona que padece esquizofrenia de tipo paranoide, con síntomas residuales interepisódicos, de tres años de evolución. La Audiencia considera que se trata de una enfermedad de carácter crónico, que sufrirá por tiempo indefinido o de muy larga duración, con períodos de remisión casi completa, que pueden ir seguidos de recaídas sucesivas, siendo previsible que se produzcan reagudizaciones de la enfermedad que normalmente requerirán internamiento psiquiátrico, ya que

se acompañan de una afectación importante de sus capacidades psíquicas. Durante los períodos en que se producen los brotes psicóticos, la persona afectada –demandada– manifestaba comportamientos violentos, se ausentaba del hogar y había intentado suicidarse, habiendo puesto en grave riesgo su vida por tres veces.

La sentencia establece que, con certeza, se han de producir nuevos brotes, requiriendo, para ser tratados adecuadamente, internamiento psiquiátrico, además de presentar un grave riesgo para la vida e integridad física de las personas que la atienden, e incluso de la propia demandada, lo que requiere que se adopten medidas para hacer frente a estas circunstancias, por lo que procede su incapacitación conforme a lo dispuesto en el artículo 200 del Código Civil.

A la vista de esta interesante sentencia, así como de otras muchas dictadas referidas a esta enfermedad, es evidente que la esquizofrenia es una causa de incapacitación que se enmarca en el ámbito del artículo 200 del Código Civil.

La esquizofrenia es, en la actualidad, una enfermedad que no tiene curación, al menos curación absoluta con remisión total de los brotes. Con la medicación puede estabilizarse, pero su carácter crónico e irreversible han de llevar a la incapacitación de la persona que la padece.

En otras circunstancias, cuando la esquizofrenia es meramente residual, es más discutible que sea causa de incapacitación de la persona. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de enero de 2003 estimó que la persona afectada podía autogobernarse por sí misma, lo que exigía una institución de protección intermedia, precisando, por tanto, solamente una declaración parcial de incapacidad, requiriendo una institución intermedia, como lo es la curatela, designándose a estos fines a las personas que deben asistirle en todos los actos de enajenación, gravamen y disposición de sus bienes y patrimonio.

Otras sentencias que he podido consultar establecen que, cuando la esquizofrenia es residual y permite al incapaz autogobernarse por sí mismo, lo que procede es una institución de protección intermedia. En este sentido, la sentencia, por ejemplo, de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de enero de 2003, en la que, tras valorarse la prueba pericial por el especialista en psiquiatría y neurología de la Clínica Médico-Forense de Madrid, se estableció, con claridad, que el paciente sufría una esquizofrenia de tipo residual, siguiendo un tratamiento psiquiátrico y acudiendo a los controles de revisión periódicamente y no presentando sintomatología psicótica activa. Contaba, además, con apoyo familiar y trabajando en una empresa familiar, manteniendo un aceptable grado de autogobierno. Presentaba, naturalmente, una disminución de su capacidad de autonomía, por lo que era aconsejable, desde el punto de vista terapéutico, una pro-

tección parcial de su persona y de sus bienes. La sentencia de incapacitación que se dictó estableció una incapacidad de tipo medio o atenuada, exigiendo una institución de protección intermedia, como lo es la curatela, designándose, a estos fines, a las personas que debían asistirle en todos los actos de enajenación, gravamen y disposición de sus bienes y su patrimonio.

— **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005:** Entró a resolver el supuesto planteado por oligofrenia. La antes demandada, y ahora recurrente en casación, entra en el marco de los parámetros determinantes de una incapacidad psíquica que la impide gobernarse por sí misma. Se trataba de una oligofrenia de segundo grado, con disminución de la capacidad de juicio y de abstracción, sin comprensión absoluta de las situaciones, adhiriéndose a lo secundario y a aquello que puede proporcionarle una ganancia inmediata, sin parar en las consecuencias de los actos que realiza, estando su capacidad y anticipación a los acontecimientos de futuro muy afectada. Estos pacientes, tal como declaró esta sentencia, están necesitados de protección y ayuda para el gobierno de sus personas y bienes y ello de un modo permanente, puesto que su afección es incurable.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 20 de marzo de 2006:** Esta sentencia está referida a la enfermedad de Parkinson. Se trataba del supuesto de una mujer de edad avanzada, que padecía un deterioro mental leve, con ligera deficiencia de todas las funciones de la personalidad, ligera atrofia cortical sin signos de demencia. Estas alteraciones no le impedían realizar actos elementales y concretos de la vida cotidiana, si bien necesitaba de la asistencia de terceras personas para su cuidado.

La sentencia estableció, como necesaria, la declaración de incapacitación y, tomando en consideración la importante cuantía de su patrimonio, así como la situación de permanente enfrentamiento entre sus hijos, con dos grupos bien diferenciados, se estimó plenamente adecuada la modalidad de incapacidad total, con la constitución de la correspondiente tutela.

— **Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004:** Se planteó, en esta interesante sentencia, la cuestión de la tetraplejia como enfermedad incapacitante, por la dependencia total de terceros que conlleva, pese a conservar la persona afectada por la misma las facultades cognitiva y volitiva.

Es interesante plantearse si verdaderamente está justificada la incapacitación total de una persona tetrapléjica en estas condiciones de conservación de sus facultades intelectivas y volitivas, de su capacidad de entender y querer.

La sentencia estimó que esta persona no podía gobernarse por sí misma, no obstante conservar intactas las facultades antedichas, careciendo de

libertad para llevar a la práctica las decisiones que tomara en un momento anterior a su padecimiento, tanto respecto de su persona como de sus bienes.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de mayo de 2006, resolvió el supuesto planteado por una persona afectada de tetraparesia espástica, enfermedad física de carácter permanente e irreversible que le impide regir su persona y administrar sus bienes, exponiendo el perito judicial que se trata de una patología degenerativa del sistema nervioso, que la ha ido limitando paulatinamente y en los últimos tiempos con mayor intensidad, añadiendo que, aunque ahora esté lúcida, en un futuro no muy lejano presentará deterioro cognitivo, teniendo, ya en la actualidad, paralizado el cuerpo y las extremidades, alterada la percepción y la capacidad de relacionarse con el mundo exterior, debido especialmente a su lenguaje disfémico y disártrico. Se encuentra ingresada en un Centro especializado para tetraplégicos, lo que le impide todas aquellas conductas tendentes al proveimiento de los elementos necesarios para su propia existencia, precisando el apoyo constante de otras personas, todo lo cual determina, y comporta, su imposibilidad de autogobierno y la necesidad de auxilio de terceras personas, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, por lo que procedió declararle plenamente incapaz a todos los efectos legales.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 23 de abril de 2004:** Esta sentencia entró a resolver un tema interesante en relación con la incapacitación: ¿determina la sordomudez la incapacidad de la persona?

La sentencia no admitió la necesidad de incapacitar a la persona afectada, porque, a pesar de ser sordomuda de nacimiento, era capaz de gobernar su persona y, aunque pudiera precisar de la asistencia de personas allegadas, no por ello debía ser sometida a tutela o curatela.

Estimó esta sentencia que las causas de incapacitación son únicamente las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que incapacitan a la persona para gobernarse por sí misma, lo que no ocurre en el caso de autos, que era sordomuda la demandada y que, no obstante su avanzada edad, seguía conviviendo, desde hacía varios años, con otra persona de distinto sexo, separadamente del resto de la familia, pudiendo gobernarse por sí misma y pudiendo administrar sus bienes, teniendo, asimismo, en cuenta, de forma decisiva, como en otros supuestos, el informe médico forense, que concluyó que la demandada podía autogobernarse.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de septiembre de 2005:** Interesante es el supuesto de la persona que padece ceguera. ¿Es causa de incapacitación? Esta sentencia resuelve esta cuestión: se

trataba de una persona que padecía una pérdida de la agudeza visual binocular de un 92 por 100 (grave), por retinitis pigmentaria. Pero la Sala no compartió en modo alguno la valoración hecha por el médico forense, entendiendo que la limitación de su capacidad de autogobierno era mínima, no observándose deterioro de la memoria, ni de la afectividad, ni del curso contenido del pensamiento. Asimismo, su capacidad de juicio y de raciocinio estaban intactas. Es decir, tenía limitadas sus aptitudes físicas, como consecuencia de la pérdida de la agudeza visual ya citada anteriormente, pero conservaba las aptitudes psíquicas que le confieren la capacidad para gobernar su persona y su patrimonio. En consecuencia, no se estimó procedente la declaración de incapacidad solicitada.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de diciembre de 2006:** Es interesante destacar esta sentencia, ya que resuelve el supuesto planteado como consecuencia de la demanda de declaración de incapacidad de una persona diabética. ¿Es causa la diabetes de incapacitación? ¿Se puede enmarcar en el ámbito del artículo 200 de nuestro Código Civil?

La sentencia entra a valorar que la demandada padecía diabetes, cuyas complicaciones provocaron la amputación de una pierna y que, unida a la avanzada edad (ochenta y siete años), limitaban gravemente su movilidad. Pero en modo alguno se acreditó que esa enfermedad, y sus consecuencias físicas, incidieran en su facultad para regir su persona y bienes, al no traducirse en un deterioro cognitivo que mermara su capacidad de comprensión, ni menos aún la facultad de actuar conforme a esa comprensión, ya que se trata de una persona con una orientación temporo-espacial correcta, con una línea de pensamiento y exposición comprensibles y racionalmente fundadas y que forma su voluntad de acuerdo a parámetros de normalidad y actúa conforme a ello.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de abril de 2002:** Interesante sentencia que resuelve el supuesto planteado por la demanda de declaración de incapacidad de una persona que sufría esquizofrenia paranoide, presentando una evolución favorable por el tratamiento diagnosticado en grado ascendente, que va desde conductas extravagantes hasta la desaparición de la desorganización conductual, sin advertir signos de descompensación psicopatológica.

La Sala estimó que no existían elementos de juicio concluyentes ni justificadores de la medida instada. El informe del médico forense, asimismo, consideró que la persona demandada gozaba de aptitud para llevar una vida normal, con actos sencillos, no estimándolo caso claro de incapacidad total, al no tener anulada, ni total ni parcialmente, su capacidad de autogobierno, ni estar aquejado por trastorno alguno, por lo que no estaría justificada la incapacitación.

Es un supuesto interesante, por cuanto la esquizofrenia paranoide es una patología grave y que es capaz de alterar la percepción y la volición. Pero, en este supuesto concreto, no se detectó la presunta limitación en la esfera personal ni patrimonial, teniendo en cuenta, además, que el demandado disponía de escasos recursos e ingresos –era pensionista–, y la declaración de incapacitación que se hubiera dictado por la Sala intentaría evitar que fuera víctima de situaciones desafortunadas. No se apreció que la enfermedad que padece afectara a su inteligencia ni a su voluntad, por lo que la sentencia le estimó apto para valerse en la vida.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de octubre de 2006:** Se planteó en esta sentencia el interesante supuesto de la demanda de incapacitación de una persona que padecía hipoacusia (sordera) bilateral, deficiencia física que ha condicionado y condiciona su capacidad de autogobierno, disminuyéndola, en la medida en que la falta de una formación adecuada no le ha permitido superar las consecuencias negativas que se derivan de esta deficiencia física.

El informe del médico forense explica que las personas sordas, por lo general, muestran dificultades de adaptación a un entorno social oyente, lo que conlleva la imposibilidad de una correcta comunicación y relación dentro de ese ámbito y, en algunas ocasiones, una ausencia de formación importante, al punto que puede hacer pensar al colectivo oyente que se encuentra ante personas con déficits intelectuales, lo que, evidentemente, no es así.

La demandada no sufría debilidad mental, estando la razón de su déficit intelectual en la falta de una adecuada formación especial que, debidamente prestada, determinaría su plena capacidad.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 2006:** Entró a resolver el supuesto planteado ante una persona que padecía depresión. Es complejo determinar si un cuadro depresivo, efectivamente, incapacita para regir la persona o bienes del que la padece, o no.

En este supuesto concreto se declaró incapacitada a la persona afectada por este trastorno, dada la gravedad de las dolencias sufridas, tanto físicas como psíquicas. El informe emitido por el médico forense puso de relieve que el curso del pensamiento estaba matizado por el aislamiento y la depresión, siendo lo más llamativo el aislamiento emocional y social. Por otra parte, la capacidad volitiva del sujeto se encontraba gravemente disminuida, no siendo capaz de administrar sus bienes, ya que desconocía el valor de las cosas.

En otros supuestos menos graves, por ejemplo, en sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 11 de enero de 2002 se estima que el trastorno depresivo que la parte demandada padecía no la inhabilitaba

para el autogobierno, al conservar la capacidad plena para administrar persona y bienes.

Es interesante plantearse la siguiente interrogante: ¿es el trastorno bipolar causa de incapacitación?

La sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña se enfrentó a esta cuestión –debatida y polémica–, declarando que la demandada debía ser incapacitada parcialmente, siendo sometida a un régimen de curatela. Su patología, de trastorno bipolar, aun con evolución favorable, no había remitido completamente, unido ello a un coeficiente intelectual fronterizo, lo que hace de la demandada una persona particularmente influenciable. A todo ello debía añadir que su contexto y ambiente familiar era inestable, aflorando fuertes tensiones por motivos patrimoniales y justificando que, en garantía de sus intereses, se adoptaran medidas de protección a través de la institución de la curatela.

13. Referencia a la prodigalidad

Tras la reforma del Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, sólo la persona que tiene familia puede ser declarada pródiga.

La institución de la prodigalidad se basa en la existencia de una función familiar impuesta por la Ley al Patrimonio Personal, por lo que resulta, como consecuencia obligada, que sólo la persona que tiene cónyuge o parientes que se hallen en determinadas circunstancias, existirá, a su vez, esa función familiar justificativa de la limitación de la capacidad de obrar de ésta, y en la que, en definitiva, consiste la declaración de prodigalidad.

La prodigalidad, antes de dicha Reforma del Código Civil, se enmarcaba en el ámbito de las incapacidades, junto con la locura, la sordomudez y la imbecilidad, conceptos éstos, especialmente la locura y la imbecilidad, trasnochados desde el punto de vista tanto psiquiátrico como jurídico, aunque es verdad que, a pesar de ello, se siguen empleando en determinadas ocasiones.

Hoy en día, la prodigalidad tiene una entidad propia, independiente de otras figuras jurídicas. En cuanto conducta que perjudica intereses familiares, es como se comprende perfectamente la configuración jurídica de esta institución, peculiar, si se quiere, pero relevante, en cualquier caso, para el Derecho.

¿Quién puede ser declarado pródigo? En la actualidad, entendida la prodigalidad como una conducta dilapidadora del patrimonio –conducta que está referida a la disipación y al derroche–, hay que tener en cuenta que la legitimación activa corresponde al cónyuge y a los parientes, descendien-

tes o ascendientes. Estos parientes, o el cónyuge, han de encontrarse en una situación específica: han de recibir alimento del presunto pródigo, o encontrarse, como establece el artículo 757.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en situación de reclamárselos.

Si no existen las personas antedichas, no será posible la declaración de prodigalidad. Es más, aun existiendo estas personas, tampoco lo será por la sola existencia de las mismas, porque debe concurrir, además, la circunstancia de estar estas personas percibiendo alimentos del presunto pródigo o estar en situación de reclamarle éstos.

Con estos requisitos, se trata de conseguir que el número de supuestos en que la prodigalidad pueda prosperar no sea muy elevado. Y, de otro lado, se hace entrar en juego la figura de la prodigalidad en casos extremos en que se ponen en peligro intereses vitales y, como tales, decisivos para las personas a las que la declaración pretende, en todo caso, proteger, tal como ha expuesto Salvador CARRIÓN OLMOS (33).

A continuación, parece oportuno citar algunas sentencias que han tratado el tema de la prodigalidad y que he tenido ocasión de consultar.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 14 de enero de 2002:** Se puso de manifiesto por la Sala que, del conjunto de la prueba practicada y, singularmente, del informe concreto que prestó la médico forense, el demandado corría el peligro, en consideración a su patología —aquí la prodigalidad está considerada una enfermedad o alteración mental—, de embarcarse en empresas imposibles y en inversiones económicas alocadas, pudiendo realizar actividades económicas sin fundamento, lo que llevó a dicha Sala a tener por acertada la sentencia recurrida. La propia perito, en aclaraciones solicitadas por la parte demandada, concretó que el trastorno psiquiátrico que padece funciona con episodios agudos y, en dichos episodios, puede tener implicación en actos como compras excesivas, prodigalidad de sus bienes, etc., que deben ser controlados. La declaración de incapacitación, en este supuesto, no hace más que prevenir cualquier comportamiento anómalo en el que la administración del patrimonio del demandado pudiera incurrir.

Hay que reseñar que éste tenía dos hijos y obligaciones de asistencia para con ellos, que han de ir más allá de la mera pensión de alimentos que se puede fijar, en su caso, en la sentencia de separación conyugal.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 20 de febrero de 2006:** Esta interesante sentencia moderó la capacidad del demandado, a fin de proteger a sus familiares de los dispendios injustificados que realizaba en la fase eufórica de su enfermedad mental.

Como se puede apreciar, por lo general, la prodigalidad va ligada, ínti-

(33) CARRIÓN OLMOS, Salvador: *La prodigalidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ma y directamente, a un trastorno de la personalidad, o a una patología de carácter psíquico de la persona afectada.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 13 de mayo de 2003:** La Sala abordó el supuesto planteado por una persona que padecía demencia orgánica postraumática y cuya enfermedad la convertía en persona vulnerable en el ámbito patrimonial, en tanto expuesta a episodios de prodigalidad, declarando, en esta ocasión, una incapacitación de tipo medio o atenuado.

14. Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto y analizado con referencia al tema de la incapacitación de la persona, parece oportuno reflejar en unas breves conclusiones los aspectos más interesantes que plantea esta materia.

En primer lugar, constatar que la capacidad de la persona es la regla, siendo la incapacidad la excepción. A toda persona se la va a presumir capaz en el ámbito jurídico, mientras esta presunción no se destruya por pruebas incontestables.

En segundo lugar, hay que resaltar que la declaración de incapacidad es una decisión judicial, por la que se establece que la persona afectada carece de aptitud para autogobernarse, suponiendo, en consecuencia, la privación de la capacidad de obrar de una persona física mediante una sentencia.

En tercer lugar, los requisitos determinantes de la declaración de incapacidad vienen referidos a los siguientes:

a) Que la persona respecto de la cual se solicita padezca una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que sea permanencial —no transitorio o fugaz—, a veces progresivo, que merme la personalidad, la deteriore o amortigüe, con efectos en la capacidad volitiva e intelectual, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuencias.

b) Que la enfermedad o deficiencia sea persistente, idea mantenida tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia. Este requisito me parece muy importante, porque trata de atender a la protección no ocasional de la persona enferma, sino estable, mediante el correspondiente órgano de guarda y tutela.

c) Que la enfermedad o deficiencia impidan a la persona gobernarse por sí misma, criterio éste reforzado por nuestro Código Civil. Este requisito aúna otros dos: que la enfermedad o deficiencia, efectivamente, incida en la conducta de la persona y que esa incidencia sea de entidad

suficiente para impedirle un comportamiento normal respecto de su persona y bienes (patrimonio), o alguno de ambos extremos.

Por último, hay que reseñar que la declaración de incapacidad puede ser total o parcial. Es total cuando existe una incapacidad absoluta para regir la persona y bienes. Es parcial cuando solamente se va a producir una limitación, más o menos extensa, de la capacidad.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

Sigue siendo asignatura pendiente para el opositor a Notarías la preparación de los dictámenes: hay que percatarse de que si se empiezan a hacer –comenzando por dictámenes cortos los primeros meses–, luego ampliando su duración y más adelante haciéndolos de seis horas y con textos legales sin comentarios, la comprensión de lo que al mismo tiempo –los temas– se está preparando cobra nueva dimensión, mayor calado y profundidad de campo.

Los primeros meses son en exclusiva para la preparación de los ejercicios orales, pero cuando el preparador lo considere, ha de simultanearse ello con un minidictamen mensual al principio, quincenal después... Y así seguir, pero no ya desde luego con *minis*; con dictamen quincenal de seis horas y textos legales sin comentarios.

¿Quién los pone; quién los corrige?

Opositor amigo, se me ha tributado el día 23 de febrero un homenaje, con motivo de mi jubilación, y de un libro homenaje se habla. Yo respondo: “GRACIAS...”. Ahora bien, yo también quiero homenajear al opositor esforzado. Al que se levanta con los temas y se acuesta dejándolos a unos metros físicos, pero con ellos en el cerebro. Al que –en muchos casos– no se da cuenta, porque con frecuencia no se le anima y exige, de la necesidad de que dictamine. Para profundizar en la comprensión de las instituciones jurídicas, para aprender a relacionarlas, para ir adquiriendo

“vis práctica” y... no darse la paliza el último-últimos meses haciendo “un dictamen diario” (una barbaridad).

Opositor amigo, aprobarás con nota. ¿Seguro? Todo en la vida tiene su lógica. La oposición a Notarías no es la excepción; lo contrario.

Y como las prédicas deben acompañarse con el ejemplo, ahí va el primer minidictamen. Yo, como soy el que lo pongo, empiezo al revés que tú, opositor.

Me compré el otro día: *Computación, imputación y colación de donaciones...* C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2009.

1. En la página 31 se lee: “las donaciones a los hijos de los legitimarios no se imputan nunca a la mejora, salvo que de manera expresa el causante haya declarado su voluntad de mejorar” (art. 825 CC).
2. Las donaciones al cónyuge viudo, ¿a dónde se imputan, ante el artículo 819, que no las incluye? Páginas 36-37.
3. Los legados a hijos o descendientes legitimarios, ¿a dónde se imputan ante el artículo 828? Páginas 39 y 40.
4. El obligado a colacionar “tomará de menos”... Y si se trata de que se le donó más de lo que le corresponde recibir en la partición de la herencia, ¿ha de devolver? *La colación como operación previa a la partición.* C. MUÑOZ GARCÍA, 1998.

Opositor amigo: con lo anterior compón tú el minidictamen. Pon nombres a los protagonistas: “Antonio, Berta, Celedonio, Dimas, Evarista, Facundo, Gerardo, Hilario, ...”, por ejemplo.

Opositor amigo: enciérrate tres horas seguidas una tarde de sábado (descansa medio día AL MENOS a la semana). Escríbelo: se trata de responder con fundamentación jurídica al problema planteado. Luego llámame al 91 576 69 34 o victor@garridodepalma.es. Quedaremos una tarde de sábado. En el próximo número de la Revista otro notario pondrá un minidictamen o dos.

ACTUALIDAD JURÍDICA

**¿CIVIL LAW “VERSUS” COMMON LAW...,
O VICEVERSA?**

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DE LA *JURISPRUDENTIA* ROMANA AL CONCEPTO MODERNO DE JURISPRUDENCIA. 3. DESDE EL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA EN EL *JUS COMMUNE* HASTA LA CODIFICACIÓN. 4. ULTERIOR DESARROLLO CONTEMPORÁNEO DEL VALOR CREADOR DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS PAÍSES DEL *CIVIL LAW*. A) Francia. B) El caso italiano, el *Massimario* y el riesgo de desvirtuar el precedente. C) La relativa originalidad del Derecho español en este tema. 5. EL PRECEDENTE ENTRE LOS PAÍSES DEL *COMMON LAW*. A) El Derecho inglés: *A View from the Citadel*. B) El Derecho australiano. C) Canadá. D) Estados Unidos. 6. LA ACTUAL FASCINACIÓN QUE EJERCE EL MUNDO JURÍDICO ANGLO-NORTEAMERICANO: EL *DISCRETO ENCANTO...* DEL *COMMON LAW*. 7. EPÍLOGO PARA ESPAÑOLES.

1. Introducción

¿Sigue teniendo entre nosotros, actualmente, algún interés seguir debatiendo sobre las relaciones entre la jurisprudencia –o, si se prefiere, el precedente (1)– y las fuentes del Derecho, tal como se plantea en recientes trabajos comparativos (2)? Cabría imaginar que, difundidos ampliamente los estudios comparativos en el mundo occidental, una de sus nociones elementales, en cierto modo, más popularizadas en el ámbito jurídico de la Europa continental haya sido la diferente función ejercida, respectivamente, por los jueces y Tribunales entre los países del *Common Law*, simbolizada en los apotegmas *Judge made Law*, o *Stare decisis*, y la misión, aparentemente más modesta, que aquéllos cumplen en el territorio del *Civil Law*, limitándose a aplicar las normas que promulga otro poder del Estado (3). Mirando a la historia reciente

(1) El término *precedente* está lejos de haberse generalizado en nuestro lenguaje jurídico, aunque está comenzando a difundirse en España. Puede verse a este respecto: XIOL RIUS: “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del TC”, PJ, 1982, pp. 25 y ss.; ROCA TRIÁS, Encarna: “Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad”, RJC, 1986, pp. 841 y ss.; MORAL SORIANO, Leonor: “A progressive Foundation of Precedent”, ASRPh., 2000, pp. 327 y ss.; “Los precedentes del TS: El acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes”, PJ, 2000, pp. 119 y ss.; *El precedente judicial* (Madrid-Barcelona, 2002); MARINA MARTÍNEZ-PARDO: “Labor del Juez: Precedente, *ratio decidendi*, *obiter dictum*” (Discurso de ingreso en la RAJL, leído el día 26 de abril de 2004). En este trabajo lo utilizaré como sinónimo de jurisprudencia en sentido moderno y estricto, como es frecuente hacerlo fuera de España.

(2) El punto de partida de mis reflexiones va a ser el volumen *Precedent and the law* (edited by Ewoud Hondius) (*Reports to the XVIIth. Congress International Academy of Comparative Law*. Utrecht, 16-22 July 2006) (Bruylant. Bruxelles 2007), 517 pp. La obra se compone de un breve prefacio del editor, seguido de su “General Report” (pp. 13-73), que, sin duda, representa una muy importante y reciente aportación comparativa al tema, seguida de veinticuatro ponencias nacionales que constituyen, por de pronto, una preciosa fuente de información sobre el planteamiento del tema en los correspondientes países (de España se ocupa el autor de este trabajo), agrupados sistemáticamente así: *The common law tradition*, *The civil law tradition: France, Germany* (incluyendo Grecia, Dinamarca y Finlandia), *The civil law tradition outside Europa* (con referencia a Brasil, Colombia, Japón, Corea del Sur), *The socialist and former socialist jurisdictions* (Macao, Chequia, Hungría, Polonia, Serbia), *Mixed jurisdictions* (Israel), y, finalmente, una breve referencia a las *International organisations*.

La obra surge como fruto del Congreso Internacional de Derecho Comparado de Utrecht del año 2006, y se ha editado sin esperar a la reglamentaria publicación de todas las ponencias generales, que suele retrasarse bastante respecto de la fecha de aquél. Versa sobre uno de los temas tratados en el mismo, que, visto el temario general globalmente y a distancia, representa una de las materias diferenciales básicas entre los sistemas del *Civil Law* respecto a los del *Common Law*. Ciertamente, este volumen no incluye información, ni de todos, ni de la mayoría de los países del mundo, pero sí abarca países muy representativos de uno y otro de los sistemas comparados, sin olvidar situaciones singulares tales como la antigua colonia portuguesa de Macao, incorporada política, pero no jurídicamente (al menos de momento) a China, o la de los antiguos países socialistas del Este de Europa, o la más conocida especial situación de los países escandinavos dentro del sistema del *Civil Law*.

(3) Véase sobre el tema suscitado en el texto una excelente traducción española del original italiano en su 3.^a edición del *Atlas de Derecho privado comparado* (coord. F. GALGANO)

en España cabría concluir que el tema parecía estar definitivamente cerrado y que no valía la pena de replantearlo nuevamente.

No podemos, sin embargo, olvidar que la *jurisprudencia como fuente del Derecho* ha sido –y, en cierto modo, sigue siéndolo entre nosotros– un *tema-guardiana*, debatido doctrinalmente antes y después de la entrada en vigor de las decimonónicas leyes procesales, del propio Código Civil y, singularmente, después de la reforma del Título Preliminar en 1973, y nuevamente retomado el debate al promulgarse la nueva LEC 2000 con su novedosa reforma del recurso de casación. Advuértase que últimamente el debate ha dejado de ser, exclusiva o mayoritariamente, civilista – pese a estar radicado en el Derecho civil, el estudio de las fuentes del ordenamiento –, pues se ha hecho notar que afecta también a los procesalistas (por la trascendencia práctica del recurso de casación, susceptible ahora de interponerse en ciertos casos también ante los Tribunales Superiores de Justicia), a los constitucionalistas (por afectar a la estructura del Estado mismo, y contribuir a perfilar con toda nitidez la función del Poder Judicial y sus relaciones con los otros Poderes). Sin olvidar la reciente presencia activa en el debate de algunos filósofos del Derecho y cultivadores de la Teoría General del Derecho.

Añádase un nuevo dato, aparentemente circunstancial, a saber, la laboriosa y costosa formación, desde hace medio siglo, de ese nuevo ente político internacional que ahora denominamos Unión Europea, la cual agrupa en su seno a algunos países pertenecientes al sistema del *Common Law* (Gran Bretaña e Irlanda), aunque la gran mayoría de países, tanto de los fundadores como de los ulteriormente adheridos, siguen adscritos al sistema del *Civil Law*. Los interrogantes surgen numerosos: ¿cómo garantizar la interna homogeneidad de la UE cuando se albergan países sujetos a sistemas tan dispares? (así, la experiencia muestra que el difícil equilibrio interno que, en otras latitudes, mantienen por ejemplo, Québec, Luisiana o Puerto Rico, respectivamente en Canadá y en EEUU, no auguran, a medio plazo, una pacífica convivencia de diversos sistemas en el interior de un mismo ente político); ¿cabe asegurar que, en el futuro, ninguno de los países miembros *quiera cambiar del sistema* al que ahora pertenece?; y, de ocurrir tal hecho, ¿afectaría en algo su pertenencia a la UE? Aunque, acaso, lo más importante sería predecir hacia qué sistema de fuentes se inclinará definitivamente la propia UE en relación con el Derecho comunitario, delineado, hasta ahora, con buena dosis de atipicidad. Añádase que en el TEDH de Estrasburgo, cuyo funcionamiento no aparece regulado por una norma propiamente comunitaria –aunque su jurisdic-

(trad. de FERNÁNDEZ CAMPOS y VERDERA SERVER) (Madrid, 2000), la tabla 1, pp. 25 y ss., dedicada al tema del *Civil Law* y *Common Law*, con amplios tratamientos del precedente judicial en el sistema inglés (Francesca MORETTI), *Stare decisis* en los Estados Unidos (Mattei), y en el resto del ámbito de *Common Law* (Luisa ANTONIOLLI), y el más breve tratamiento del precedente judicial en el *Civil Law* (GALGANO).

ción se extienda a la mayoría de los países de la UE—, difícilmente puede vislumbrarse, en su funcionamiento, un claro ejemplo de división de poderes dentro de una organización supraestatal; o es que, más bien, ¿no habría de considerarse, la actuación de dicho Tribunal, a modo de *avanzadilla del Common Law* en el continente europeo?

Por todo ello estimo que sigue siendo importante precisar y profundizar el concepto de *jurisprudencia* y el de su versión contemporánea del *precedente*, para analizar sus relaciones con la Ley, muy variadas, y no pocas veces conflictivas, a lo largo de la historia.

Los partidarios, genéricamente hablando, de incorporar de algún modo los países continentales al sistema del *Common Law* están incrementándose desde finales del siglo pasado, de modo que su presión se hace sentir, cada vez más, en los ambientes jurídicos y, especialmente, privatistas. Para lograr aquel objetivo, se minimizan las diferencias entre ambos sistemas y se concluye que éstas son accesorias y circunstanciales, y tienden a desaparecer con el tiempo. Un prestigioso civilista italiano acaba de escribir que, en su país, la jurisprudencia ha logrado ya su puesto entre las fuentes de producción del Derecho, de modo que, en ciertos sectores, aquélla *reinscribirá o integrará el Codice Civile*, y para describir este fenómeno se acude al relativamente novedoso término de *Derecho vivo* (*diritto vivente*) (4).

2. De la *jurisprudentia* romana al concepto moderno de jurisprudencia

Pese a la actual polisemia del término *jurisprudencia*, no cabe olvidar sus raíces latinas en el Derecho romano. Un especialista de la historia del Derecho romano nos dice (5) que, en la terminología de los juristas romanos, la

(4) ALPA: "Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente». Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?", en MARIANI MARIANI e CERRI: *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza* (Pisa, 2007), p. 36. Una bibliografía seleccionada sobre el *diritto vivente* puede verse en CERRI: *Diritto vivente/Diritto giurisprudenziale: Un tentativo di saggio bibliografico*, loc cit., pp. 133 y ss.

(5) PROCCHI: *Brevi considerazioni semantiche: Il "diritto vivente" ed il "diritto giurisprudenziale". Dalla "iurisprudentia" romana a la moderna "giurisprudenza"*, en id. id. p. 121.

Entre la bibliografía sobre este tema clásico que menciona el autor cabe seleccionar: KOSCHAKER: *L'Europa e il diritto romano* (trad. ital.) (Firenze, 1962); GROSSO: *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 2.^a edición (Torino, 1967); SCHULZ: *Storia della giurisprudenza romana* (trad. ital.) (Firenze, 1968); VACCA: *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano, 1974); CANNATA: *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. I. La giurisprudenza romana e il passaggio dell'antichità al medioevo*, 2.^a edición (Torino, 1976); SCHIAVONE: *Nascita della giurisprudenza, cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana* (Bari, 1977); D'IPPOLITO: *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica* (Napoli, 1978); BRETONNE: *Technique e ideologie dei giuristi romani*, 2.^a edición (Napoli, 1982); D'IPPOLITO: *Iuristi e sapienti in Roma arcaica* (Roma-Bari, 1986); SCHIAVONE: *Giuristi e nobile nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scienti-*

iurisprudentia es sólo la ciencia del Derecho y el término no es reconducible a la actividad jurisdiccional; pero sería erróneo entender que tal actividad científica tuviese aspectos dogmáticos dado que la actividad de los *iuris prudentes* ha estado siempre marcada por una finalidad eminentemente práctica. Hay que partir de la célebre definición: *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti vel iniusti scientia* (Ulpiano 1, reg. D.1.1.10.2), en la que la referencia al componente sacro (*divinarum rerum notitia*) nos sitúa directamente en la época arcaica en la que, igual que ocurre en otros pueblos, el derecho se presenta mezclado con la religión y la moral, apareciendo durante mucho tiempo monopolizado por el Colegio de los pontífices (en italiano recuerdan la etimología del último término: *i facitori di vie*, o de quienes *aprono il cammino*; en español preferimos la versión literal de *constructores de puentes*). En efecto, en Roma, los pontífices, guiados por el *pontifex maximus*, eran los *sapienti* o intérpretes de su patrimonio cognoscitivo más importante; y, en primer lugar, de las *mores*, es decir, de las antiguas tradiciones de comportamiento creadas en el interior de las estructuras gentilicias con anterioridad al nacimiento de la *Civitas*; dicho saber se transmitía por vía exclusivamente oral y nemotécnica en el interior del Colegio. Los padres interrogaban a los pontífices acerca de lo que era el *ius*, es decir, el comportamiento conforme a la tradición gentilicia, y obtenían un *responsum* de carácter oral, válido sólo para el caso planteado y que se confiaba a la memoria del Colegio de generación en generación. Con el transcurso del tiempo, cada interrogación de los *patres* se confrontaba también con las precedentes respuestas, y así nació una nueva sabiduría, a saber, la ciencia del Derecho articulada sobre bases casuísticas (6). Siguiendo la historiografía tardo-republicana, entre los años 451 y 450 a. C., una comisión de *decemviri*, provistos de poderes consulares, redactó las famosas XII Tablas recogiendo el viejo *ius pontificale* traducido en forma de leyes generales inmediatamente preceptivas para toda la comunidad. Con todo, el respeto hacia la letra del texto de las leyes de las XII Tablas se conservó muy fuerte en sentido formal, aunque de hecho seguía siendo el primitivo *responsum*, y no la *lex* la fuente primaria del *ius*. Por esta vía —dice el autor, siguiendo a SCHIAVONE (7)—, a lo largo del siglo IV a. C., el Derecho romano asume con estabilidad los caracteres que los modernos denominan *derecho jurisprudencial*, o sea, “un derecho construido en torno al saber particular de una clase de expertos a los que la colectividad reservaba la misión de dictar las reglas de la convivencia social entre

fica nel pensiero giuridico antico (Bari, 1987); VACCA: *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di Lezioni* (Torino, 1989); CANNATA-GAMBARO: *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. II. Dal medioevo all'epoca contemporanea*, 4.^a edición (Torino, 1989).

(6) PROCCHI: *op. et loc. cit.*, p. 122.

(7) PROCCHI: *op. et loc. cit.*

los ciudadanos, y no en torno a la forma de leyes generales". Durante todo el siglo III a. C. el saber de los *pontifices* fue un saber restringido y aristocrático, casi exclusivamente oral. En la segunda mitad del siglo II a. C. se asiste al nacimiento de una verdadera y propia doctrina civilística: la *scientia iuris civilis*, fundamentada en tres bases: el paso de la oralidad a la escritura, el descubrimiento de conceptos jurídicos abstractos y la consiguiente adopción de técnicas clasificatorias de los mismos, y la ruptura de un nexo directo entre conocimiento jurídico y el primado político de la *nobilitas*. De este modo el saber jurídico alcanzó la dignidad de *ciencia autónoma* que desarrolla una tarea de primer plano en la producción del Derecho. En la época de los Severos, los juristas desarrollan una irrenunciable función-guía en el desarrollo y en la creación del Derecho. Pero a partir de Diocleciano los juristas comienzan a perderla progresivamente, ya que el absolutismo imperial reconoce en el emperador la única fuente viva del Derecho. PROCCHI llega a la siguiente conclusión (8): La noción romana de jurisprudencia comprendía, no sólo la ciencia, sino también la práctica, ya que los *prudentes* contribuían fácticamente con su labor a la formación del Derecho. Así la *jurisprudencia* se presenta, por tanto, como anticipada reflexión *científica* preordenada para la solución o la *decisión* de cuestiones prácticas, incluso fuera de los tribunales.

3. Desde el concepto de jurisprudencia en el *jus commune* hasta la Codificación

Ya se comprende que en el Congreso de Utrecht sobre *le précédent et la loi* (o si se prefiere: la Jurisprudencia y la Ley) no se procediera a un tratamiento histórico exhaustivo del tema. Entre las ponencias procedentes de los países del *Civil Law*, la francesa, debida a MALAURIE (9), destaca con acierto

(8) PROCCHI: *op. et loc. cit.*, p. 123.

(9) MALAURIE: "Les précédents et le droit: Rapport français", en el volumen citado. *Precedent and the law*, p. 142, escribe: "La ruptura tuvo lugar con la Revolución Francesa que ha cambiado profundamente las reglas del juego. Oponiéndose radicalmente al Antiguo Régimen, Montesquieu quiso, en nombre de la separación de poderes que el Derecho tuviera a la Ley como fuente exclusiva y que los magistrados carecieran de todo poder creador. Basta con tres citas, de las cuales la última ha resultado ser la más célebre: 1.^a) *Plus le Gouvernement approche de la République, plus la manière de juger doit être fixe*; 2.^a) *Dans le Gouvernement républicain, les juges suivent la lettre de la loi*; 3.^a) *Les juges de la nation (...) ne sont que la bouche que prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*. Precisamente esto es lo que ocurrió de modo inmediato después de la Revolución y los jueces no tuvieron más papel que la de ser *les bouches de la loi*. Pese a la reverencia que Portalis dispensaba a Montesquieu, aquél, por el contrario, afirmó el poder creador del juez aunque subordinándolo a la ley: *Forcer les magistrats de recourir au législateur, ce serait le plus funeste des principes (...) On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois*; precisa también que la jurisprudencia se ejercía *sous la surveillance du législateur* que podía la corri-

cómo la Revolución Francesa representó una abrupta *ruptura* con el *Ancien Regime* y redujo la función del juez, con una frase famosa, a ser *la bouche qui prononce les mots de la loi*.

En mi ponencia sobre el Derecho español (10) me pareció conveniente precisar algo más la función judicial bajo el *jus commune* con cita de la obra clásica de DE CASTRO, según el cual, en el Derecho romano, las sentencias de los Tribunales no eran fuentes directas del Derecho, si bien han influido la evolución jurídica del mismo, de modo que los abogados acostumbran a mencionarlás en sus demandas; acaso por ello CICERÓN menciona a las *rebus iudicatis* entre las fuentes del Derecho. Con todo, es importante recordar que Justiniano, quizá para evitar el mal uso de los precedentes judiciales, estableció que los jueces están sujetos exclusivamente a la Ley, sin que tengan que preocuparse de lo que resuelvan otros magistrados. En la Edad Media, las sentencias judiciales se coleccionan en las *Fazañas y Albedríos*, los cuales representan hoy una importante fuente de conocimiento para los historiadores; a veces, los autores de tales colecciones se han limitado a recoger lo ya existente, por ejemplo, los antiguos usos y costumbres, pero otras veces llegan a crear la regla jurídica. Una vez que la Realeza se afirmó y reunió en sus manos el poder legislativo y el judicial, la consecuencia es que las sentencias de los Tribunales no constituyen propiamente un cuerpo de doctrina; ante los Tribunales la *communis opinio* de los doctores puede alcanzar más peso que la doctrina jurisprudencial (*non exemplis sed legibus est iudicandum*: C.7,14,13).

DE CASTRO (11) resume así la doctrina clásica española sobre el valor de la jurisprudencia en la época del *jus commune*:

— El *usus fori*, el uso judicial, la práctica o el estilo de los Tribunales, no podrá nunca ser contrario a la Ley porque no cabe crearlo (como costumbre) por un magistrado designado por el soberano.

— Propiamente hablando, el *usus fori* se distingue de la costumbre, la cual no puede ser creada por una clase del Estado (los magistrados), y, por otra parte, se parte de la *costumbre del lugar* (requisito propio de las *Partidas*) y de la dependencia jurídica (administrativa) del juez; se admite que las sen-

ger. Sin duda, desde 1790 al Año VIII, inspirándose en las ideas de Montesquieu, el absolutismo y la exclusividad de la ley fueron impuestos al juez a través del *référé législatif*, obligándole a recurrir al poder legislativo cada vez que se planteaba una dificultad interpretativa de una Ley. El Tribunal de Casación (que ha precedido a la *Cour de Cassation*), en su actuación práctica, ha evitado muy frecuentemente aplicar esta disposición, que fue rápidamente abandonada, primero por el *Code Civil*, cuyo artículo 4.º ha reconocido al juez la facultad de interpretar la Ley. El *référé législatif*, sin embargo, sufrió diversos avatares, hasta que su último vestigio fue suprimido por la Ley de 1.º abril 1837".

(10) GARCÍA CANTERO: "Le précédent et la loi. Rapport de droit espagnol", en el volumen citado *The precedent and the law*, p. 193.

(11) DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 2.ª edición (Madrid, 1949), pp. 501 y ss.

tencias puedan demostrar la existencia de una costumbre, pero ésta es el resultado del uso y de la tradición de un pueblo y no del uso de un Tribunal.

— En general, se reconoce la autoridad práctica y doctrinal de las sentencias de los Tribunales; se les califica de opinión probable, pero no obligatoria, y se aconseja seguirlas en caso de desacuerdo entre los autores o cuando no existe opinión común sobre el caso. Los Tribunales no quedan vinculados por la doctrina de sus propias sentencias, pero se aconseja a los jueces no cambiar de parecer sin motivo razonable (evitando veleidades y cambios caprichosos); en cualquier caso, se sostiene con firmeza que los Tribunales, tanto superiores como inferiores, no resuelven según los precedentes, sino según la Ley, la justicia y la razón natural. Carlos III promulgó la Real Cédula de 13 de junio de 1778 ordenando a los Tribunales no motivar sus sentencias.

4. Ulterior desarrollo contemporáneo del valor creador de la jurisprudencia en los países del *Civil Law*

A) Respecto de Francia, dice MALAURIE (12), que, una vez readquirido y consolidado el poder de la jurisprudencia, se ha desarrollado de modo regular extendiéndose sin cesar, pudiéndose distinguir tres etapas: 1.^a) Durante los tres primeros cuartos del siglo XIX, la jurisprudencia, sobre todo, ha asimilado y apropiado las novedades del *Code Civil*; más que de una aplicación de la Ley, su misión consistió en deducir de ella, más allá del análisis literal, las líneas directrices y su coherencia, investigando su espíritu (así en materia de sucesiones en general, y de legítimas cuya significación y naturaleza construyó la jurisprudencia). 2.^a) A partir del tercer cuarto del siglo XIX aparece en realidad el poder creador de la jurisprudencia, más que a la ordenación racional e intelectual del Derecho civil nuevo: atiende aquélla, no tanto a la complejidad de la Ley, como a sus insuficiencias (así ocurrió con el enriquecimiento sin causa y, sobre todo, con el inmenso cuerpo pretoriano de la responsabilidad civil del hecho de las cosas inanimadas). Durante mucho tiempo el poder creador del juez ha sido objeto de admiración unánime que ha resaltado el realismo, la inteligencia y la adaptación a las nuevas realidades sociales y económicas; si bien, a partir de 1960, la doctrina y la práctica manifiestan un gran desencanto, a causa de la complejidad, incertidumbre e inestabilidad de este nuevo *derecho pretoriano*. Formalmente la jurisprudencia se afirma, sin embargo, dependiente de la Ley; así, por ejemplo, la *Cour de Cassation* proporciona siempre a la jurisprudencia un fundamento legislativo, por muy ficticio que sea en la realidad. Los prácticos ven en ella una fuente del Derecho cuando la jurisprudencia es *constante*. 3.^a) Desde finales del siglo XX

(12) MALAURIE: *op. et loc. cit.*, pp. 143 y ss.

se afirma mucho más fuertemente el poder creador de la jurisprudencia. Con frecuencia, en sus *visas* (es decir, la referencia a la Ley que ella contempla cuando casa una sentencia), el Tribunal de Casación se apoya ahora en sus propias reglas, que ella misma ha enunciado, calificándolos de *principios*, o *superreglas*, más numerosas cada vez (a fines del año 2004 había noventa y seis variedades de ellas). En consecuencia, la jurisprudencia deviene claramente en fuente autónoma del Derecho; *elle fait la règle qu'elle applique: elle est vraiment devenue créatrice de droit*. En varias sentencias, muy recientes y solemnemente pronunciadas, la *Cour de Cassation* llega hasta romper deliberadamente con el Derecho establecido (en materia de seguros de vida y de donación con causa inmoral). La doctrina francesa por lo general ha juzgado con severidad estas nuevas orientaciones jurisprudenciales, que conducen deliberadamente a una política normativa que no figura entre sus competencias y que conduce a una ruptura con el Derecho establecido, atentando a la confianza que debe a la jurisprudencia, en razón del riesgo de la arbitrariedad judicial. Concluye MALAURIE (13): *On s'éloigne de plus en plus de la séparation de pouvoirs, base de la démocratie et les précédents prennent de plus en plus d'autorité*.

B) El caso italiano, el *Massimario* y el riesgo de desvirtuar el precedente.

No cabe duda que Italia, en esta cuestión, pertenece y se integra en el sistema del *Civil Law*; y ello pese a que este país tardó más de medio siglo en organizar adecuadamente una *Corte di Cassazione* (TS) con eficacia unificadora de la interpretación de la Ley (14). Sin embargo, la reciente doctrina del país denuncia una orientación que corre el riesgo de desembocar en una inquietante desviación, en relación con la debida función que cabe atri-

(13) MALAURIE: *op. et loc. cit.*, p. 146.

(14) Pese a la unificación legislativa que supuso la promulgación del *Codice Civile* de 1865, una vez lograda la unificación política con la ocupación del Estado Pontificio, no se consiguió de inmediato la unificación jurisdiccional, pues siguieron funcionando las cinco sedes de Tribunales de casación correspondientes a los Estados preunitarios. Hubo que esperar a principios del siglo XX para que se unificara el Tribunal Supremo y éste pudiera cumplir su misión clásica y tradicional de unificar la interpretación de la Ley por los Tribunales. Todavía el Decreto Legislativo de 2006 ha introducido algunas reformas legislativas en el recurso de casación encaminadas a dicho fin (que la doctrina denomina *funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*; así ALPA: *Il diritto giurisprudenziale e il diritto vivente*, etc., cit., pp. 37 y ss.); en efecto, el artículo 363 del *Codice di procedura civile* permite ahora al Fiscal General plantear ante la Casación una cuestión que implique la afirmación de un principio de derecho, aunque el recurso sea inadmisibile (similar a nuestro recurso en interés de la Ley), y, sobre todo, el nuevo artículo 374 del mismo Código prevé que las orientaciones contradictorias de cada una de las Salas (o Secciones) del TS sean resueltas por las Secciones Unidas (o TS en pleno), y que cuando una de las Salas quiera separarse del criterio mantenido por el Pleno, el recurso de casación se remita directamente a éste.

buir al precedente (15). Históricamente, TARUFFO (16) recuerda que la práctica durante la vigencia del *jus commune*, en Italia, nunca dejó de citar y argumentar sobre la base de los precedentes, incluso cuando por influencia francesa en el siglo XIX dominaba la Escuela de la Exégesis. Actualmente –acaso como lejana influencia de los *arrêtistes* galos del siglo XIX– se ha desarrollado ampliamente el hábito de mencionar los precedentes como una de las características más definitorias del trabajo ordinario de los jueces y abogados, habiendo surgido gran número de revistas, muchas de las cuales incluyen notas y comentarios de los extractos de las sentencias con tal finalidad (17). La tarea de redactar los extractos de la jurisprudencia se ha *oficializado* en relación con la jurisprudencia del TS, ya que el artículo 68 del Ordenamiento Judicial prevé la existencia de la *Officina del Maximario*, así como un centro de datos que registra, conforme a las máximas, todas las sentencias emanadas de este órgano judicial, de modo que los profesionales del Derecho pueden conocer inmediatamente, para cada cuestión interpretativa que surja, si existen y cuáles son los precedentes de la jurisprudencia del TS, a los

(15) La bibliografía resulta ya considerable. Entre las obras de carácter más general cabe mencionar: GALGANO: *Atlas de Derecho privado comparado*, cit., pp. 80 y ss.; *La globalizzazione nello specchio del diritto* (Bologna, 2005); ALPA: *L'Arte di giudicare* (Bari, 1996); ANZON: *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi* (Milano, 1995); BIN: “Precedente giudiziario, ratio decidendi, e obiter dictum: due sentenze in tema di diffamazione”, RTDPC, 1988, pp. 1001 y ss.; BOVE: *La Corte di Cassazione come giudice di terza istanza*, *id.*, 2004, pp. 947 y ss.; CADOPPI: *Il valore del precedente nel diritto penale* (Torino, 1999); CAMPEIS-DE PAULI: *Il giudizio di cassazione* (Milano, 2006); CAPPELLETTI: *Giudici legislatori?* (Milano, 1984); DI FONZO: *Dogmi e dilemmi nel diritto giurisprudenziale* (Bari, 2005); GAMBARO: “Codici e diritto giurisprudenziale”, en el volumen *Scritti in memoria di G. Cataneo* (Milano, 2002), pp. 1171 y ss.; GORLA: s.v. “Precedente giuiziale”, en *Enc. Giur. Treccani* (Roma, 1990), volumen XXIII, pp. 297 y ss.; GUASTINI: *Le fonti del diritto e le interpretazione* (Milano, 1993); *L'interpretazione dei documenti normativi* (Milano, 2004); IANNIRUBERTO-MORCAVALLO: *Il nuovo giudizio di cassazione* (Milano, 2007); LOMBARDI VALLAURI: s.v. “Giurisprudenza (teoria generale)”, *Enc. Giur. Treccani* (Roma, 1989), volumen XV, pp. 1 y ss.; MENGONI: “Diritto vivente”, en *Digesto civ.* (Torino, 1990), volumen VI, pp. 445 y ss.; MONATERI: “Fonte del diritto”, en *Digesto civil* (Torino, 1992), volumen VIII, pp. 379 y ss.; “Giurisprudenza” en *id.* (Torino, 1993), volumen IX, pp. 150 y ss.; MONETA: *I mutamenti nella giurisprudenza della casazione civile* (Padova, 1993); PANZAROLA: *La Cassazione civile giudice del merito* (Torino, 2005); SACCO: *Il concetto di interpretazione del diritto* (Torino, 2003).

(16) TARUFFO: “Precedents in Italy”, en el volumen *Precedent and the Law*, cit., pp. 177 y ss.

(17) Algún autor habla del “gran desarrollo de una verdadera industria del precedente judicial, dirigida a un conocimiento de la jurisprudencia más completo, más capilar, más actualizado. Los productos que esta industria lanza al mercado son las revistas y los repertorios de jurisprudencia, los códigos anotados con la jurisprudencia, las colecciones sistemáticas de jurisprudencia, y, finalmente, los *compact disk* de jurisprudencia. La necesidad que esta producción satisface es la previsibilidad de las futuras decisiones judiciales; la importancia del material que se suministra a los usuarios tiene un valor estadístico, basado en un cálculo de probabilidades: si los jueces ya han decidido en cierto sentido y con una reiteración determinada, es probable que decidan las controversias futuras del mismo modo” (Así, GALGANO: *Atlas de Derecho privado comparado*, cit., p. 78).

que se suman los de los Tribunales de instancia extractados por las revistas privadas de jurisprudencia (18). Parece que estos precedentes han de tener algún valor mayor que el simple estadístico por una doble razón: a) el juez de instancia cumple con el deber de motivación de la sentencia impuesto por el artículo 132, número 4 del Cód. de Proc., con la mera referencia a la jurisprudencia de la casación (así, STS 13 mayo 1983); y b) el juez de instancia, en cuanto tiene libertad para no adecuarse a la opinión expresada por otros jueces, y también para no seguir la interpretación propuesta por el TS, está obligado a aducir las razones congruentes que sean convincentes para negar la atendibilidad de la orientación interpretativa rechazada (STS 3 diciembre 1983), y asimismo debe motivar la sentencia cuando se aparta de sus propios precedentes (STS 30 julio 1986). A modo de resumen se expresa así GALGANO (19): "Al precedente se le reconoce este valor: dispensa al juez que lo sigue del deber de motivar; impone al juez que quiera apartarse de él, el deber de motivar convincentemente el rechazo. La eficacia de un sistema semejante está, sin embargo, subordinada a la condición de que el órgano supremo mantenga firmes sus propias orientaciones, al menos durante un tiempo apreciable. Pero la experiencia reciente denota una progresiva volubilidad de la *Cassazione*: observaciones estadísticas han puesto en evidencia más de doscientas «contradicciones de jurisprudencia al año» (MONETA), o sea, más de doscientas sentencias anuales en las cuales el TS ha contradicho principios que había acogido precedentemente". Pero no son las aludidas las únicas críticas que hace la doctrina, no achacables exclusivamente a la circunstancia indubitada de que cada año se dictan en Italia alrededor de veinte mil sentencias del TS en materia civil y, por otra parte, que el número de magistrados que componen la *Corte di Cassazione* excede de 450 (20).

Para TARELLO, en su ponencia al Congreso de Utrecht (21), pasando por alto las últimas reformas del recurso de casación, la eficacia de los precedentes en Derecho italiano se define habitualmente con carácter solamente *persuasivo* y *no vinculante*, con lo que quiere significarse que ejercen solamente alguna influencia sobre los casos idénticos o similares, siendo tarea dificultosa definir en qué consiste tal *persuasividad*; dado que no puede ésta precisarse de antemano y para todos los casos, hay que decir que se trata de una cuestión de grado, dependiendo de varios factores, tales como la clase del Tribunal que ha dictado la sentencia, el número de precedentes que concurren en un caso determinado, quizá siendo discrepantes, y la cualidad intrínseca de la sentencia; en definitiva, no es materia objeto de definiciones teóricas y abstractas, sino muy relacionado con su éxito en la práctica; mirando retrospec-

(18) GALGANO: *op. et loc. cit.*, pp. 80 y s.

(19) GALGANO: *op. et loc. cit.*, p. 81.

(20) Datos que proporciona TARELLO: *op. et loc. cit.*, pp. 182 y ss.

(21) TARELLO: *op. et loc. cit.*, pp. 178 y ss., para lo que sigue en el texto.

tivamente se llega a la conclusión de que hay sentencias de las que puede asegurarse que nunca llegarán a ser precedente, mientras que otras llegarán a situarse entre la jurisprudencia, casos líderes o punteros durante años y, aun, décadas. Suelen diferenciarse los precedentes según su carácter vertical u horizontal; así, a mayor categoría del Tribunal que la ha dictado, mayor autoridad del fallo; con todo, advierte TARELLO que la fuerza persuasiva de la sentencia puede ser independiente del rango del Tribunal que la ha dictado (sensatamente advierte que *bad judgements are made by high courts, and good judgements are made by lower courts, and vice versa*). Pero ¿qué es un precedente? Hay una respuesta legal: se trata del extracto que el *Ufficio del Massimario* de la *Corte di Cassazione* hace de cada sentencia dictada por éste, referente al fundamento jurídico (*legal statement*) en forma de una o varias máximas. Suele creerse que se trata de la *ratio decidendi* del fallo, pero el autor discrepa de esta opinión: “Una *máxima* puede corresponder a algún fundamento jurídico que el tribunal ha utilizado en su fallo, aunque tal fundamento sea un mero *obiter dictum* en el contexto del razonamiento del tribunal. Puede ocurrir, por tanto, que un argumento jurídico se usa como precedente aunque no haya sido la base efectiva del fallo previo. Por otra parte, cuando uno lee una *máxima*, el lector ignora si la misma corresponde efectivamente a la *ratio decidendi* del caso, y asimismo la relación que puede existir entre aquélla y los hechos del caso. El usuario puede revisar todo esto obteniendo de la Oficina el texto completo de la sentencia, pero ello suele ser complejo en la práctica cuando se manejan docenas o centenares de precedentes”. En la práctica puede ocurrir que, respecto de un caso concreto, haya un número reducido de precedentes, supuesto en el cual puede hablarse de precedente en sentido propio; pero lo frecuente es encontrarse con masivos *cases-law*, consistentes en verdaderas series o cadenas de máximas relativas al mismo caso; en tal supuesto hay problemas prácticos para atribuir fuerza persuasiva a una sentencia concreta, cuyo valor, por otra parte, disminuye a medida que crece su número. Por otra parte, si los precedentes son muy numerosos, la posibilidad de que sean contradictorios entre sí es muy grande, pudiendo suceder que tales fallos sean simultáneos en el tiempo, o se sucedan unos detrás de otros. Hay una permanente incertidumbre en el usuario, ya que nunca está seguro de haber encontrado el verdadero precedente en un caso determinado. El verdadero precedente, en tal situación, según deduce TARELLO (22), *does not existit and cannot exist in a chaotic situation in which even the supreme court has not control upon its own case law*. De ello deriva el abuso y el mal uso del precedente, que, incluso, pueden darse conjuntamente; de una parte, todo juez, incluyendo a los que integran el TS, muestran una clara inclinación al uso masivo del precedente; de otra hay inclinación a citar el *último* precedente, cronológicamente hablando, al que se

(22) TARELLO: *op. et loc. cit.*, p. 184.

atribuye mayor valor persuasivo, cuando, en realidad, el precedente verdadero tiene mayor antigüedad en el tiempo. En Italia, el precedente usualmente es una *massima* que constituye una formulación sintética y abstracta de una disposición legal, la cual puede, o no, corresponder a la *ratio decidendi* de la sentencia extractada; cada año se producen cientos y miles de precedentes emanados del TS, a los que deben añadirse varios centenares del TC, y los derivados de los Tribunales inferiores que también pueden considerarse tales; se da un alto grado de incertidumbre a la hora de determinar el valor de su *persuasividad*; a menudo se usan incorrectamente; en conclusión, entre el típico sistema del precedente en el *Common Law* y el seguido en Italia se dan más diferencias que similitudes, de modo que una convergencia entre ambos no parece existir.

C) La relativa originalidad del Derecho español en este tema.

En mi ponencia al Congreso de Utrecht (23) he tratado de resaltar la relativa originalidad del Derecho español en la materia, dentro de los sistemas del *Civil Law*, sin perjuicio de una evolución histórica en cierto modo similar o paralela a lo ocurrido en Francia y, en menor medida, a lo que está ahora ocurriendo en Italia, con soluciones legislativas caracterizadas, además, por la falta de concordancia entre las leyes procesales y las civiles. Como se sabe, la introducción del recurso de casación en España tiene su antecedente en el recurso de nulidad que preveía el artículo 261 de la Constitución de 1812, y que fue regulado, tras varias tentativas (24), en la LEC de 1855 y luego por la LEC de 1881; dicho recurso ha estado siempre vinculado a la noción de la jurisprudencia y, correlativamente, a su valor como fuente del Derecho. Inicialmente, siguiendo el modelo francés, se negó formalmente a los jueces y Tribunales la facultad de interpretar la Ley, función que competía al poder legislativo según el artículo 131-1.º de la Constitución de 1812; cuando los Tribunales inferiores tenían dudas a propósito del sentido de una Ley, el TS debía consultar con el Rey al objeto de promover una declaración del Parlamento a este respecto (art. 261-10º, Constitución 1812). Con el tiempo se debilitó este rigor jurisdiccional y se comenzó a reconocer a los Tribunales facultades que exceden de una mera aplicación mecánica de la Ley; al entenderse así la interpretación de las leyes nació la *doctrina jurisprudencial*, cuya noción iba a desempeñar un papel importante en el desarrollo sucesivo del tema hasta nuestros días. De una parte, el recurso de casación responde a la necesidad de asegurar la sumisión de jueces y Tribunales al sistema en vigor de las fuentes del Derecho; es decir, se trata de conseguir además que

(23) GARCÍA CANTERO: "Le précédent et la loi", en *Precedent and the law*, cit., pp. 189 y ss.

(24) DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 2.ª edición (Madrid, 1949), pp. 502 y ss., expone las vicisitudes sufridas por estos recursos de nulidad y casación.

la doctrina jurisprudencial elaborada al interpretar la Ley sea uniforme en todo el territorio. Para lograr este objetivo, la Ley procesal contenía una lista cerrada de motivos de casación que permitía al TS admitir o rechazar un recurso; desde luego, la casación no constituye una tercera instancia que permita volver a discutir sobre los hechos, sino que aquél únicamente examinará el Derecho aplicable al caso; los motivos alegados serán examinados por el TS y el recurso será estimado si la sentencia ha violado la Ley o la doctrina establecida por el propio Tribunal al interpretar la Ley; la LEC de 1855 ordena estimar el recurso si la sentencia recurrida va contra la Ley o *contra doctrina admitida*, mientras que la LEC de 1881 lo admite *por infracción de ley o de doctrina legal*, terminología esta última que llegará a nuestros días. Cabe deducir, por tanto, que la Ley procesal admitía la insuficiencia de la Ley, y, en consecuencia, la necesidad de una *fuentes supletoria para llenar las lagunas de la misma*; en un principio el TS explicaba que la doctrina legal estaba constituida, sea por el antiguo *jus commune*, sea por la doctrina de los autores, pero finalmente triunfó la idea según la cual por doctrina legal hay que entender la elaborada por el TS, precisamente recaída a propósito del recurso de casación. Parece puede concluirse que, durante el período 1855-1899, la jurisprudencia del TS estaba considerada, respecto al recurso de casación, como una fuente secundaria o indirecta del Derecho, dada su calidad de motivo para introducir aquél. Después de la promulgación del CC en 1889 parece que el artículo 6, párrafo 2.º, del mismo se propone eliminar la mencionada fuente supletoria a través de una norma procesal, a menos que tal supuesto se configurase como violación de los principios generales del Derecho. Pero en realidad las cosas evolucionaron diversamente; por un lado, el TS incluyó, junto a la violación de la Ley en sentido estricto, la violación de otras fuentes, como la costumbre o los principios, y, de otro, ha admitido la violación o infracción de doctrina legal como motivo autónomo; posteriores reformas procesales en 1984 y 1992 han sustituido la expresión *doctrina legal* por la de *jurisprudencia*, mientras que habla de *infracción del ordenamiento jurídico* en lugar de *infracción de ley*. Después de promulgado el CC parecía claro que la doctrina legal no estaba incluida entre las fuentes del Derecho enumeradas en el artículo 6, párrafo 2 (redacción inicial), y ello a pesar de que la violación de esta última permitía interponer recurso de casación. Contradicción, al menos aparente, que se ha mantenido después de la reforma del título preliminar del CC en 1973; en efecto, del nuevo artículo 1.1 resulta que la jurisprudencia no figura entre las fuentes del ordenamiento jurídico, si bien por primera vez en un texto sustantivo se atribuye a la jurisprudencia la función de *complementar* el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Se han fijado los siguientes requisitos para invocar la jurisprudencia como motivo de casación: 1.º) que la sentencia emane de la Sala 1.ª (civil) del TS; 2.º) la doctrina mantenida en una sola senten-

cia no constituye doctrina legal o jurisprudencia, sino que hace falta que sea reiterada, lo que supone mantenimiento de la misma durante cierto tiempo (pero no está determinado ni el número de sentencias pronunciadas en el mismo sentido, ni la duración del período de tiempo durante el cual la doctrina se mantiene); en todo caso, a partir de la segunda sentencia coincidente cabe hablar ya de jurisprudencia (se requiere que la doctrina se haya consolidado, sin vacilaciones o dudas manifiestas); 3.º) por doctrina jurisprudencial hay que entender estrictamente la *ratio decidendi*, y no el *obiter dictum*; y 4.º) debe darse una igualdad, o, al menos, una similitud entre los hechos determinantes de los supuestos fácticos. Hay que tener en cuenta que el artículo 477.1 de la nueva LEC 2000 ha simplificado y reducido los motivos de casación, alterando los requisitos para interponerlo, aunque sin modificar el artículo 1 CC. En adelante sólo hay un único motivo de casación consistente en la *infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones debatidas*; en consecuencia, ha desaparecido expresamente como motivo autónomo la *infracción de la doctrina legal o jurisprudencial*; con todo, tal motivo, en cierto modo, reaparece a través del requisito del *interés casacional*, que define el nuevo artículo 477.3 LEC 2000, a saber, cuando la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial del TS. Se constata que la nueva Ley procesal ha originado cierta *devaluación* de la jurisprudencia del TS a estos efectos, aunque habrá que esperar todavía cierto tiempo para que se consolide la propia interpretación del concepto por parte de la Sala 1.ª TS. Todavía cabe añadir que el Tribunal Constitucional, por la vía del principio de igualdad (art. 14 CE), permite interponer recurso de amparo cuando un mismo Tribunal aplica el mismo precepto legal, de manera diferente o contraria, en casos sustancialmente iguales; así la STC de 11 de junio de 1996 establece que: “Es preciso que el mismo órgano judicial, en casos sustancialmente idénticos, no resuelva diversamente sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o, al menos, que éste pueda deducirse razonablemente de los términos empleados por la sentencia impugnada”; añade inmediatamente que “el principio constitucional de igualdad no asegura en todo caso un tratamiento idéntico uniforme por todos los órganos judiciales porque este principio debe coordinarse con la independencia del poder judicial”.

5. El precedente entre los países del *Common Law*

La publicación del volumen aquí recensionado puede contribuir, sin duda, a eliminar dudas, e, incluso, ideas erróneas que se han difundido a propósito del significado del *Judge made Law* y del *Stare decisis*, y, en definitiva, a ofrecer una noción más exacta y precisa del precedente en el sistema del *Common Law*. En el Congreso de Utrecht se expuso la doctrina vigente en Inglaterra, Australia, Canadá y USA, que se sintetiza a continuación.

A) El Derecho inglés: *A View from the Citadel* (25).

Inicia WHITTAKER su exposición (26) afirmando que, a poco que se profundice en la doctrina del precedente inglés, se llega a la conclusión de que el tratamiento judicial de los precedentes casos es menos vinculante, más arriesgado y mucho más sutil que podrían sugerir las reglas formales del *precedent*; a lo largo del tiempo, la osadía de los jueces ingleses podía depender de cada concreta área del Derecho y de las predilecciones personales de los jueces mismos; podría decirse en cierto sentido *wich the interpretation of the doctrine of precedent as well as its practical application is a expression of judicial individuality and personality* (27). El autor se propone cuatro objetivos con su ponencia: describir la posición de los jueces en el sistema legal inglés, explicar la doctrina inglesa del precedente, así como el uso que se hace del mismo y, por último, tratar de la actitud de los jueces ingleses ante la jurisprudencia *europaea* (28).

La posición legal de los jueces ingleses depende, en último término, de la relación que mantienen con el Parlamento, lo que, en parte, explica las relaciones entre el *Common Law* y la legislación emanada de aquél. En principio se reconoce la supremacía del Parlamento (y por tanto de las leyes por él promulgadas), pero también la del *Common Law* en todas aquellas materias no reguladas por otra disposición (el autor, aceptando el riesgo de inducir a error, dice que aquél representa efectivamente el *droit commun*). Además, la intervención legislativa o estatutaria del Parlamento (aparte las materias del *company law* o del *land law*, ajenas históricamente al Derecho del *Common Law*) se considera excepcional (29), a veces se promulga para derogar el propio *Common Law*, y, con mayor frecuencia, para completarlo o suplementarlo, utilizando conceptos ya acuñados por aquél; ello supone que los jueces no generalizan los supuestos regulados por la Ley (*one does not generalise from exceptions*). También se observa la diferente situación en que se encuentra el juez continental frente a un texto legal formulado breve y abstractamente, y el juez inglés, que toma en consideración sentencias dictadas hace algunos siglos, en un contexto y situaciones fácticas que aquél puede valorar ampliamente. Por ello, los juristas ingleses piensan que los jueces del *Civil Law* a veces no toman muy en serio a sus respectivos Códigos cuando han creado doctrinas al margen del texto legal vigente (p. ej., los franceses en materia de

(25) La frase inglesa pertenece al título de la ponencia de Derecho inglés, debida a WHITTAKER, en el volumen *Precedent and the Law*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

(26) WHITTAKER: *loc. cit.*, p. 28.

(27) WHITTAKER: *loc. cit.*, p. 29.

(28) Sobre este tema, no directamente relacionado con el tema aquí desarrollado, cfr. WHITTAKER: *loc. cit.*, pp. 70-72.

(29) Siguiendo a NICHOLAS, el autor dice gráficamente que las leyes del Parlamento representan *isolated irruptions* en el cuerpo del *Common Law* (WHITTAKER: *loc. cit.*, p. 32).

responsabilidad civil y los alemanes en relación con la buena fe). Por último, WHITTAKER menciona (30) una sutil línea que el juez inglés no debe nunca traspasar, aunque desde la Edad Media tiene facultad para crear Derecho, a fin de no invadir el terreno al poder legislativo, a quien se le ha conferido democráticamente; a veces, los jueces ingleses han de resolver cuestiones respecto de las cuales no están preparados o carecen de información adecuada; tales materias se estima que debe regularlas el Parlamento (31).

No es accidental que la formalización de la doctrina del precedente en el Derecho inglés ocurra en la misma época en que se lleva a cabo la reforma fundamental del sistema judicial, civil y penal, es decir, durante la segunda mitad del siglo XIX, y también coincide en el tiempo con la publicación sistematizada de las sentencias; así, en lugar de la variedad de jurisdicciones de la *Common Law* que habían sobrevivido, se crea la *High Court of Justice*, junto a la nueva *Court of Appeal* (con divisiones especializadas de lo criminal y de lo civil), así como el *Appellate Committee of the House of Lords*. El autor cree que el sistema se mantiene notablemente unificado (32), pese a la aparición de cierto número de jurisdicciones especiales, y la promulgación en 1998 de sucesivas leyes sobre los derechos humanos, el Parlamento escocés, la Asamblea nacional de Gales y el Gobierno de Irlanda del Norte, las cuales mantienen a la *House of Lords* y a su *Privy of Council* como supremo órgano judicial inglés.

La actual doctrina inglesa del precedente (33) distingue entre *ratio decidendi*, con fuerza vinculante sobre las decisiones de otro Tribunal futuro en función de la posición relativa que ocupa el que la ha dictado en la jerarquía judicial, y los *obiter dicta*, que sólo pueden ejercer alguna autoridad persuasiva. *Ratio decidendi*, o fundamento de una decisión judicial, es aquella o aquellas proposiciones jurídicas que son necesarias para resolver el caso según sus hechos básicos. Los hechos de un caso, más que un contexto, juegan en el futuro un papel determinante para establecer su carácter vinculante. Advierte WHITTAKER que existe cierta fragilidad y contingencia en el último concepto, ya que la relación con los hechos puede ser declarada, o por el Tribunal que dictó el fallo o por el que más tarde lo aplica. En relación con la posición que ocupa en la jerarquía judicial: 1) Todo Tribunal está vinculado por el fallo pronunciado por un Tribunal superior; 2) La *Court of Appeal* está vinculada por sus propios fallos; 3) Hasta 1966 la *House of Lords* se consideraba vinculada por sus anteriores fallos, pero después de esa fecha, me-

(30) WHITTAKER: *loc. cit.*, p. 35.

(31) De esta interesante cuestión no se ocupa la, por otra parte, extensa exposición que hace MORETTI, Francesca: "El precedente judicial en el sistema inglés", en el *Atlas...*, cit., pp. 29 y ss.

(32) El autor lo compara con la dispersión jurisdiccional que cree ver en Francia con las competencias repartidas entre la *Court de Cassation*, el *Conseil d'Etat* y el *Conseil Constitutionnel*.

(33) WHITTAKER: *loc. cit.*, pp. 40 y ss.

dante el *Practice statement*, ya no lo está, aunque, en la práctica, dice el autor que se resiste mucho a *overrule its own decisions* (34). El *obiter dictum* ofrece un sentido algo diferente al que habitualmente le atribuimos nosotros, pues también está constituido por los votos particulares de la sentencia, no es vinculante, pero puede alcanzar valor persuasivo en función de la categoría del Tribunal que dictó el fallo (35). Asimismo poseen valor persuasivo las sentencias de otros tribunales de países pertenecientes al *Common Law*, debido a que el *Privy Council*, con sede en Londres, es competente en última instancia, y se compone, casi siempre, de los mismos jueces que componen la *House of Lords*.

Dice HONDIUS en su ponencia general (36) que la extendida idea de que precedente y *Common Law* son conceptos intercambiables es equivocada; el sistema del precedente es mucho más reciente que el propio *Common Law*, actualmente es objeto de controversia y es materia sujeta a cierta erosión. Cita a BRACON en 1256 cuando afirmaba que *the law was not to be found in individual cases; rather the case decision in their totality were a reflection of the law*. En el siglo XVI el desarrollo de la imprenta y el establecimiento de tribunales jerarquizados contribuyeron a modificar la naturaleza de la argumentación jurídica en el *Common Law*; otros elementos que contribuyeron a implantar el *Stare decisis* fueron la difusión de la costumbre de fundamentar los fallos y el aumento de calidad de los *Law Reports*. Solamente en 1898 llegó a aceptarse –no sin fuerte polémica– la fuerza vinculante de los precedentes, regla que tiene excepciones mencionadas por HOLDSWORTH en 1934 (37).

Como final de su ponencia dice WHITTAKER (38): “En muchos *English cases* –especialmente de la *Court of Appeal* y de la *House of Lords*– los jueces no se limitan meramente a investigar para seguir la *ratio decidendi* de los casos o para ser persuadidos por los *obiter dicta* de los fallos precedentes. Más bien, tratan de comprometerse con la variedad de aproximaciones, técnicas, principios, y consideraciones encontradas en los casos precedentes y valorar los argumentos sustantivos que ellos manifiestan. De este modo, el precedente judicial inglés se revela como un proceso mucho más complicado que la descripción formal de la doctrina del precedente sugeriría fácilmente, como los jueces tratan de resolver la tensión entre las virtudes de la solidez y justicia que existen detrás del *stare decisis* y la necesidad de adaptar el Derecho a la realización de la justicia respecto de los hechos desarrollados antes”.

(34) WHITTAKER: *loc. cit.*, p. 43.

(35) *Sometimes a very considerable persuasive authority indeed*, dice WHITTAKER: *op. cit.*, p. 44.

(36) HONDIUS: *Precedent and the law*, cit., pp. 9 y ss.

(37) Véase la explicación de WHITTAKER: *loc. cit.*, pp. 57 y ss.

(38) WHITTAKER: *loc. cit.*, p. 73.

B) El Derecho australiano.

Aparece muy vinculado al Derecho inglés, pues durante dos siglos esta isla-continente ha sido colonia británica, manteniendo actualmente relaciones con el mismo dada la pertenencia de Australia a la Comunidad Británica de Naciones, a cuyo frente figura el monarca inglés, y la jurisdicción del *Privy Council* como último grado de jurisdicción en ciertos casos. Por otra parte, Australia está organizada como país federal (desde 1901), por lo cual mantiene también similitudes con la organización interna del Derecho norteamericano. El ponente en el Congreso ha sido el honorable *Justice Kirby*, miembro de la *High Court* de Australia (39). En su opinión, el cambio más significativo en los últimos treinta años respecto al precedente ha afectado a la fuerza vinculante de la jurisprudencia inglesa en los tribunales australianos. Hasta los años 1970-1980 el Comité Judicial del *Privy Council* de Londres era el último Tribunal de apelación para los australianos y la cima o vértice de nuestro sistema legal, de modo que sus sentencias vinculaban a los tribunales federales y estatales de Australia; pero debido a varios factores, entre ellos la creciente influencia del Derecho europeo en el desarrollo del Derecho inglés, está disminuyendo la función del precedente inglés en el desarrollo futuro del Derecho australiano; en adelante, el Derecho australiano queda ajustado a las decisiones de los tribunales australianos, siendo precedente el derivado de la *High Court* australiana, que está situada en el vértice del sistema y también tiene el carácter de Tribunal constitucional (40). No está, sin embargo, muy claro en qué circunstancias excepcionales sus sentencias pueden ser *overruled* por el propio Tribunal; desde luego, no es posible hacerlo en materia de derechos humanos y libertades fundamentales (41).

C) Canadá (42).

Históricamente, observa Catherine VALCKE (43), el sistema legal canadiense resulta de combinar dos herencias coloniales, siendo la francesa la primera

(39) KIRBY: *Precedent - Report of Australia, op. et loc. cit.*, pp. 75-83.

(40) Como explica ANTONIOLLI, Luisa: «Stare decisis» en el resto del ámbito de «common law». 1. Australia» en *Atlas*, cit., p. 63: «La *High Court of Australia*, prevista por la Constitución federal, es competente para juzgar las apelaciones provenientes de todas las *Supreme Courts* estatales, tanto por cuestiones federales como nacionales; se trata de un mecanismo institucional de gran relieve porque garantiza la uniformidad del *common law* y de la interpretación de los *statutes* en todo el territorio nacional». Concluye la autora que «el derecho australiano sufre todavía el profundo impacto del *common law* inglés, que ha podido establecer firmes raíces en los dos siglos en que Australia ha dependido de Gran Bretaña, raíces que permanecen firmes incluso después de haber alcanzado la independencia» (*loc. cit.*, pp. 63-64).

(41) KIRBY: *loc. cit.*, pp. 78 y ss.

(42) Se ocupa extensamente VALCKE, Catherine: ««Precedente» and «legal system» in comparative law. A canadian perspective», en *Precedent and the law*, cit., pp. 85-110.

(43) VALCKE, Catherine: *loc. cit.*, p. 95.

instalada en la *Nouvelle France*, sometida a los reyes franceses, quienes, a través de la ordenanza reguladora de la Compañía de las Indias occidentales de 1664, dispusieron que la *Coutume de Paris* rigiera en todos los territorios de la colonia. La conquista inglesa de 1759 alteró el sistema legal vigente, distinguiendo entre territorios previamente conquistados (colonia francesa) y los nunca ocupados (colonias inglesas), con la consecuencia de que el Derecho inglés entró inmediatamente en vigor en los últimos, mientras que en los primeros se aplicaba el Derecho local hasta la proclamación real de 1763, que aplicó a todo el territorio el Derecho inglés; el *Quebec Act* de 1774 vino a establecer el régimen actual, pues restableció el Derecho francés en lo relativo a la propiedad y derechos civiles, mientras que las materias penales, administrativas y constitucionales seguirían siendo gobernadas por el Derecho inglés; todavía el *Constitutional Act* de 1791 redujo la aplicación del *french law* al territorio conocido como *lower Canada*. En su relación con Inglaterra, sólo a partir de 1982, Canadá fue reconocida como miembro soberano de la comunidad internacional. La autora sostiene que el sistema legal canadiense puede considerarse externa e internamente. Externamente es un Estado federal que posee un sistema legal unificado y autónomo, con contornos bien definidos, y se divide en diez provincias y tres territorios con competencias claramente delimitadas, existiendo la *Supreme Court of Canada*, que representa el vértice común de todos los tribunales canadienses. Sólo en la provincia de Quebec coexisten el *Civil Law* y el *Common Law*. Internamente, Catherine VALCKE sostiene que el sistema legal ofrece mayor fluidez, pues a la hora de recibir tanto el Derecho inglés, como el francés, éstos han sido adaptados a las particularidades canadienses a través de numerosos *statutes* (44); por otra parte, las diferentes *Courts of Appeal* canadienses parece que no se pronuncian uniformemente a la hora de citar los precedentes en sentido horizontal (45).

D) Estados Unidos (46).

De todos los países que se han inspirado en el *Common Law*, sin duda los Estados Unidos representan el mayor interés comparatista, no sólo por las circunstancias de su nacimiento histórico, sino por la importancia creciente –también en lo jurídico– de la influencia de esta potencia en el mundo. Escribe el ponente norteamericano que desde el inicio del establecimiento inglés en el continente americano los monarcas fomentaron la emigración, garanti-

(44) En parecidos términos se manifiesta ANTONELLI, Lucia: “*Stare decisis*” en el resto del ámbito de “*common law*”. 2. *Canadá*, cit., p. 66, diciendo que “no es difícil prever que, visto el creciente número de casos judiciales de interpretación legislativa, acabará por acentuar la autonomía del *common law* canadiense respecto al *common law* inglés”.

(45) VALCKE, Catherine: *loc. cit.*, pp. 102 y ss.

(46) SELLERS: “The doctrine of precedent in the United States of America”, en *The precedent and the law*, cit., pp. 111-135.

zando a los colonos las mismas libertades, franquicias e inmunidades que hubieran disfrutado permaneciendo en Inglaterra, y aunque este compromiso fue desapareciendo durante la práctica del gobierno inglés en la colonia, siguió siendo muy importante para los americanos, quienes justificaron, en parte, su rebelión con la invocación de aquellos derechos. Al proclamar la independencia, las colonias se apoyaron en el sistema de libertades de las leyes inglesas, y al elaborar sus respectivas Constituciones reafirmaron la vigencia del *Common Law*. Hubo, sin embargo, ciertas interpretaciones divergentes entre colonos independizados y juristas ingleses, incluso antes de la declaración de independencia. Los norteamericanos se inspiraron preferentemente en las concepciones de BLACKSTONE (47) sobre el precedente, quien legó a los jueces encargados de aplicar el *Common Law* americano la presunción general de que el Derecho es la perfección de la razón a través de la experiencia, de modo que si no resulta razonable, no puede ser *law*; también arraigó la idea de que el Derecho puede evolucionar con el tiempo, aplicándose de modo diferente a circunstancias diferentes; tal idea de cambio persistió pese a que en el siglo XIX predominó en Inglaterra una concepción rígida y formalista del *Common Law* bajo la influencia de BENTHAM y sus discípulos.

Las diferencias entre el *Common Law* norteamericano y el inglés se deben a factores diversos. Así, cada uno de los diferentes Estados norteamericanos puede recibir el *Common Law* procedente de Inglaterra o de otros países pertenecientes al mismo sistema. Además, desde principios del siglo XX se han ido difundiendo los *Restatements of Law*, los cuales han venido a ejercer una influencia considerable en el *Common Law* norteamericano. Aquéllos son elaborados por el *American Law Institute*, fundado en 1923 para promover la clarificación y simplificación del Derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales; dicho Instituto se compone de jueces eminentes y juristas destacados, encargándose a prestigiosos profesores la elaboración de una ordenación más adecuada del *Common Law* americano, a fin de evitar que un gran número de sentencias dictadas por un gran número de Tribunales originaran un conjunto normativo irreconocible, carente de utilidad para la práctica, con abundancia de lagunas y con el riesgo de que aquél se transformara en un *rígido código legislativo*. El *Restatement* carece, en sí mismo, de valor legislativo, pero se le reconoce cierto grado de autoridad para promover la certeza y la claridad ante los Tribunales; recapitula y reformula el Derecho existente y se dirige a los Tribunales exhortándoles a dictar sentencia de manera consistente y razonablemente predecible; frente al precedente, se muestra respetuoso, pero no está vinculado al mismo cuando resulta inapropiado e inconsistente con el Derecho considerado globalmente; puede parecerse a una forma de codificación, pero conserva la flexibilidad del *Common Law*;

(47) En su obra *Commentaries on the laws of England* (Oxford, 1765-1769), aunque el autor criticó a los independentistas.

trata de anticiparse a la dirección en que evolucionará el Derecho, elaborando previamente sus principios; en ocasiones ha promovido reformas legales que permiten acomodar mejor el Derecho a las necesidades de la vida. Junto a los *Restatements* hay que situar el peso del *United State Supreme Court* (48). No es raro encontrar declaraciones judiciales en el sentido de que: “*Stare decisis*” is not an inexorable command; rather it is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision (*Payne v. Tennessee*) (49).

Otra diferencia importante entre el sistema norteamericano y el inglés es la existencia de una Constitución en el primero, que atribuye al *US Supreme Court* the pinnacle of the system of federal tribunals. Dicho Tribunal invoca con frecuencia sus propios precedentes y examina su validez permanente. El autor se ocupa con amplitud, entre otros, de los casos *Roe v. Wade* (1973), *Cases v. Planed Parenthod of Pennsylvania* (1992), *Payne v. Tennessee* (1991), *Dikerson v. United States* (2000), *Lawrence v. Texas* (2003), sentencias con amplia repercusión en la opinión pública USA, en las cuales ha llegado a plantearse y, algunas veces, se ha llevado a cabo el abandono de un precedente del mismo Tribunal (*overruling*) (50).

Las leyes o *Statutes* emanadas del poder legislativo pueden originar también precedentes, pero a diferencia de la Constitución o del *Common Law*, las leyes pueden modificarse o derogarse fácilmente por el Parlamento, lo que repercute obviamente en el propio precedente.

A modo de conclusión, dice SELLERS (51) que el uso del precedente por los tribunales en USA debe ser contemplado como tradición o práctica, más bien que como doctrina legal en sentido estricto del término, porque está tan profundamente embebida en la cultura de la profesión legal y judicial que se acepta sin mucha reflexión por los jueces. En su significado más simple e

(48) Dice SELLERS: *loc. cit.*, p. 123: “Esta costumbre de los tribunales estatales de citar las sentencias de la *US Supreme Court* para explicar la propia interpretación estatal de los precedentes ilustra el fuerte deseo de una armonización continental del derecho entre los estados, así como el gran prestigio del *US Supreme Court*, aun cuando carezca de jurisdicción en el caso”.

(49) Visto desde Europa, se coincide con esta opinión. Así MATTEI: “«*Stare decisis*» en los Estados Unidos”, en *Atlas...*, cit. p. 50, escribe: “En los Estados Unidos todos los factores contribuyen a hacer elástica la regla *stare decisis*: existen más de cincuenta pirámides distintas, teóricamente independientes; la Constitución induce a una decisión en clave de *public policy*; la cultura académica es hasta demasiado crítica; la cantidad de decisiones publicadas ha superado desde hace tiempo un nivel crítico, de modo que para todo se puede encontrar una cita favorable y su contraria”.

(50) Sobre el *anticipatory overruling* informa MATTEI: *loc. cit.*, p. 59: “La doctrina conocida hoy como *anticipatory overruling*, o *anticipatory «stare decisis»*, avanzada en los años cuarenta por los jueces intermedios americanos Jerome Frank y Learned Frank; ésta es su más reciente formulación: «Un Tribunal inferior podrá rechazar seguir un precedente del Tribunal Supremo cuando resulte razonablemente cierto, a partir de pronunciamientos judiciales de los componentes de ésta, que el Tribunal Supremo ya no seguirá dicho precedente»”.

(51) SELLERS: *loc. cit.*, pp. 133 y ss.

importante, la doctrina del *Stare decisis* exige que todos los tribunales inferiores sigan el precedente de los tribunales superiores y acepten que el Derecho se declara por éstos, y que no intenten *to overrule their decisions*. Pero no están claras las circunstancias en las cuales los tribunales pueden derogar o desviarse de sus propios precedentes. Se dice que las diferencias entre los tribunales ingleses y los norteamericanos radica en que los primeros están obligados a seguir sus propios precedentes, aunque sean erróneos o irracionales; a juicio del autor, la diferencia estriba en la concepción norteamericana del Derecho, íntimamente conectada con la razón, y no con la idea de mandato, sino con la de la verdad revelada por la experiencia. Cuando los tribunales americanos se apartan de sus precedentes lo hacen con citas numerosas de casos anteriores, de los precedentes de otros tribunales norteamericanos, del *Restatement*, si procede, de las opiniones de la doctrina, y de cualesquiera otros tribunales o autoridades en que pueda basarse. Por lo general, los jueces norteamericanos, al interpretar el *Common Law*, las leyes o la Constitución, respetan sus propios precedentes como un *principle of policy*, más que como mandato inexorable. Las actitudes ante el precedente han sido notablemente estables a través de la historia americana, con pequeños cambios retóricos, habitualmente entre los jueces discrepantes, dependiendo de la percepción de las necesidades diarias. En una época más *liberal*, los jueces tienden a exagerar la fuerza vinculante del precedente, mientras que en una época más conservadora los jueces tienden a desacreditar los precedentes de los tribunales anteriormente liberales, pero ninguna consideración ha llegado a tener demasiada influencia en el tradicional *consensus* sobre el hecho de que apartarse del precedente exige una *especial justificación* que fundamente el daño inferido a las expectativas que inevitablemente representa aquél.

Los jueces americanos encuentran más fácil abandonar precedentes antiguos cuando la experiencia demuestra ser *unworkable* o cuando una lista continua de sucesivos precedentes han socavado gradualmente su fundamento; pero lo encuentran arduo hacerlo cuando están en juego la propiedad, los contratos o la libertad. Los jueces del *Common Law* derogan precedentes *prospectively* (52), pero habitualmente no lo hacen porque un precedente *overruled* debe ser visto como que ha sido erróneo o irrazonable aun antes de que la *High Court* declare serlo.

(52) Como explica MATTEI: *loc. cit.*, p. 61: "Ante una situación donde los Tribunales se apartan a menudo del precedente, el problema de la parte que de buena fe, había confiado en una cierta línea jurisprudencial, luego superada por un *overruling*, surge inmediatamente. Algunos Tribunales americanos procuraron obviarlos mediante una operación que más tarde fue conocida como *prospective overruling*; estos tribunales decidieron que, cuando una parte había adquirido un derecho de naturaleza dominical o contractual sobre la base de una vieja regla de *common law* que en aquel momento se decidía cambiar, las expectativas de tal parte merecían protección, y la decisión del caso concreto debía ser todavía adoptada conforme al sentido de la antigua regla".

6. La actual fascinación que ejerce el mundo jurídico anglo-norteamericano: El discreto encanto... del *Common Law*

Si anteriormente ha quedado descrito el significado diferente del precedente judicial en los dos sistemas en presencia, tal como han sido expuestos en el Congreso de Utrecht, también puede confirmarse el actual fascinamiento que la cultura jurídica del *Common Law*, fundamentalmente inglesa y norteamericana, ejercen en el mundo civilizado, comenzando por lo lingüístico y finalizando en lo institucional. Observa HONDIUS (53), en el prólogo de la obra, que al Congreso de Utrecht se presentaron veinte ponencias redactadas en inglés y cuatro en francés (obviamente la de Francia, y también las de Grecia, Hungría y España); sorprende que Bélgica e Italia la hayan presentado en inglés, así como el resto de países asistentes al Congreso (no acudieron los demás países francófonos). Estatutariamente, los congresos internacionales organizados por la *Academie Internationale de Droit Comparé*, como el de Utrecht, son bilingües (¿por cuánto tiempo?). Pero si el idioma es sólo un instrumento para expresar y comunicar ideas y pensamientos, en la realidad condiciona mucho el contenido y sirve para ejercer atracción sobre las instituciones —en nuestro caso, jurídicas— del país al que pertenece aquél. Entresaco algunos ejemplos, a mi juicio reveladores.

Como ya se expresa en el significativo título de la ponencia belga: *Precedent versus gravitational force of Court decision in Belgium: Between theory, law and fact* (54), el autor expresa su personal convicción, no apoyada, sin embargo, en ninguna norma legal, sobre la conveniencia de que su país adopte una cultura en la que las decisiones judiciales sean utilizadas expresamente. Ello a pesar de que el artículo 6 del CC belga, reproduciendo el artículo 5 del CC francés, prohíbe expresamente los *arrêts de règlement* y, consecuentemente, un sistema judicial basado en la fuerza vinculante del precedente; norma relacionada con el artículo 149 de la Constitución, que impone el deber de fundamentar las sentencias, y con el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, que fija el alcance de la cosa juzgada; sistema que se cierra con los artículos 84 y 133 de la propia Constitución a propósito de la interpretación de las leyes, que sólo pueden realizarse por otra ley o por un decreto. El autor propone (55), no obstante, la adopción de una cultura jurídica en la que la *fuerza gravitatoria de las sentencias* de los tribunales sea reconocida de hecho, y en la que aquéllas entren expresamente en el proceso argumentativo de los tribunales. Si la Ley puede calificarse, entre otras cosas, como cultura de la argumentación, el debate sobre la mejor o más

(53) HONDIUS: *Precedent and the law*, preface, p. V.

(54) Ponencia a cargo de ADAMS, profesor de las Universidades de Amberes y Tilburg, *Precedent and law*, cit., pp. 149-175.

(55) ADAMS: *loc. cit.*, p. 175.

racional solución de una disputa legal debería incluir el razonamiento bien argumentado y claramente expresado (incluyendo una discusión sobre la calidad o racionalidad de las anteriores precedentes). Por otra parte, en Bélgica sólo llega a publicarse el 1 por 100 de las 500.000 sentencias anuales que dictan los tribunales, y, a juicio del ponente, debería facilitarse mucho más su publicación.

El ponente danés (56) llama la atención sobre la especial situación jurídica de su país, derivada de la ausencia de una codificación civil y mercantil, propiamente tal (57), careciendo asimismo de normas procesales a propósito del valor que debe atribuirse a las sentencias de otros tribunales, quedando en libertad la doctrina para reconocer, o no, algún valor al precedente. Así resulta en la práctica que las sentencias dictadas por los tribunales superiores daneses se consideran *relevantes* por los inferiores cuando éstos resuelven casos similares; también aparece muy evidente que los tribunales daneses, incluyendo el TS, se consideran vinculados por sus propias decisiones, a menos que graves circunstancias aconsejen apartarse de ellas; incluso horizontalmente un Tribunal danés puede considerar relevante la sentencia dictada por otro de la misma categoría siempre que, previo análisis de la anterior decisión, lo considere *persuasivo*. No deja, por último, de sorprender la afirmación del autor de que el TS no puede describirse propiamente como Tribunal de casación (58). Se menciona, por otro lado, la escasa *transparencia* de las sentencias dictadas por los altos tribunales daneses. Ello le sirve para matizar la conclusión final de que, efectivamente, los tribunales daneses *make law* y que sus precedentes son *vinculantes en grado significativo*. Similar –no sin diferencias– es la situación jurídica de Finlandia, cuyo ponente (59) llega a la conclusión de que este país está evolucionando hacia una “*light variant*” of binding precedent, lo que, a su juicio, repercute en la clasificación de los sistemas jurídicos nórdicos como una subclase diferenciada dentro de los sistemas de *Civil Law* continental (60).

(56) LOOKOSKY: “Precedent and the law in Denmark”, en *Precedent and law*, cit., pp. 253-266.

(57) Lo que explica a juicio del ponente el escepticismo reinante entre los juristas daneses sobre la futura codificación civil europea, con la significativa excepción de Ole Lando (LOOKOSKY: *loc. cit.*, pp. 258 y ss., y nota 29).

(58) Véanse las explicaciones por las cuales el TS actúa en Dinamarca, algunas veces, como tribunal de apelación: LOOKOSKY: *op. cit.*, p. 257.

(59) HUSA: “«Sort of binding» - Finish precedent as a source of Law”, en el volumen *Precedent and law*, cit., pp. 267-286.

(60) La ponencia se centra, fundamentalmente, en exponer la actual doctrina finlandesa de las fuentes del derecho (pp. 270 y ss.), inspirada en el sistema del *Civil Law*, enumerando en primer lugar las *authoritative sources* y, a falta de ellas, se indican las *substantive sources* descritas como *fuentes permitidas* del derecho que *pueden* ser utilizadas por el intérprete, entre los que menciona los precedentes, los principios generales del Derecho, la teoría general del Derecho, la moral, los argumentos fácticos y, finalmente, los argumentos comparativos; advierte que

En Colombia, lo que he denominado *secreto encanto del Common Law* se ha convertido en *atracción irresistible* que, en pocos años, ha logrado transformar el sistema jurídico del *Civil Law* al que pertenecía el país, en un sistema que parece regido por el *precedente judicial*, y ello mediante varias sentencias emanadas del TC y del TS, el cual, de consolidarse, podría obligar a incluir a este país sudamericano en la órbita del *Common Law*. La ponencia redactada por BERNAL PULIDO (61), catedrático de Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional, describe con detalle las fases del proceso seguido y la actual situación.

Inicialmente, el CC de Andrés BELLO (1873), inspirado en el CC francés, estableció que las leyes obligan a nacionales y extranjeros residentes en Colombia (art. 18), que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Está, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria (art. 17). Las sentencias judiciales podrían considerarse una fuente secundaria del Derecho en caso de oscuridad de las leyes; esta naturaleza auxiliar está regulada por el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, conforme al cual tres decisiones del TS como Tribunal de casación, sobre los mismos hechos, pueden ser consideradas como doctrina probable y los jueces pueden aplicarla en casos análogos. En los años treinta del siglo pasado, en época de cambios políticos, una serie de magistrados del TS integraron el llamado *Tribunal áureo* (62), el cual, con base en la jurisprudencia francesa, introdujo conceptos como el de la buena fe, enriquecimiento injusto, abuso de derecho, responsabilidad civil objetiva, fraude de ley y error en los contratos; aunque estos conceptos no estaban reconocidos por la Ley fueron tenidos en cuenta por los tribunales civiles: de no ser así el TS casaba la sentencia, creándose así, a juicio del ponente, los primeros *precedentes* en el Derecho colombiano.

El artículo 230 de la Constitución colombiana en vigor dispone que los jueces en sus sentencias sólo están vinculados por el imperio de la Ley; la equidad, las resoluciones judiciales, los principios generales de la Ley y la doctrina son sólo criterios auxiliares de la actividad judicial. Pese al carácter tradicional de este precepto, a partir de 1991 se ha suscitado en Colombia una fuerte discusión a propósito del carácter de las sentencias judiciales, especialmente del TC, distinguiendo el autor la *tesis escéptica* y la *tesis optimista* (63).

todas estas fuentes tienen una posición secundaria o suplementaria y, por tanto, un débil carácter vinculante. En la práctica, sin embargo, los juristas tienden a considerar, de hecho, como fuentes vinculantes a las sentencias dictadas por el TS.

(61) BERNAL PULIDO: "Precedent in Colombia", en el volumen *Precedent and law*, cit., pp. 311-321.

(62) Cfr. MORALES: *La nueva jurisprudencia de la Corte*, 2.^a edición (Bogotá, 1939).

(63) MORALES: *loc. cit.*, pp. 314 y ss.

Autores como ESTRADA y MONTEALEGRE LYNETT, magistrados del TC como LÓPEZ MEDINA, y la sentencia del propio TC C-131 de 1993, sostuvieron que la Constitución declara a la Ley como única fuente del Derecho, vinculante para el juez como garantía de su independencia; adicionalmente se aduce que ninguna norma legal vincula al juez a las sentencias de los tribunales superiores, y que el principio *Stare decisis* pertenece al sistema del *Common Law* y no del *Civil Law*. La tesis optimista, defendida por el propio ponente (64), opone otros argumentos a la tesis escéptica, y desde 1995, con alguna alternativa, ha visto adherirse a su posición al TC. Se argumenta que resulta imposible separar el momento creativo de la Ley y el de su aplicación; así las resoluciones judiciales vienen a concretar el carácter vinculante de la Ley. Otorgar valor al precedente permite dar coherencia al sistema legal, pues el principio de igualdad requiere que dos casos idénticos sean resueltos del mismo modo; también ayuda a dar estabilidad al sistema a través del tiempo y robustece el principio de igualdad de trato en su aplicación a los individuos en idénticas o similares circunstancias, antes o después. Se niega la tradicional interpretación del artículo 230 de la Constitución en el sentido de que la vinculación del juez al precedente no afecta a su independencia, pues la vinculación se refiere a resoluciones judiciales y no a personales opiniones o intereses de los tribunales superiores.

El TC ha tratado de *blindar* su concepción del precedente, interpretando el artículo 230 de la Constitución bajo la perspectiva de la igualdad de trato, y así el juez que no obedece al precedente viola el principio constitucional de igualdad al introducir una discriminación que la Ley no tolera. Por otra parte, la decisión C-836 del TC ha modificado la tradicional interpretación del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, en el sentido de establecer la vinculación de los jueces ordinarios a los precedentes del TS y, de no hacerlo, ha de explicar de modo claro y bien desarrollado los argumentos que justifiquen el rechazo de un precedente. El recurso de casación es el modo de controlar el TS el respeto a sus precedentes; el TC utiliza el *certiorari* y las acciones de injunción contra las sentencias de los tribunales ordinarios que desconocen los precedentes de aquél; el TC en pleno controla el respeto de sus precedentes por parte de las secciones del propio Tribunal y del Congreso.

A juicio del ponente (65), el nuevo sistema instalado en Colombia parece consolidado en el futuro, aunque hay una laguna legal sobre el ámbito de aplicación de estos precedentes.

(64) BERNAL PULIDO: *El derecho de los derechos* (Bogotá, 2005).

(65) BERNAL PULIDO: *loc. cit.*, p. 321.

7. Epílogo para españoles

Ante todo conviene destacar que en el excelente *general report* de HONDIUS (66) se ofrece una visión de conjunto de las veinticuatro ponencias presentadas y se extraen algunas conclusiones, entre las cuales destaco la siguiente (67): “Muchos autores predicen que el futuro reside en el *common law*, que gradualmente extenderá su teoría del precedente, primero a los países occidentales sujetos al *civil law* y luego a los antiguos países socialistas del centro y este de Europa. Yo no comparto este punto de vista. Yo estoy de acuerdo en que la igualdad y la predictibilidad de las sentencias justifica la adhesión a una limitada teoría del *stare decisis* [...]. En su lugar yo abogo por un sistema basado en la autoridad persuasiva de los casos contextualizados por la doctrina legal. [...] Coincido con el profesor MALAURIE cuando concluye su ponencia francesa: *Le rôle du précédent est donc différent dans le système juridique français et la «Common Law»; ces deux systèmes se sont légèrement rapprochés, mais d'une manière superficielle. Cette différence est une des richesses de l'héritage culturel de l'Europe*”.

En mi opinión, en los sistemas europeos del *Civil Law* deben esforzarse por conservar, sin alteración, la teoría de las fuentes del Derecho conforme a los respectivos códigos civiles en vigor, haciendo caso omiso de los insistentes cantos de sirena que postulan la aceptación del principio del *Stare decisis* y del *judge made law*. Por supuesto que la alternativa, que se sugiere en el título, no resulta hoy realista, y la tendencia denunciada resulta unidireccional. En consecuencia, hay que insistir, entre nosotros y en los países pertenecientes al *Civil Law*, en que la jurisprudencia no es una fuente del Derecho (68). Y aunque a lo largo de los dos siglos pasados hemos padecido, en España, la falta efectiva de una coordinación, en este punto, entre la normativa sustantiva civil y la procesal, ahora, después de promulgada la LEC 2000 cabría hablar de una mejor coordinación entre el artículo 1, ap. 1 y 6, CC con la reglamentación del recurso de casación civil. El verbo *complementar* del artículo 1.6 CC no ayuda nada a la función propia de la jurisprudencia, pese la abundante bibliografía que ha suscitado. Hay, con todo, acuerdo mayoritario en reconocer la *función práctica* de la jurisprudencia, al menos en los siguientes casos: 1) en la aplicación e interpretación de todas las fuentes del Derecho al objeto de lograr la unidad o uniformidad del criterio jurisdiccional; 2) en la posibilidad de interponer recurso de casación ante el TS o los TSJ competentes, y también el recurso de amparo ante el TC por violación del principio de igualdad; 3) en la actuación práctica del Derecho posi-

(66) HONDIUS: *Precedent and the law*, cit., pp. 1-24.

(67) HONDIUS: *loc. cit.*, p. 24.

(68) Cfr. las conclusiones de mi ponencia, *loc. cit.*, pp. 204 y ss., y el apartado 4.C) de esta recensión.

tivo que permite a éste convertirse en Derecho vivo (así cabe mencionar el campo de la responsabilidad civil extracontractual y el contrato de obra). Entre nosotros se insiste en el principio constitucional de la independencia del poder judicial que viene acompañada de la libertad de interpretar la Ley; ello conlleva importantes consecuencias: 1) Los jueces y tribunales de todas las categorías no están vinculados por su propia jurisprudencia (aunque se sugiere que den razones para explicar el apartamiento de ella); 2) si en un caso concreto hay jurisprudencia contradictoria de los tribunales superiores, los inferiores pueden elegir libremente cualquiera de las orientaciones, o seguir la propia; 3) la misma regla se aplicará cuando en el Tribunal superior haya varias secciones que dictan sentencias divergentes; 4) los jueces y tribunales inferiores no están obligados a seguir la jurisprudencia del TS; 5) la doctrina establecida por el TC a propósito de la jurisprudencia contradictoria que puede violar el principio de igualdad representa una limitación de la libertad de fallar los jueces y tribunales, pero aquélla se atenúa, ya que se permite justificar razonablemente los motivos del cambio, y, por otra parte, la doctrina constitucional no impide que tribunales diversos adopten soluciones divergentes en casos análogos.

Desde un punto de vista práctico, creo positivo para la formación de nuestros juristas las actuales mayores posibilidades de información que los alumnos disfrutaban sobre la actuación de los tribunales ingleses y norteamericanos, pero dudo de la utilidad de generalizar entre nosotros la técnica de actuar aquéllos, y aun de emplearla para describir la actuación de los nuestros cuando la normativa española posee escasos puntos de contacto con la que rige aquélla.

Creo necesario que se someta a revisión la enseñanza de la jurisprudencia en nuestras Facultades, debiendo aspirarse a que los estudiantes aprendan pronto el manejo de la misma y conozcan su valor jurídico. La invocación de la jurisprudencia por los operadores del Derecho ante los tribunales y órganos administrativos deja, a mi juicio, no poco que desear. Sin que falten tampoco críticas del uso que los jueces y tribunales hacen de la jurisprudencia en sus sentencias (69). También convendría analizar, bajo esta perspectiva, la jurisprudencia del TS. Es cierto que la acumulación excesiva de recursos ante la Sala 1.^a puede obstaculizar el propósito de mejorar la calidad de sus sentencias, objetivo que parece poco conciliable con la necesidad de reducir el retraso en la resolución de los recursos. Se observa últimamente un cambio en la estructura de los fallos del TS, sin apartarse por ello de las exi-

(69) Ejercí la profesión de juez durante quince años y era muy extendida la idea de que las demandas mencionaban generalmente abundante jurisprudencia, pero, en cierto modo, sólo *ad pompam vel ostentationem*, y por ello los jueces, al dictar sentencia, prescindían de aquellas citas de precedentes judiciales, utilizando otras. Creo que esta corruptela se ha ido corrigiendo, aunque no sé si ha desaparecido del todo.

gencias de la nueva Ley procesal, tendente a proporcionar al lector de la sentencia el mayor número de datos fácticos y de *rationes decidendi*; habrá que seguir la evolución del mismo. También sería conveniente dar a la publicidad la manera o procedimiento utilizados para redactar el sumario o resumen de la sentencia, y a qué funcionario se encarga tan delicada tarea, y ello para evitar que se planteen entre nosotros las graves deficiencias que, por ejemplo, se denuncian abiertamente en la ponencia de TARUFFO sobre el Derecho italiano (70).

La obra que recensiono aparece, por tanto, también para españoles, fecunda en consideraciones doctrinales y prácticas.

(70) TARUFFO: *loc. cit.*, pp. 182-184.

“Fernando Campuzano y Horma hipotecarista y agrarista”, María Isabel de la Iglesia Monje, Colección Grandes Hipotecaristas, Editorial Fundación Registral, Madrid, 2007, un volumen de 230 páginas.

Como ya nos han hecho habitual los precedentes volúmenes de esta magnífica y cada vez más completa colección, la autora de este libro, tras una breve nota introductoria, lleva a cabo un trabajo de investigación excelente sobre la vida y la obra de Fernando CAMPUZANO Y HORMA, en el que se pasa revista a sus decisivas aportaciones al Derecho Hipotecario, y a sus no menos importantes aportaciones al Derecho Agrario en la España de las primeras décadas del pasado siglo XX.

Entre las aportaciones de Fernando CAMPUZANO al Derecho Inmobiliario Registral, comienza por destacar su intensa actividad como tratadista y autor de manuales destinados a la formación de los futuros registradores de la propiedad y de otros prestigiosos cuerpos como la abogacía del Estado. Esta actividad comienza con los *Principios generales de derecho inmobiliario y legislación hipotecaria* (Ed. Reus, Madrid, 1925) y prosigue con sus *Elementos de Derecho Hipotecario* (dos volúmenes, Ed. Reus, Madrid, 1931) y su *Legislación hipotecaria* (Ed. Reus, Madrid, 1934), dirigida a la preparación de opositores al cuerpo de abogados del Estado. También dentro de esta faceta de su obra, hay que recordar su tarea correctora en la 2.^a edición de los *Comentarios a la Legislación Hipotecaria* de J. MORELL Y TERRY (Ed. Reus, Madrid, 1935).

Pero con ser este conjunto de aportaciones de la máxima importancia, es su actividad de promoción de publicaciones periódicas sobre el Derecho Inmobiliario Registral, tanto en su aspecto más apegado a la práctica, como en sus aspectos más teóricos y propios de la actividad investigadora, la que ha tenido y conserva al día de hoy una gran persistencia.

En la primera vertiente su aportación al acervo hipotecarista español ha sido decisiva, ya que en febrero de 1920 creó el *Boletín de la Asociación de Registradores*, y en 1925 se integra en el Consejo de redacción originario de la *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, sobre cuya importancia en la teoría del Derecho civil y del Derecho mercantil no hace falta insistir, ya que desde entonces ha sido una publicación de referencia.

Pero la autora no descuida otros aspectos sin los que el perfil del jurista quedaría desdibujado, y así reseña también su tarea revisora de la publicación

de la traducción española de las *Instituciones de Derecho romano* de Pietro BONFANTE (Ed. Reus, Madrid, 1929), que fue una obra señera en la romanística europea, y hace hincapié, como se destaca en el título en la faceta de adelantado del Derecho agrario que presenta la obra de CAMPUZANO, especialmente en su monografía *La contratación sobre fincas rústicas y la reforma agraria* (Ed. Reus, Madrid, 1933).

Sin embargo, la amplitud y la importancia de la obra de CAMPUZANO no reflejan por sí solas el interés que ofrece hoy su legado doctrinal, circunstancia ésta que pone muy bien de relieve el trabajo de la profesora DE LA IGLESIA MONJE, porque es la actitud de permanente atención a los cambios en la marcha del Derecho hipotecario y del Derecho agrario entonces en una fase inicial y hoy ya más estabilizados, la que caracteriza y hace especialmente útil una gran parte de sus aportaciones para los juristas de hoy. En suma, hay un valor permanente en la obra de CAMPUZANO que hace que soporte muy bien el paso del tiempo, y que radica, a mi juicio, en su preocupación por problemas reales de difícil solución y que mantienen hoy día sus retos frente a los juristas del presente.

Su vocación agrarista es ya una buena muestra de esa concepción del Derecho, y su actitud abierta que se pone de manifiesto en su iniciativa de crear los "Observatorios de Derecho Agrario" (*Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 113, mayo de 1934).

Pero también en sus escritos de puro Derecho Hipotecario aflora una actitud generatriz de propuestas *de lege ferenda*, inspiradas en un privilegiado conocimiento de la realidad, que merece seguir siendo tenido hoy en cuenta. Así, su preocupación por la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad, y entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, origina unas propuestas que tienen plena actualidad y que incluso hoy estarían facilitadas por los avances tecnológicos. Es, pues, el sano realismo que le inspira el que puede seguir marcando el camino a seguir, y una magnífica muestra de esa actitud es la que ofrece CAMPUZANO en "Registro y Catastro" (*Boletín de la Asociación de Registradores de la Propiedad*, año IV, núm. 18 al núm. 32), en la que estudia una cuestión todavía carente hoy de solución satisfactoria en el Derecho español, aunque sobre ella estén incidiendo cambios normativos y propuestas de reforma difíciles de armonizar. CAMPUZANO era perfectamente consciente de que hacía falta un procedimiento que no fuese el mero procedimiento administrativo, falto de garantías, de las actualizaciones del Catastro, ni el procedimiento registral marcado por el principio de rogación y por la peculiaridad de la oficina del Registro de la Propiedad, para que las inscripciones registrales, especialmente las de fincas rústicas, concuerden con la realidad en el más amplio sentido y el Registro de la Propiedad no quede plagado de cadáveres, y de inscripciones vivas todavía pero portadoras de información poco adecuada a la realidad física de las fincas.

Fernando CAMPUZANO entrevió las líneas maestras de ese procedimiento y por eso su obra mantiene una vitalidad admirable en este y en otros mu-

chos puntos. Malhadadamente su vida se truncó, víctima de la violencia asesina desatada en el Madrid del año 1936, en un momento en el que su trabajo era especialmente fecundo.

La autora, por último, agrupa en la segunda parte del libro interesantes textos de CAMPUZANO, entre los que se encuentra el últimamente citado, que hacen de la publicación que nos ocupa un hito de singular importancia en la colección Grandes Hipotecaristas, de la que somos tan deudores los investigadores en Derecho privado.

José María de la Cuesta Sáenz

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos*

“Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez”, dos tomos, Universidad de Valencia, 2008, 1975 páginas.

Esta obra, editada por la Universidad de Valencia, con la colaboración de los Colegios Profesionales de Notarios, de Registradores y de Abogados, constituye una buena referencia al largo recorrido y colmada vida universitaria del profesor Enrique LALAGUNA. En ella se incluye un minucioso acopio de su producción científica como catedrático de Derecho civil. Se abre con un prólogo de José María CASTÁN VÁZQUEZ, quien, con su conocido estilo personal, nos dice que “cumple un honroso encargo”, encargo que realiza a la perfección ofreciendo con detalle rasgos del perfil profesional y humano del profesor LALAGUNA. De los datos personales da fe el amplio elenco de sus publicaciones, con referencia explícita a su repercusión en la literatura jurídica. Reunidas tantas publicaciones, tarea no sencilla, y las consideraciones a su actividad académica, acreditan la oportunidad del homenaje.

El contenido de la obra se desarrolla en dos tomos, con trabajos distribuidos a lo largo de 1975 páginas. La encuadernación y el cuidadoso esmero en los detalles de imprenta facilitan la lectura de las colaboraciones de los noventa autores que participan en el homenaje.

Todas las materias que componen la clásica división civilista han sido objeto de análisis, con valiosas aportaciones. La distinción entre “Derecho civil” (que comprende 1299 páginas) y “Otras materias” (las restantes) es en realidad exponente de la amplia gama de cuestiones que encuadran en el Derecho civil su referente. Algunos de estos trabajos, como el del notario GÓMEZ-FERRER SAPIÑA sobre la “Nulidad del testamento notarial por inobservancia de formalidades”; del profesor Gabriel GARCÍA CANTERO, con el expresivo título “¿Qué queda del vigente sistema matrimonial español?”; del profesor Antonio GORDILLO CAÑAS sobre “La dimensión temporal de la buena fe hipotecaria”, o “Declaraciones de voluntad contractuales y valor jurídico del silencio”, del profesor Carlos ROGEL VIDE, versan sobre materias acaso más cercanas al oficio de los habituales lectores de esta Revista. En nada empeece el interés y calidad de los demás estudios que componen este excelente tratado de cuestiones jurídicas actuales.

En una primera impresión, el libro suscita un vivo interés, por los autores que participan y los sugerentes títulos de sus trabajos. El simple elenco de los temas tratados ofrece el atractivo de un amplio campo de problemas

que dan más ocasión a controversias. La sistemática del libro, no buscada de propósito pero tampoco azarosa y fortuita, en la Sección I, titulada Derecho civil, agrupa materias relativas a la protección jurídica de la persona en las recientes modificaciones del Código Civil, derechos reales y publicidad registral, y sobre todo instituciones de Derecho de familia y sucesiones. La primera aportación, que incluso por orden de apellidos, corresponde al profesor Manuel ALBALADEJO GARCÍA versa sobre "El cuasiusufructo", donde expone que confiere al cuasiusufructuario la propiedad limitada (económicamente) con el deber de restituir el valor al nudo propietario.

La que lleva por título "Otras materias" abunda en la novedad y actualidad de cuestiones jurídicas más relacionadas con el ámbito transfronterizo.

Es frecuente que los participantes, en el desarrollo de su aportación, hagan uso de orientaciones sobre puntos concretos tomadas de alguna de las publicaciones de LALAGUNA, o por vía inmediata los numerosos trabajos de discípulos directos. Por ejemplo, la aportación del profesor Tomás RUBIO GARRIDO, que se titula: "Los últimos diez años de jurisprudencia sobre el ejecutivo hipotecario sumario y el ejecutivo extrajudicial. Un punto de partida necesario para la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", contiene un agudo análisis del desenvolvimiento de la jurisprudencia y resoluciones, donde describe, al explayar los hechos con los pormenores de la cuestión controvertida, la referencia general a los créditos hipotecarios. Acerca del régimen de publicidad inmobiliaria y la finca funcional, el profesor José Ángel TORRES LANA da cuenta, en una reflexión crítica no favorable al texto vigente, de las "Fincas y parcelas en la nueva Ley del Suelo".

Respecto a la contribución del Derecho civil a las relaciones personales, la profesora Silvia DÍAZ ALABART, con el título de "La autotutela", que constituye un riguroso estudio monográfico, analiza las notas básicas de la figura y sugiere las posibles disposiciones en relación con la persona y bienes. Aunque se detiene en los rasgos propios del Código Civil, enlaza con referencias a las leyes autonómicas y legislación extranjera. En este trabajo examina el posible contenido de la escritura notarial o documento público en que se establece la autotutela, situándolo en el lugar de los límites de la autonomía de la voluntad y en beneficio del discapacitado.

No se puede considerar el titulillo "Otras materias" que figura en un rótulo del libro como un aparte o escisión de obras menores o diversas insertas en la misma obra. Precisamente, entre ellas se muestra ahora con toda intensidad en dimensiones diferentes "El reenvío y sucesión *mortis causa* en Derecho internacional privado español", de que se ocupan los profesores Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, así como la reflexión madura de Rafael NAVARRO VALLS sobre un adecuado cauce jurídico en un tema de siempre, que designa "El principio de cooperación y la laicidad del Estado". En otra escala del territorio nacional ubica el profesor Guillermo PALAO MORENO un minucioso estudio sobre las "Crisis matrimoniales internacionales: cinco elementos a tomar en cuenta", con alusión expresa al

interés mostrado por el profesor LALAGUNA por la dimensión internacional del Derecho matrimonial.

Y, para terminar, de la cantidad y variedad de estudios que se reúnen en las páginas de este libro, con novedosos planteamientos sobre los actos y contratos, lo dispuesto en leyes recientes y su aplicación (que aparte de la explicación que precede no se pueden puntualizar ahora por simples razones de espacio), se deduce el alcance de estos “Estudios jurídicos”. Por el resultado final, el título de la obra es adecuado al de un compendio de trabajos bien coordinados y bien hechos. Se advierte en su lectura lo que puso de manifiesto en una sutil respuesta don Luis FIGA FAURA, que cada cultura y cada época ha “desmenuzado” el mundo de manera sensiblemente diferente.

José Antonio Doral García

*Catedrático de Derecho civil
Universidad de Navarra*

“La responsabilidad civil del notario”, Rafael Verderra Server. Prólogo de Vicente L. Montés Penadés. Editorial Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, 534 páginas.

I. El presente libro tiene por objetivo abordar el examen de la responsabilidad civil en que puede incurrir un notario, en cualquiera de sus modalidades, tema poco frecuentado por la doctrina patria.

Objetivo que constituye, en mi opinión, un acierto, desde cualquier punto de vista que se adopte. No hay que llamar la atención sobre la importancia creciente que cobra hoy todo el ámbito temático de la responsabilidad civil, puesto que de ello *hasta* se ha percatado la civilística universitaria (bajo a veces el nombre anglosajón de “*Derecho de daños*”). Ni tampoco, puesto que ello a cualquier profesional del Derecho le es hoy notorio, sobre la creciente trascendencia de la responsabilidad civil de los profesionales (médicos, abogados, registradores de la propiedad, etc.).

Faltaba un estudio, profundo y completo, sobre la responsabilidad civil en que pueden incurrir los fedatarios públicos, que tan importantísima función desempeñan en un país como el nuestro. Y con la obra del profesor VERDERA ese hueco queda colmado.

Y estimo que queda colmado por mucho tiempo. Puesto que no estamos sólo ante una obra de referencia; sencillamente es un estudio y exposición definitiva, al menos, todo lo definitiva que puede ser una obra humana y que, ante todo, queda sujeta en su vigencia a la posibilidad de que se pronuncien las tres palabras de cambio por el legislador, que comparecen en la conocida cita de VON KIRCHMANN.

Por otra parte, el propio autor nos refiere en su introducción cómo no estamos ante un trabajo “de ocasión” (para una oposición, para un libro homenaje, o para el cobro de tal o cual ayuda pública). Se trata de un libro elaborado con morosidad, tras muchas y sucesivas aproximaciones, que testimonian, además, la singladura comprometida del profesor VERDERA con la institución universitaria, tan atribulada hoy. Incluso, pudiera decirse, por las circunstancias personales del autor, que estamos ante un libro a cuya redacción estaba predestinado el profesor VERDERA desde hace mucho tiempo.

II. A juicio de quien esto escribe, es un canon metodológico modélico del libro el partir de un exhaustivo estudio de la jurisprudencia de los Tribu-

nales y también, aunque tenga menor valor para la conformación del ordenamiento, de la doctrina elaborada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en relación con los temas atinentes a la vertiente funcional del notario. El profesor VERDERA huye radicalmente de toda elucubración constructiva (incluso la considera inviable para construir una teoría de la responsabilidad civil del notario con base exclusiva en los preceptos normativos: p. 56); toma tierra y analiza los casos reales en los que se dirimió y debatió con coste y preocupación para los implicados reales y depura los criterios y estándares aplicados por los Tribunales y la Dirección General, y ello en cada uno de los puntos temáticos (tópicos) que presenta la responsabilidad en que puede incurrir el notario (daño, negligencia, resarcimiento, prescripción, etc.).

Nada podría hacerse con mayor cercanía a la realidad, con más utilidad para todos los profesionales del Derecho, que todos, más temprano que tarde, acaban acudiendo a las oficinas notariales, a llevar minutas, a discutir detalles e idear posibles soluciones o sencillamente a preocuparse por aspectos de la gestión de los documentos o a solicitar copias de los mismos.

Quien esto escribe nunca hasta la fecha había podido afirmar lo siguiente: en este libro están, comentadas y sistematizadas, *todas las decisiones jurisdiccionales* sobre el tema que es su objeto de análisis (incluyendo las recaídas en la jurisdicción criminal). El profesor VERDERA lo ha conseguido, con la extraordinaria utilidad práctica que para todos los profesionales del Derecho ello supone.

III. Pero no se detiene esta obra en la recopilación exhaustiva de las resoluciones judiciales y decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, para mayor utilidad, aparece incluida en un CD auxiliar con el que, gracias a la bendición de la informática, podrá también verse sumamente facilitada la confección de los Fundamentos de Derecho de las demandas, contestaciones, reconvenções y recursos o impugnaciones. Como fruto que es, en última instancia, de un brillantísimo civilista universitario, entra en múltiples problemas de concepto, de amplio vuelo, que acaban teniendo también importancia clave para el desarrollo práctico y aplicación de todas las vertientes y perspectivas de la responsabilidad civil del notario.

Sólo a título de ejemplo:

1. La naturaleza jurídica de la prestación a que el notario se compromete con su cliente. El autor supera la configuración tradicional de un arrendamiento de servicios, propia del profesional que cobra honorarios (aquí en el régimen tan singular del ejercicio privado de una función pública). Y propone que se vea como *un arrendamiento de obra*, consistente en la dación de fe, a través del correspondiente instrumento público, al menos por lo que hace a su actividad principal o caracterizadora. Sé que esto podrá suscitar algún reparo –ya así los formula el profesor MONTÉS en la Introducción al

libro, lo que tiene un relieve notable, proviniendo de quien se ha revelado un excepcional magistrado en la Sala 1.^a de nuestro Tribunal Supremo—, pero, en mi modesta opinión, aparece la sugerencia del profesor VERDERA como un encaje realista y acertado en la sociedad que nos circunda y muy acorde a las exigencias del tráfico y me parecen muy plausibles las razones que aduce el autor para ello (pp. 126 y ss.) y las consecuencias que extrae.

2. En cierta conexión con lo anterior, también a quien esto escribe le parece plausible la postura del autor de defender que es de índole contractual la responsabilidad en que puede incurrir el notario con su cliente (p. 120), separándose de todos aquellos que tienden a enfatizar el perfil jurídico-público de la posición y función del notario (lo cual, sin duda, ha dejado algunas huellas aplicativas en algunas resoluciones jurisdiccionales).

La posición del autor tiene una importantísima aplicación práctica en lo relativo a la prescripción extintiva y le lleva a suscribir —lo que también tiene mucho relieve en la práctica— la decisión del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2002, de considerar expresamente como contractual a la responsabilidad en que, frente al cliente, incurre un notario sustituto.

3. El profesor VERDERA hace una aplicación segura y sólida del llamado “principio de imputación de la responsabilidad por los auxiliares”, tanto en los casos de responsabilidad contractual como en los de responsabilidad extracontractual o civil.

Lo cual tiene una importancia práctica extraordinaria, ante el fenómeno creciente, de vastas o vastísimas oficinas notariales, organizadas según pautas de la más acendrada administración de empresas, y en las que ni siquiera faltan ya reclamos propios de marketing o de técnicas comerciales.

4. Aparece en el libro una presentación moderna y rigurosa del aspecto de la posible gestión o tramitación del documento, a menudo minusvalorada conceptualmente y menos atendida incluso por algunos fedatarios, pero que, siendo muy importante en la práctica, forma parte habitualmente de las prestaciones ofrecidas y ejecutadas por las oficinas notariales hoy en día, y que está preñada de posibles consecuencias de gran calado. Al hilo de resoluciones como la de 19 de enero de 2001, que aplica incluso la STC de 11 de mayo de 1989, se diseccionan estas prestaciones con cuidado, en estudio asentado en un conocimiento cabal del funcionamiento real y cotidiano de una oficina notarial, y comprendiendo cómo se encomiendan habitualmente al notario por ser, precisamente, un profesional del Derecho, lo que se antoja el camino a seguir para enaltecer la propia posición y función del notario y hacer más riguroso el delicado manejo de esa gestión de los documentos que, a veces, sigue representando un limbo arcano y azaroso.

De notable interés aparece el examen de la posible responsabilidad del notario por negligencia en la gestión del documento por una gestoría elegida por el propio fedatario (y con el estudio de los problemas procesales, que no son nimios, que el supuesto suscita). O, en general, del problema, tan frecuente, de que por impericia o negligencia, no pueda la escritura pública obrar

las inscripciones apetecidas en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil o afloren o emerjan responsabilidades tributarias conexas...

Por no decir del aspecto, muchísimo más delicado aún, del cobro, por parte del notario, de cantidades extraarancelarias por asesoramiento (RDGRN de 15 de junio de 2000) o por actuaciones tales como la redacción de unos estatutos sociales (RDGRN de 18 de diciembre de 2000) o de acuerdos y contratos privados (RDGRN de 10 de junio de 2002).

5. Destaca igualmente el estudio, compacto y completo, de las ricas implicaciones teóricas y, sobre todo, prácticas (prescripción, congruencia, acumulación de acciones) del *topos* técnico jurídico de la “unidad de la culpa civil”.

O el examen, concienzudo, de qué conceptos resarcitorios se han concedido y cuáles no en los casos reales en que se ha afirmado la responsabilidad del fedatario, así como de la relación de causalidad que ha de existir, de lo que se ofrece una casuística riquísima y utilísima para la práctica y los profesionales.

No puede sorprender –e incluso reconforta– comprobar que la jurisprudencia muestra una valoración severa del grado de diligencia profesional (pericia) que procede exigir al notario. Y cómo han de tener cuidado los fedatarios, tal como sabiamente advierte el autor, con las cláusulas de estilo, estandarizadas hasta su máximo extremo hoy en día gracias a la difusión de los modelos y formularios que proporciona el propio Colegio Notarial y a las ayudas que la informática ofrece.

6. Es de enorme interés el estudio de la autorización de una escritura de subsanación o rectificadora como modo de reparación *in natura* del ilícito, o de minimización del daño (pp. 61 y ss.), lo que es una de las peculiaridades que presenta la responsabilidad civil en que puede incurrir el fedatario público, de hondo alcance práctico.

7. Igualmente interesante es el estudio de las peculiaridades procesales de la responsabilidad notarial, con el dato, muy delicado, de que no se exige jurisprudencialmente el litisconsorcio pasivo necesario y a menudo se encuentra el fedatario con una sentencia, dictada en un pleito que le ha sido ajeno, sobre cuya base se le pide responsabilidad (pp. 177-187).

8. De relieve, posiblemente creciente para el futuro, es la constatación de que no hay desviaciones en el régimen normativo de aplicación en los supuestos de responsabilidad en caso de sociedades profesionales de notarios (sí, en su caso, podría haber consecuencias diferenciales para el funcionamiento del seguro de responsabilidad civil).

Y, al hilo de lo anterior, es muy importante, y novedoso, el estudio profundo, y preñado de posibilidades de futuro, sobre la aplicabilidad de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales al oficio notarial y su conexión con los tradicionales convenios entre notarios al amparo del artículo 42 RN (pp. 164-177).

9. También se antoja cargada de posibles consecuencias de futuro la sugerencia que formula el autor (p. 74, por ejemplo) de aprovechar la norma-

tiva sobre consumidores y usuarios en el tratamiento de los casos de responsabilidad notarial, que es una vertiente normativa y temática que apenas ha sido explorada en la práctica. Para ello, parte el profesor VERDERA de una premisa, que a alguno puede chocar, pero que parece impecable –y llena de consecuencias–: la consideración de empresario del notario.

Con esta sugerencia, que lleva a considerar al cliente de la notaría como un usuario, se abre un sinfín de conexiones temáticas de alcance hondo, y no sólo en el terreno de la responsabilidad notarial que ocupa al autor en este libro.

No es casual, en conexión con la anterior idea, que en la obra aparezca la importancia creciente que tienen las obligaciones de información y asesoramiento que se le imponen al fedatario, lo que incluso tiene innegables repercusiones en el perfil de futuro que podrá ir adoptando el estatuto profesional y deontológico del notario.

10. No faltan en este libro desarrollos detallados de aspectos más corporativos: desde el sentido y régimen jurídico de la fianza –estrictamente para aspectos corporativos, tras la reforma efectuada por el RD 45/2007, de 19 de enero– hasta el repaso completo al seguro de responsabilidad civil, que hoy alcanza una importancia práctica mucho mayor.

Igualmente, cabe destacar el completo examen del papel “arbitral” que los Colegios Notariales pueden jugar en las reclamaciones contra los fedatarios (pp. 65 y ss.) y de la responsabilidad disciplinaria –que será de mucho interés para los propios fedatarios– (pp. 187-197).

Conste que los puntos anteriores sólo se han espigado a vuelapluma y deliberadamente a efectos meramente ilustrativos. Muchísimos más aspectos de gran relieve e interés podrá encontrar el lector en esta obra del profesor VERDERA.

IV. En suma, debe destacarse que este estudio da lustre y esplendor a la propia profesión notarial, contribuyendo con la exposición que efectúa y el análisis que la jalona, a que el nivel de pericia exigible a los notarios y, por tanto, de su responsabilidad, esté hoy a la altura de las nobles funciones, tan delicadas, que se le confieren en exclusiva y de aquellas otras que suelen encomendárseles por, precisamente, tener en exclusiva las primeras.

A juicio de quien esto escribe, el hecho llamativo de ser tan exigua la literatura jurídica sobre este tema se vincula también, en gran medida, a la fuerza social que el Notariado tiene en España, al “temor reverencial” que acometer cualquier reclamación contra un miembro del gremio genera (me atrevo a decir que el Notariado representa aún hoy uno de los últimos reducidos de la tradicional inmunidad de las profesiones liberales).

Esta obra no hace esta afirmación, pues es brillante rasgo del autor la ecuanimidad y la prudencia, pero lo afirmo yo, que también afirmo que, con la rigurosa y sensata obra que reseño, se pone un mimbres precioso que contribuirá a insertar la profesión notarial y su praxis en la sociedad española

del siglo XXI, dándole una presentación, enfoque y comprensión modernas y facilitando un estímulo, desde la admiración hacia la profesión notarial que está latente en toda la obra, para que se eleve la calidad y la utilidad pública en los servicios a prestar por los notarios españoles.

V. Es también cierto que hay algún punto que a mí, personalmente, me hubiera gustado encontrar en un libro del fuste y calidad como el recensado.

En particular, por ejemplo, he echado de menos alguna reflexión de “política del Derecho” acerca de las implicaciones que tiene el ejercicio privado de funciones públicas en una sociedad democrática avanzada. A mero título de ejemplo: ¿cómo se podrá seguir conciliando el desempeño de una función pública fundamental con el ofrecimiento en libre competencia de los fedatarios, en una economía de mercado tan avanzada como la nuestra?, ¿cómo se puede cohonestar la imparcialidad con el hecho de que quien paga al notario a la postre es un cliente y, por tanto, es conveniente tratar bien al cliente, y si es cliente poderoso, mejor aún? No me parece que sea tranquilizadora la opinión del profesor VERDERA de que parte de la solución viene dada por la interacción del sistema notarial con el sistema registral, que, al estar libre de competencia, tiene más incentivos para ser estricto (p. 49), y genera ciertas incomodidades conceptuales la acaso demasiado simple respuesta jurisdiccional que niega de plano que pueda haber responsabilidad patrimonial de la Administración pública por mal funcionamiento de las oficinas notariales.

Tampoco he encontrado en la obra la consciencia de que, desde ciertas instancias economicistas de la sociedad española, o incluso desde perspectivas crecientes de profesionales del Derecho, no falta la percepción de que a menudo el coste del instrumento público es muy abultado y que, en particular ante determinadas daciones de fe, se convierte en una rémora para el tráfico jurídico y económico (máxime en los casos, tan habituales hoy, en que el fedatario se limita a dar formato informático a minutas pre-redactadas por los servicios jurídicos de uno de los otorgantes).

Ni he detectado la consciencia de los problemas de inserción que el modelo del Notariado español va a poder tener, en sus funciones, en el nivel de su pericia profesional exigible, en su *lex artis*, y en su responsabilidad, en el seno del llamado Derecho comunitario o, más aún, en los pomposamente llamados Derecho europeo de contratos o futuro Código Civil europeo.

Pero no oculto que el consignar estos extremos sólo responde al deseo de elaborar una reseña según los cánones tradicionales que aprendí de mis mayores en la institución universitaria, esto es, en la que el elogio sea moderado y la admiración sepa contenerse.

Si bien se mira, todos los señalados son aspectos, indudablemente importantes, pero por completo ajenos al tema perfectamente acotado que es el objeto de estudio en este libro, vocado todo él deliberadamente al servicio radical a la utilidad social.

Por consiguiente, lo anterior no es sino un modo, oblicuo, para confesar de manera pública pero púdica mi honda admiración por un civilista ejemplar, y mi elogio por una obra, como la recensionada, que es sencillamente monumental.

VI. Los profesionales agradecerán un vademécum completo, cristalino y utilísimo, sobre la responsabilidad profesional de los notarios. Y los civilistas universitarios contraemos una deuda inmensa con el profesor VERDERA, que, en tiempos de cierta aflicción para nuestra institución y nuestro quehacer, nos brinda una obra restituidora de sentido y, si se me permite la expresión, nos muestra un verdadero camino de redención para nuestro estatuto epistemológico y deontológico. Por mi parte, le doy públicamente las gracias por el inmenso esfuerzo compendiado en esta obra.

Tomás Rubio Garrido

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

**NOTICIAS, CONGRESOS
Y REUNIONES INTERNACIONALES**

A MANUEL ANDRINO HERNÁNDEZ

Los que tenemos un largo recorrido temporal hemos tratado a muy diversos tipos de profesionales del Derecho. Personalidades y caracteres nítidos unas veces, complejos otras, caleidoscópicos en ocasiones.

Para mí Manolo ANDRINO –y me refiero al jurista salmantino que conocí y he tratado durante más de treinta años– ha sido fiel representante de *el rigor*. Pero, cuidado, empleo el término partiendo de su etimología y con el significado que ORTEGA le da: riguroso. Lo que se proclama como *auténtico*.

Quien poco le conociera, al escucharle en el Colegio Notarial, al dialogar con él, al leer sus estudios jurídicos (únicos que conozco), podría llegar a la conclusión de que resultaba contundente, tajante, no proclive a ceder ante opiniones, criterios, ideas diferentes. Quien lo ha tratado más a fondo, ha leído trabajos y estudios suyos tiene que reconocer –yo así lo hago– que lo que manifestaba, escribía, lo que sentía, en definitiva, lo *explayaba* porque lo tenía asumido, interiorizado, sólidamente fundamentado: véanse, por ejemplo, las notas a pie de página de uno de sus últimos estudios, acerca de las copias notariales. Convencido de lo que afirmaba, lo exponía con fundamentación impecable.

Erudición, estudio de investigación, partir de las fuentes en su origen, coherencia de enfoque, *rigor* en las conclusiones. Éste es el perfil que me atrevo a apuntar.

Ha partido –*non obiit, abiit* enseñaron los romanos– un hombre de bien, una persona intachable, un jurista de calado. “El Notariado tendrá futuro, yo no lo tengo tanto”, me decía con su cordialidad característica en la librería de antiguo de García Prieto, en Madrid, cuando le pregunté años atrás por qué se iba a San Pedro de Alcántara años antes de su jubilación. Sinceridad en la respuesta, demostrativa de su sentido de la responsabili-

dad como esposo, padre de familia numerosa y con deseo de tiempo para el estudio, la investigación (su biblioteca, seguro estoy, debe ser digna de admiración; sólo así se entiende el bagaje bibliográfico que aportaba en sus estudios, por breves que fueran).

Durísima enfermedad ha segado su vida en su espléndida madurez. Pruebas dolorosas sufridas durante largo tiempo que –a mi parecer– habrán hecho recordar a Manuel ANDRINO las palabras que UNAMUNO ha legado a la posteridad (talladas están en el monumento que, obra de Victorio Macho, se erige en Salamanca): “Méteme Padre Eterno en tu pecho, misterioso hogar. Dormiré allí, pues vengo deshecho del duro bregar”.

Descanse en paz.

Víctor Manuel Garrido de Palma

Notario