78

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

abril-junio 2011

ESPAÑA

NIHIL PRIUS FIDE

NOTARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

ACTUALIDAD JURÍDICA

150 ANIVERSARIO 1862 - 2012
DE LA LEY DEL NOTARIADO

150

ANIVERSARIO 1862 - 2012 DE LA LEY DEL NOTARIADO

150 años de historia: una función de futuro

11º Congreso Notarial Español

"La Autonomía de la Voluntad"

2011

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

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

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

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

2012

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

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

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

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE NOTARIO

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

www.150ln.es **info@150ln.es**

Número 78
abril-junio 2011

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

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

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

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Impreso en España – *Printed in Spain*

GRAFOFFSET, S.L.
C/ Los Herreros, 14 - Pol. Ind. Los Ángeles
28906 Getafe (Madrid)

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE
D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR
D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (†)

SECRETARIO
D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS
D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José Javier Castiella Rodríguez
D.ª Ana Fernández-Tresguerres García
D. José Manuel García Collantes
D. Francisco Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José Carlos Sánchez González

Revista Jurídica del Notariado
Número 78, abril-junio 2011

VALLET en nuestra memoria
En la Revista se han recibido estudios dedicados al maestro. En breve se publicará un número monográfico conteniéndolos

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

"2001: Odisea de un Código" [en torno a un Código Sucesorio Interregional Comparado] 9
José Cerdá Gimeno

El régimen jurídico de las garantías personales dependientes en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) 81
María Dolores Cervilla Garzón

El Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal (Segunda parte) 123
Josep M.ª Fugardo Estivill

La autonomía de la voluntad en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles 223
Víctor Manuel Garrido de Palma

El papel del notario en la constitución y en general a lo largo de la vida de las fundaciones: elementos esenciales en la constitución de una fundación 267
Juan Ignacio Gomeza Villa

Constitución y principios registrales 297
Gunther Gonzales Barrón

Aspectos relevantes de la institución condicional de heredero y su modernización por los notarios 327
Carmen López Beltrán de Heredia

La primacía de la voluntad en el testamento bajo-medieval 361
Juan Alfredo Obarrio Moreno

El Derecho de cosas y los derechos reales 459
Gabriel de Reina Tartière

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda 533
Víctor Manuel Garrido de Palma

ACTUALIDAD JURÍDICA

Desde Sudamérica recomiendan como modelo el Proyecto de Código europeo de contratos (De Pavía a Tucumán, y... regreso) 539
Gabriel García Cantero

Notas bibliográficas

La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica, de José Javier López Jacoiste, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010 547
Por Gabriel García Cantero

Los procesos por responsabilidad médico-sanitaria, de María de las Nieves Jiménez López, Editorial Tecnos, Madrid, 2011 609
Por María Rosa Gutiérrez Sanz

ESTUDIOS DOCTRINALES

"2001: ODISEA DE UN CÓDIGO" [EN TORNO A UN CÓDIGO SUCESORIO INTERREGIONAL COMPARADO] (*)

José Cerdá Gimeno
Notario
Doctor en Derecho

A Víctor Manuel Garrido de Palma, condiscípulo en la austera escuela de don Emilio Bartual, compañero de dictámenes con J. Sapena y de ingreso en el Notariado, notario ejemplar, docente infatigable de futuros notarios y jurista eminente de reconocido prestigio, con admiración desde la distancia y el viejo afecto del amigo de juventud.

(*) **NOTA PREVIA.**

El texto que subsigue se corresponde exactamente con la **Conferencia** por el autor pronunciada el día 29 de mayo de 2001 en la Facultad de Derecho de la Universidad CEU-San Pablo de Madrid [era la **Ponencia** encargada al efecto para la denominada **"I Jornada sobre Derecho Civil Común y de las Comunidades Autónomas"**, celebrada en dicha fecha en la referida sede universitaria] bajo idéntico *título* de **"2001: Odisea de un Código" (En torno a un Código Sucesorio Interregional Comparado)**.

La Conferencia citada había permanecido inédita hasta la fecha y recientemente se me había solicitado su publicación. La exposición actual mantiene el formato, el estilo que se intentaba docente para un público juvenil, y las notas de entonces actualizadas. El texto de entonces ha sido aligerado con algunas exclusiones y pequeñas variantes. La parte final del texto, en su perspectiva dinámica, había sido objeto en los años siguientes de un análisis posterior por quien esto suscribe.

El texto ahora publicado pretendía en su día –pretende también ahora– poner el acento y reavivar el interés en el análisis y estudio de las convenientes *tareas de micro-comparación jurídica,* tan deficitarias entre nosotros, de cuya necesidad ya nos hablaba el maestro de todos, don José CASTÁN

SUMARIO

♦ UNAS PALABRAS INICIALES

I. UNA ACLARACIÓN APROXIMATIVA AL TEMA:
   1. Una introducción previa [*¿cur?*]
   2. En torno a la terminología utilizada [*¿nomen?*]:
      - Modos del pensar jurídico
      - El modo simbólico y sus vertientes: el símbolo y la alegoría
      - El simbolismo y nuestro tema
   3. Revisión de la metodología aplicable al tema

II. EL PLANTEAMIENTO DE LA TAREA DE COMPARACIÓN JURÍDICA EN NUESTRO DERECHO [*¿quid conceptus?*]
   a) La sugerencia
   b) El desenvolvimiento
   c) La perspectiva diacrónica en la obra del autor
   d) Una perspectiva sincrónica [S. SÁNCHEZ LORENZO]

III. REFLEXIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA HISTORICISTA [*¿quid facti?*]:
   A) Los modelos de "prototipos" postulados acerca del tema:
      a) Los prototipos teóricos
      b) Los resultados prácticos
   B) La dirección prevista para los "rumbos" habituales
   C) Las pautas "conductivas" para la dirección

IV. EL PERFIL ESTRUCTURAL DEL TEMA ELEGIDO [*¿quid rei?*]:
   A) El elemento subjetivo [*"mens legislatoris"*]
   B) El elemento objetivo [*"mens legis"*]:
      — Las estructuras producidas
   C) El elemento formal [*¿quo modo?*]

V. SOBRE EL PERFIL FUNCIONAL DEL TEMA ELEGIDO [*¿quid effectus?*]:
   A) La dinámica de la investigación comparativa:

TOBEÑAS, y cuya importancia y relevancia en la práctica diaria [sobre todo, **en la notarial**] son de todos conocidas.

De dicho texto de entonces –de este texto de ahora– se desprende la idea de **una SEGUNDA PARTE** [al modo del film **"2010: Odisea Dos"**, equivalente al **"2001: Odisea espacial"** inicial], de posible atención y dedicación por el autor en otro momento.

1. La ruta previsible desde la perspectiva de los maestros civilistas
2. Las técnicas posibles de articulación de la comparación jurídica

B) Los fenómenos de inter-normatividad en el ámbito sucesorio:
1. La dinámica inter-normativa sucesoria
- Posiciones doctrinales
- Taxonomía de las instituciones sucesorias
- En especial, la dinámica inter-normativa en el ámbito sucesorio

2. El ámbito conflictual en el Derecho Sucesorio:
- Ideas generales
- Conceptos previos
- Técnicas de aplicación
- Multiplicidad de supuestos fácticos

3. La tipología de supuestos fácticos:
- En general:
  a) Conflictos externos [Derecho Internacional Privado]
  b) Conflictos internos [Derecho Inter-regional]
- Mi recapitulación personal

C) La interpretación en el tema sucesorio elegido:
- Los criterios doctrinales
- El criterio del autor

VI. INTENTO DE UNA RECAPITULACIÓN GLOBAL:
- En cuanto al porqué [*¿cur?*]
- En cuanto al *quid nomen*
- En cuanto al *quid conceptus*
- En cuanto al *quid facti*
- En cuanto al *quid rei*
- En cuanto al *quid effectus*

VII. TABLA DE CONCLUSIONES Y DE TAREAS PENDIENTES:
A) Tabla de conclusiones
B) Tareas pendientes

— EPÍLOGO

♦ UNAS PALABRAS FINALES

"Houston, we have a problem"
[Jack SWIGERT,
Misión "Apolo 13" (1970)].

♦ UNAS PALABRAS INICIALES

• Palabras de salutación, de agradecimiento y de aclaración:

En primer lugar, quiero saludar a los directores del Departamento de Derecho Civil de esta Facultad y, muy en especial, al presidente y secretario del mismo, los aquí presentes profesores doctores don Manuel DE SOROA Y SUÁREZ DE TANGIL y don Jesús-Ignacio FERNÁNDEZ DOMINGO. Además, a los restantes ponentes de esta "I Jornada", a los señores y señoras jornadistas, y a este alumnado joven al que van dirigidas mis palabras.

En segundo lugar, quiero expresar mi agradecimiento por esta llamada, que supone una distinción y una muestra de confianza a un jurista un tanto atípico, como verán Uds.

En tercer lugar, quiero agradecer las palabras de presentación del profesor FERNÁNDEZ DOMINGO y anteponer una aclaración, en el sentido de que se les ha ofrecido a Uds. una imagen *ad extra* [el **quién soy**], pero no se ha añadido la visión *ab intra* [el **quién no soy**]... y en este lugar la mención de tantos grandes maestros, tratadistas y profesores españoles ilustres sería interminable.

• Palabras justificativas de mi intervención hoy y aquí:

Posiblemente haya ayudado a la designación de mi persona y a la elección como PONENTE el hecho puramente anecdótico y coyuntural de haber intervenido directamente en la formulación del Proyecto de Ley de Reforma de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, devenido posteriormente en la Ley de 28 de junio de 1990. Mi intervención en dicho proceso legislativo vino a ser como un *"drafstman"* curtido en largos años de práctica notarial y ayudado de los trabajos

de otros juristas ilustres de las Pitiusas que me precedieron en tales tareas.

Esa aludida anécdota coyuntural no me convierte en la especiosa categoría del legislador foráneo al que aludiera J. CARBONNIER, eso es, **no soy** ni Tirteo de Atenas... ni un Numa Pompilio al que la ninfa Egeria enseñara las leyes...

- Palabras similares a las de un típico relator mediterráneo:

Podría ser como un nuevo Ulises cuenta-historias... Lo que ocurre ahora es que, en vez de proponerles o hablarles de interesantes singladuras marítimas, parece preferible proponer a Uds. como telón de fondo de la exposición la metáfora de *una aventura espacial*.

Así las cosas, y **situados como estamos en el año 2001**, tomo como modelo la obra de Arthur CLARCKE y el film de Stanley KUBRICK **"2001: Odisea del espacio"**. Por lo tanto, doy comienzo a mi exposición.

I. UNA ACLARACIÓN APROXIMATIVA AL TEMA

Unas palabras previas sobre el tema aquí propuesto, tras la presentación previa efectuada [**el quién**] y la justificación de mi presencia [**el porqué**], parecen ahora necesarias.

En esta mínima aclaración se trata de la justificación del tema, de la terminología utilizada y de una revisión de la metodología posible de aplicación al mismo.

1. UNA INTRODUCCIÓN PREVIA [*¿CUR?*]

Resumidamente dicho, esta aproximación a nuestro tema propuesto pretende dar respuesta a una serie de interrogantes en orden al mismo, cuales son las cuestiones referentes al nombre, a la cosa en sí, al concepto, a la regulación en derecho, a los efectos, a la finalidad, etc. (1).

(1) En un sentido similar, con un adecuado presupuesto epistemológico, v. SÁNCHEZ DE LA TORRE: "Filosofía crítica de los sistemas jurídicos", en

Esta serie de preguntas o cuestiones apuntadas parece son merecedoras de una exposición que quizá va más allá de las modestas posibilidades de este PONENTE, el cual se limitará a presentar a Ustedes a modo de unas balizas orientativas para el intrépido intérprete u "operador jurídico" en una –a lo que creo– difícil singladura. Es de suponer que todo ello pueda resultar a Ustedes de algún interés y utilidad. Seguramente la proyección subconsciente del tópico permanente acerca de la Codificación, del que me he ocupado muy recientemente, podría hacer imaginar a algún oyente que quien les habla iba a tratar otra vez del manido tema de la inacabada tarea de la Codificación española. Pero no era, no es, esta mi intención.

Habría quizá resultado más apropiada para nuestro enfoque una denominación de algo así como "Una investigación comparativa acerca de los sistemas sucesorios de los ordenamientos civiles hispánicos territoriales". Demasiado pretencioso. Incluso podría aventurarse una elíptica frase como la de "Desde la utopía codificadora unificadora decimonónica hasta la aporía constitucional de la equiparación de sistemas civiles pasando por el desbordamiento de la utopía autonómica". También excesivo.

Tenía que efectuar, por consiguiente, una pequeña reducción del ámbito investigador, limitando este a una metafórica *reductio* a la imaginaria trama de un tema más propio de la "ciencia-ficción", comprensivo de un supuesto [*hipótesis:* un "código sucesorio interregional" y una comparación encapsulados] dentro de las bien conocidas imágenes de un vehículo (**nave**) y de un viaje (**odisea**).

Una vez conocido el porqué del tema y de la terminología utilizada, paso a detenerme en algunos aspectos acerca de esta última.

2. EN TORNO A LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA [*¿NOMEN?*]

Al aludir a la terminología en orden a nuestro tema, parece conveniente referirse a los modos habituales utilizados en el pensamiento jurídico y a las muy numerosas variantes en orden a los mismos. Lo que, en el fondo, presupone la referencia inexcusable a un determinado y concreto planteamiento en el modo de operar en

---

Anuario de Historia del Derecho Español, 1976, pp. 77-123, en especial p. 102.

la investigación, esto es, la referencia a una concreta metodología a utilizar.

- **Modos del pensar jurídico**

Recordaba don Antonio HERNÁNDEZ GIL que las corrientes metodológicas primordiales surgidas y consolidadas en el seno del saber jurídico han sido estas: la de la jurisprudencia de conceptos (método dogmático-jurídico), la de la jurisprudencia de intereses, la de la jurisprudencia sociológica, la de la tópica y la de la teoría de la argumentación. A su vez, precisaba dicho autor, dentro del pensamiento jurídico hay que situar las distintas corrientes filosóficas [o "intrajurídicas"] en las que cada autor se sitúa, referentes a la del iusnaturalismo renovado, la del positivismo subsistente y la de la tridimensionalidad (2).

A la hora de ubicar a quien les habla, parece elemental la precisión relativa a que el dicente ha utilizado métodos diversos en sus diversos escritos precedentes a lo largo de estos años pasados.

- **El modo simbólico y sus vertientes: el símbolo y la alegoría**

El modo simbólico –en sentido amplio– es considerado de manera detallada en un capítulo especial de su obra por Umberto ECO al aludir a "la selva simbólica y la jungla léxica" como sigue:

> "**Simbolon** de *Simballo,* «arrojar con», «juntar», «hacer coincidir»: originalmente, símbolo es el medio de reconocimiento que consiste en una moneda dividida, en una medalla rota cuyas dos partes se hacen coincidir, analogía ésta que debería ser un toque de atención para los compiladores de léxicos filosóficos. Aun cuando de las dos mitades una remita a la otra (*aliquid stat pro aliquo,* como sucede en todas las defi-

(2) Sobre el tema de la metodología, con detalle, v. A. HERNÁNDEZ GIL: "La contemporaneidad en la filosofía del Derecho", Discurso de Inauguración del Curso Académico 1985-86, el día 25 de noviembre de 1985, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Impr. Sucs. de Rivadeneyra, Madrid, 1985, pp. 32 y ss. y 63 y ss.; J. B. VALLET DE GOYTISOLO: *Metodología de la determinación del Derecho,* ed. Fundación R. Areces, Madrid, 1994.

niciones clásicas del signo), esas dos mitades de la moneda sólo alcanzan la plenitud de su función en el momento en que vuelven a juntarse para reconstruir la unidad. En la dialéctica de significante y significado típica del signo esa reunión siempre resulta incompleta, diferida; cada vez que el signo es interpretado, es decir, traducido a otro signo, se descubre algo más y la remisión, en vez de cerrarse, sigue complicándose, extendiéndose... Con el símbolo, por el contrario, se piensa una remisión que llega al término: la conjunción con el origen" (3).

La noción de simbolismo –en sentido estricto– la refiere U. ECO a la relevancia de las siguientes propiedades:

"No sólo debe existir una presunción de analogía entre simbolizador y simbolizado (en la medida en que las propiedades «similares» puedan ser reconocidas y definidas de diferentes maneras), sino también un significado esencialmente vago. Una expresión que remite a ese contenido [transmitido] como a una nebulosa de propiedades posibles" (4).

Observa P. RICOEUR –en cita de U. ECO– el vínculo estrecho que existe entre el símbolo –en sentido estricto– y la hermenéutica del lenguaje: la hermenéutica debe entender el lenguaje en clave simbólica. La búsqueda de la verdad como proceso de interpretación; el lenguaje como ámbito en que las cosas acceden automáticamente al ser. Dice P. RICOEUR que

"La estructura llamada-respuesta propia de la interpretación no obedece a un ideal de explicitación total: debe poner en libertad *(freilassen)* lo que se ofrece a la interpretación: un pensamiento no vale por lo que dice, sino por lo que deja de decir y, sin embargo, saca a la luz, manifestándolo de una manera que no es la de la enunciación. La interpretación no tiene punto de llegada... La palabra no es signo *(zeichen),* sino *zeigen,* «mostrar»" (5).

•• Habrá que recordar ahora aquella inicial sugerencia etimológica contenida en la palabra "símbolo" y propuesta por U. ECO: algo sustituye a algo distinto, pero ambos alcanzan la máxima carga de

(3) V. U. ECO: *Semiótica y filosofía del lenguaje,* trad. de R. P., ed. Lumen, 1.ª edición, Barcelona, 1990, p. 229.

(4) V. U. ECO, *op. cit.* en nota 3 precedente, p. 257.

(5) V. U. ECO, *op. cit.* en nota 3, p. 262.

sentido cuando vuelven a formar una unidad. Importante es recordar también las conclusiones acerca del modo simbólico a las que llega U. ECO:

> "El modo simbólico no caracteriza un tipo particular de signo ni una modalidad especial de producción sígnica, sino sólo una modalidad de producción o de interpretación textual.-... el modo simbólico presupone siempre y de todas formas un proceso de *invención* aplicado a un *reconocimiento*" (6).

Modo simbólico que –en la configuración de U. ECO– tiene la *nota característica* de que, en el caso de que no se active el símbolo, el texto sigue teniendo un sentido independiente en los planos literal y figurativo (retórico).

•• A la *indistinción* entre simbolismo y *alegorismo* se refiere U. ECO en otra de sus obras, y en tal sentido expone que

> "La visión *simbólico-alegórica del universo* del hombre medieval [analizada magistralmente por HUIZINGA] muestra... la gran verdad... encerrada en aquellas palabras [de S. PABLO] a los CORINTIOS: «*Videmus nunc per speculum in aenigmitate, tunc autem facie ad faciem*» –«Ahora miramos por medio de un espejo en una palabra oscura, pero entonces estaremos cara a cara»–. Nunca se ha olvidado que sería absurda cualquier cosa, si su significación se agotase en su función inmediata y en su forma de manifestarse; nunca se ha olvidado que todas las cosas penetran un buen pedazo en el mundo del más allá. Este saber nos es familiar, como sentimiento no formulado que tenemos en todo momento;... -"
>
> "... Se ha hablado de *cortocircuito del espíritu,* del pensamiento que no busca la relación entre dos cosas siguiendo las volutas de sus conexiones causales, sino que lo encuentra con un salto brusco, como relación de significado y finalidad.-..."
>
> "Lo que estimula la atribución simbólica es pues una cierta concordancia, una analogía esquemática, una relación esencial..."
>
> "... En cualquier caso, el cortocircuito o la identificación por esencia se fundan en una relación de conveniencia (que es, en definitiva, la relación de analogía en su nivel menos metafísico...).-"
>
> "Y henos aquí ante otro componente del alegorismo universal: percibir una alegoría es percibir una relación de conveniencia y disfrutar estéticamente de la relación, gracias también al esfuerzo interpretativo. Y hay

(6) V. U. ECO, *op. cit.* en nota 3, p. 285.

esfuerzo interpretativo porque el texto dice siempre algo diferente de lo que parece decir: «*Aliud dicitur, aliud demonstratur*».- El (hombre) medieval está fascinado por este principio. Como explica BEDA, las alegorías afinan el espíritu, reavivan la expresión, adornan el estilo.-... En un universo simbólico todo está en su lugar porque todo se corresponde, las cuentas salen siempre...-" (7).

Tradicionalmente esta *identificación* entre símbolo y alegoría venía ya derivada de los griegos y de los propios hebreos [la exégesis alegórica de la Toráh es clásica entre los cabalistas] y perdura hasta el siglo XVIII, cuando el movimiento romántico (GOETHE) comienza a plantear la *distinción* entre símbolo y alegoría.

Hay, finalmente, a juicio de U. ECO, la que denomina *"la pansemiosis metafísica",* cuando en el ambiente renacentista [hermetistas] se imponga la difusión de la idea de **símbolo** "como aparición o expresión que nos remite a una realidad oscura, inexpresable con palabras (y tanto menos con conceptos), íntimamente contradictoria, inasequible, y, por lo tanto, a una especie de revelación numinosa, de mensaje jamás consumado y jamás completamente consumable" (8).

- **El simbolismo y nuestro tema**

Al aplicar este modo simbólico, sugerido tras la re-lectura de U. ECO, a nuestro tema en examen se ha procedido de intento a la reducción de *los símbolos* a uno (**la nave**) y a la alegoría referida a *la aventura* (**la odisea**) espacial. Todo lo cual, como se planteó más arriba, tendrá su desenvolvimiento seguidamente.

3. REVISIÓN DE LA METODOLOGÍA APLICABLE AL TEMA

• Sobre los posibles métodos de investigación había ya aludido precedentemente en mi remisión a la obra de A. HERNÁNDEZ GIL precitada.

---

(7) V. U. ECO: *Arte y belleza en la estética medieval,* trad. de H. LOZANO MIRALLES, ed. Lumen, 1.ª edición, Barcelona, 1997, pp. 68-69.

(8) V. U. ECO: *Arte y belleza..., op. cit.* en nota precedente, pp. 73 a 75 y 75 y ss.

• Habría que proceder aquí a una remisión genérica a las técnicas comparatistas y, con los más autorizados expositores, hacer estas distinciones: entre las especies de macro-comparación y de micro-comparación (9); entre elementos fungibles y elementos determinantes a los efectos de clasificación; entre órdenes jurídicos [ya sean de sistemas jurídicos distintos, ya sean de un mismo sistema] semejantes u opuestos, etc.

Ante todo, cabe retener aquí como *presupuesto o punto de partida básico* la observación de K. LARENZ de que

> "La diversidad de criterios valorativos... dificulta también, en alto grado, la «comparación de casos»...-= La comparación requiere siempre determinados criterios respecto de los cuales coincide o no lo comparado. Si el número de... criterios es tan elevado..., desaparece prácticamente la comparabilidad" (10).

Más adelante, en el epígrafe siguiente, aludiré a las aportaciones de la doctrina española al respecto.

A estos concretos y limitados aspectos metodológicos *en el ámbito comparativo interno*, quien esto suscribe había presentado años atrás sus reflexiones y distinguido diversos tipos de relaciones:

— Relaciones entre sistemas jurídicos.
— Relaciones entre principios (esenciales, accidentales).
— Relaciones entre normas jurídicas.
— Relaciones entre instituciones (11).

---

(9) V. L. J. CONSTANTINESCO: *Tratado de Derecho Comparado,* I, ed. Tecnos, Madrid, 1981, pp. 319-325 y ss.

(10) V. K. LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho,* ed. Ariel, Barcelona, 1960, p. 224.

(11) V. J. CERDÁ GIMENO: una referencia escueta en mi PONENCIA OFICIAL al Congreso "Jornadas Internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas" [celebrado en la Universidad de Deusto, en Bilbao, los días 20 al 23 de febrero de 1991], titulada "Unas reflexiones acerca de la comparación de los regímenes económico-matrimoniales de Vizcaya y Baleares", publicada en el volumen colectivo del Congreso, ed. de Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 195 a 297; ahora, en mi libro *Estudios sobre Derecho de Familia,* ed. del Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pp. 145 a 411, notas 5 y las 10 y ss., concordantes.

Intentaré en páginas siguientes aludir a algunas de estas relaciones, a los efectos comparatistas que aquí se persiguen.

II. EL PLANTEAMIENTO DE LA TAREA DE COMPARACIÓN JURÍDICA EN NUESTRO DERECHO [*¿QUID CONCEPTUS?*]

Me parece de elemental justicia distributiva la proclamación –una vez más– del magisterio del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS y de su condición de iniciador de los estudios del "Derecho Comparado" entre nosotros: condición reconocida por la mayoría de los autores españoles [F. DE CASTRO, A. PAU PEDRÓN, G. GARCÍA CANTERO, J. L. DE LOS MOZOS, etc. etc.].

Una consideración elemental, primordial, obvia, para J. CASTÁN TOBEÑAS, era la de que

> "Razones de orden interno dan, en nuestra Patria, relevante interés a la comparación jurídica en la esfera del Derecho Civil, dada la coexistencia –ahora, además, constitucional– de diversas legislaciones civiles" (12).

A dicha conclusión había llegado asimismo el profesor F. DE CASTRO y BRAVO, al exponer que:

> "... hay que tener en cuenta que el mismo existir de los Derechos Forales impone al civilista español una cierta visión comparatista del Derecho" (13).

Es, por consiguiente, justo considerar a D. José CASTÁN TOBEÑAS como el "pionero" en las tareas comparatistas entre nosotros. Por consiguiente, permítanme que me refiera seguidamente a él en primer lugar.

---

(12) V. en J. CASTÁN TOBEÑAS: "Reflexiones sobre el derecho comparado y el método comparativo", *Discurso* en la Solemne Apertura de los Tribunales celebrada el día 16 de septiembre de 1957, ed. de I. E. Reus, Madrid, 1957, p. 106.

(13) V. F. DE CASTRO Y BRAVO: "Don José Castán y el Derecho comparado y el internacional", *Discurso* en la sesión necrológica en honor de su Presidente Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBEÑAS, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1969, p. 4.

A) LA SUGERENCIA

Tomando como base o punto de partida algunas de las propuestas del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS, recojo aquí su exposición como sigue:

> "... tampoco parece acertado limitar el objeto y el ámbito del Derecho Comparado al cotejo de los sistemas jurídicos vigentes. El estudio de las fuentes jurídicas ha de ser integral, no bastando con considerar la legislación, si no la ponemos en relación con los principios generales que están por encima de ella y que aclaran y complementan sus preceptos, no menos que con la jurisprudencia de los Tribunales y la doctrina científica.- ... El Comparatista deberá tener siempre presente que el elemento positivo o dogmático del Derecho, unido necesariamente al elemento histórico no puede quedar aislado, a la vez, del elemento social, ni mucho menos del punto de vista racional e ideal." (14).

Había planteado en su día el profesor CASTÁN TOBEÑAS con notable anticipación si el replanteamiento del estudio del **Derecho Comparado** debía conducir o bien a una elaboración de una **ciencia** o rama especial del Derecho, o bien a una formulación de una nueva "teoría del **método**" apropiado. Superando las posiciones que ubican en *el objeto* la diferencia esencial entre ciencia autónoma y método de investigación y partiendo de su posición prototípica del *pluralismo integrador* [en intuición genial de A. HERNÁNDEZ GIL], CASTÁN busca la compatibilidad de ciencia y de método y se plantea cuáles son *los rasgos* que caracterizan al Derecho Comparado como Ciencia y *los fines* que deba perseguir en tanto que método (15).

Admitido que el Derecho Comparado puede considerarse *como Ciencia*, CASTÁN entiende que tiene *un carácter* más descriptivo que constructivo, que *su objetivo* es la distinción y cotejo de los sistemas jurídicos [esto es, la llamada "macro comparación"], y que *sus finalidades* cabe concretarlas en estas tres siguientes: la primera, una función cultural; la segunda, una función de cohesión humana, en

(14) V. J. CASTÁN TOBEÑAS: "Reflexiones sobre el derecho comparado...", *op. cit.*, pp. 109-110.

(15) V. A. PAU PEDRÓN: "Los problemas fundamentales del Derecho comparado en la obra del profesor CASTÁN TOBEÑAS", en la RCDI, "Número Homenaje en el Centenario del nacimiento del Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBEÑAS", año LXV, septiembre-octubre de 1989, núm. 594, pp. 1539 a 1552, en especial 1541-1544.

orden al desarrollo en los pueblos del ambiente de cooperación internacional; la tercera, una función histórica, en orden a la reconstrucción de un determinado sistema jurídico (16).

Respecto del Derecho Comparado *como método*, y en cuanto a la disyuntiva entre la unificación y la armonización jurídica como finalidad del mismo, CASTÁN considera que la unificación legislativa es, por una parte, ineficaz y víctima de su fracaso histórico ["la unificación es una tela de Penélope que los juristas tejen de día y los pueblos destejen de noche", nos dice], y, por otra parte, entraña en sí misma una contradicción esencial. Por lo tanto, considera CASTÁN preferible pensar en fórmulas atenuadas de aproximación para así lograr la armonización [jurídica] necesaria para atender a los fines prácticos que impongan los comunes intereses de los pueblos.

El esquema práctico de *aproximación jurídica* propuesto por CASTÁN en su día comprende las fases siguientes:

1.ª Fase preliminar o de exploración [posibilidad, forma].
2.ª Fase de redacción [formulación de proyectos].
3.ª Fase de la acción [redacción de normas uniformes] (17).

Tema estrella del comparatismo jurídico moderno ha sido el de *la ordenación de los sistemas jurídicos*: respecto del mismo ha escrito A. PAU PEDRÓN que cabe llegar a las siguientes conclusiones:

— la primera, que no cabe una sistematización global;

— la segunda, la de la necesidad de concretar el criterio científico a que deba atenderse para realizar una clasificación tipológica [se habla, v. gr., de conceptos y expresiones distintas: perfil estructural de los sistemas jurídicos, espíritu y estilo de los sistemas, figuras clave del ordenamiento, denominador común, modos jurídicos irreductibles y superables, etc.];

(16) V., con un mayor detalle, en A. PAU PEDRÓN: "Los problemas fundamentales...", *op. cit.*, pp. 1545 y ss.

(17) V. PAU PEDRÓN: "Los problemas...", *op. cit.*, p. 1547, el autor citado subraya especialmente la sustancial coincidencia de tales fases propuestas en su día por J. CASTÁN TOBEÑAS con las que la Unión Económica Europea hoy mismo ha ido desarrollando a través de las instituciones comunitarias.

— y la tercera, que el estudio de los sistemas jurídicos no puede quedarse en un simple estructuralismo, sino que ha de hacerse un análisis sociológico de las normas (18).

Sobre las razones *de orden interno* que en nuestra Patria ofrecen un interés relevante a la comparación jurídica en la esfera del Derecho Civil, escribía CASTÁN TOBEÑAS que

> "La circunstancia de la coexistencia en España de diversas legislaciones –el llamado Derecho común y las legislaciones regionales o forales– hace especialmente necesario, para la dogmática de las mismas y para enjuiciar el problema de su subsistencia o unificación, el uso de los métodos históricos y comparativos. Sólo por ese camino podrá llegarse a la constitución de un Derecho civil español unificado, de base nacional" (19).

Esa doble función del *comparatismo jurídico interno*, esto es, o bien la de permitir un mejor conocimiento de todos los Derechos Forales o bien la de facilitar el hallazgo de la "base nacional" o substrato común de todo el Derecho Civil vigente en España, la había ejercitado a lo largo de su vida el profesor J. CASTÁN TOBEÑAS en diversos ámbitos: en el docente, en el de la jurisprudencia y en el de las actividades institucionales [Presidencia de la "Comisión General de Codificación", del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza en 1946, etc.].

En el ámbito específico docente –además de la relevancia que en cada tema concreto daba a las distintas peculiaridades forales [en su archifamoso TRATADO *Derecho Civil Español, común y foral,* o sea, el célebre "CASTÁN"]– es muy interesante, en mi opinión, como *precursor* de ulteriores aportaciones similares a esta mía actual, su magnífica obra titulada DERECHO CIVIL FORAL (20). A pesar de ser, en la pre-

(18) V. PAU PEDRÓN: "Los problemas...", *op. cit.*, p. 1548.

(19) V. en A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN: "La interpretación comparativa del Código y de las Compilaciones civiles", en la colección *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. CASTÁN,* volumen IV, pp. 377 y ss., en especial 379, Ediciones de la Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1969.

(20) V. J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Foral,* 2.ª edición (totalmente revisada y ajustada al cuestionario para el 2.º ejercicio de las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de aspirantes a la Judicatura de 26 de octubre de 1931), ed. Reus, S. A., Madrid, 1932.

sentación modesta del autor, "unas contestaciones a un programa de oposiciones a la judicatura", descubre su espléndida preparación partiendo de la formación histórica del Derecho Español y de los elementos integrantes del mismo, la historia del Derecho español a partir del siglo XVIII, las tendencias unificadoras, las fuentes del Derecho en las legislaciones forales y –muy en especial– el gran tema de la importancia de las costumbres. La estructura general de la obra aparece distribuida a través de las instituciones civiles forales entonces subsistentes.

B) EL DESENVOLVIMIENTO

La impronta dejada por CASTÁN y su actividad pionera *en el ámbito comparatista interno* iba a tener obviamente un amplio desenvolvimiento posterior, no tan solo desde el ámbito doctrinal o docente, sino también desde la práctica jurídica y los movimientos codificadores –legislativos y prelegislativos– posteriores.

En este lugar hago una referencia a algunos de los que entiendo son los más notables continuadores de su tarea comparatista, v. gr.:

- L. MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA.
- P. MARÍN PÉREZ;
- A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN [muy importante su análisis acerca de la que llama la *interpretación comparativa*]. De sus interesantes aportaciones ofrezco aquí estos párrafos:

> I. LOS FINES Y EL CLIMA DE LA COMPARACIÓN
>
> Porque los fines que puede proponerse el comparatista son, en verdad, muy numerosos, convendrá señalar entre ellos los que parecen de mayor utilidad en nuestro caso; y, tras exponer el clima necesario para que la comparación sea provechosa, decir algunas palabras sobre lo que hoy algunos denominan interpretación comparativa.
>
> 1. *La variedad de fines.*
>
> .-...=...=Si esto es verdad en todo caso, lo es particularmente cuando los ordenamientos que se comparan pertenecen al país del intérprete, lo que será el caso ordinario en el trabajo de que aquí se trata. El estudio por parte de nuestros civilistas de las normas e instituciones del Código civil en comparación con las correlativas de las Compilaciones, llevará necesariamente a conocer mejor uno y otro ordenamiento, a calar más a fondo en el respectivo régimen; así como la investigación comparativa de las Compilaciones, enriquecerá, sin duda, el conocimiento del Derecho en ellas contenido.
>
> Baste ahora señalar dos logros importantes que pueden obtenerse de esta tarea comparativa:

a) El conocimiento del régimen jurídico propio de las Compilaciones, resulta indispensable para la correcta interpretación del Código civil, porque al constituir aquéllas y éste partes tan sólo del ordenamiento civil español, los principios básicos del ordenamiento considerado en su conjunto –como criterios necesarios para la exégesis de las normas singulares– sólo podrán hallarse mediante la investigación de todas aquellas fuentes.

b) A mi juicio, como he dejado dicho en otro lugar, la "comunicación" entre sí de los Derechos civiles contenidos en las Compilaciones puede ser verdaderamente fecunda para el perfeccionamiento progresivo de sus instituciones, antes de que éstas se comuniquen al futuro Código civil general, toda vez que las normas de aquellos Derechos ofrecen –concretamente por lo que se refiere al régimen familiar– un común denominador. Esta comunicación sólo podrá obtenerse como fruto de una investigación comparativa de las Compilaciones.

2. *El clima de la comparación.*

.-...=...=

Se requiere, ante todo, el respeto y la consideración hacia los diversos Derechos objeto de la tarea comparativa.

.-...=...=

3. *La interpretación comparativa.*

El trabajo de comparación es siempre empeño difícil, que requiere, sin duda, para hacerlo seriamente, investigaciones complicadas, lo que exige el esfuerzo continuado de muchos, con la mira puesta en unos objetivos –en unos ideales, cabría decir– comunes.

En nuestro caso, la finalidad inmediata y el objeto o materia de los trabajos singulares, pueden ser múltiples: examen de una norma concreta o de una institución determinada en dos o más ordenamientos (algunas Compilaciones solamente; todas ellas consideradas en conjunto; el Código civil en relación con una o varias Compilaciones), etc.

Sin embargo, pienso que en cualquier caso será conveniente tomar en consideración las enseñanzas que nos proporcionan los cultivadores del método comparativo. A una de ellas quiero referirme especialmente.

Como ha hecho observar ANCEL, a la orientación –dominante con anterioridad– que buscaba sobre todo la investigación de los puntos comunes en los varios ordenamientos objeto de la comparación, ha sucedido otra que se fija, especialmente, en las diferencias que existen entre los sistemas positivos. Se trata de señalar la importancia de la noción de sistema jurídico, considerado como un todo que es necesario abordar en su conjunto.

Dentro de esta nueva orientación, algunos autores dan un paso más y conciben el Derecho comparado como una "interpretación comparativa". La labor comparativa se entiende como eminentemente constructiva. Mediante la interpretación de los datos normativos, se construye el sistema de Derecho. Entonces, el problema más interesante, por ser la

última etapa de la interpretación, consiste en formular o definir científicamente la "estructura" del sistema jurídico. Cuando el jurista realiza la comparación de varios ordenamientos, ha de proceder a una labor exegética –no sólo informativa– de todos ellos, teniendo en cuenta –como antes hemos recordado– que está más familiarizado con el suyo propio. La interpretación comparativa conduce, mediante un proceso unitario, a interpretar un determinado ordenamiento por medio de otros, que se hace objeto de simultánea interpretación. El comparatista –escribe RAVÀ– construye conceptos y sistemas de conceptos (...) capaces de profundizar en la interpretación de los diversos sistemas que examina para conducirlos espontáneamente hacia la unificación; y de este modo la interpretación comparativa puede dar lugar a una cultura jurídica más amplia que las actuales culturas nacionales, y renovarlas.

Estimo que la orientación indicada es particularmente útil para el contraste de los diversos ordenamientos civiles españoles. Por el camino de esta llamada "interpretación comparativa" se trata, a mi juicio, de profundizar en la inteligencia profunda de cada uno de ellos, con el fin de señalar sus elementos comunes y diferenciales; de localizar las normas capaces de integrarse; y de certificar, con objetividad científica, aquellos otros que –como pertenecientes a sistemas jurídicos sustancialmente diversos– ofrecen resistencia a la integración. En todo caso, se trata –y en este punto cifro la mayor fecundidad de la investigación comparativa– de renovar nuestra ciencia del Derecho civil. De ello tal vez pueda obtenerse un día –más o menos lejano– la elaboración de un nuevo Código general; pero, como fruto más próximo y seguro, de ello puede esperarse fundadamente un notable progreso en la inteligencia de cada uno de los ordenamientos objeto de la comparación.

II. CARACTERES DE LOS CÓDIGOS Y DE LAS COMPILACIONES CIVILES

.-...=...=

2. Las Compilaciones civiles españolas.

.-...=...=

Por mi parte, sin negar el carácter convencional del término elegido, estimo que es acertado para expresar estos rasgos comunes de las cinco Compilaciones:

a) No se trata ya de simples Apéndices del Código civil, lo cual significa una clara aminoración de su dependencia respecto de éste, es decir, el reconocimiento de que poseen intrínsecamente un apreciable valor.

b) Se les llama Compilaciones porque recogen un régimen anterior, sin perjuicio de implantar algunas normas nuevas inspiradas en los criterios básicos del régimen histórico. Esto es así, sin duda alguna, incluso para el caso de Aragón, donde se ha procedido, al decir de LACRUZ, de acuerdo con una tendencia que denomina maximalista.

c) Y se les llama Compilaciones para no llamarlas Códigos, lo cual tiene una especial importancia, que deseo comentar.

Para mí las nuevas Compilaciones constituyen partes integrantes del ordenamiento civil español, caracterizadas por ser conjuntos de normas extracodiciales dotadas de propia sistematización.

Porque son partes integrantes del ordenamiento civil español –aunque su vigencia afecte tan sólo a grupos determinados de sujetos– las normas de las Compilaciones han ingresado en aquél con capacidad para influirle en muchos aspectos.

Porque se trata de normas extracodiciales, yo diría que suponen la existencia de un Código civil –que se quiera o no, ofrece el rasgo de sus modelos y tiene, por ello, la pretensión de regular la materia civil de modo "completo"– y son, respecto de él, Derechos especiales. Más todavía: Derechos especiales con vocación –o, al menos, proclividad– a integrarse en un Código civil.

Pero como, por otra parte, constituyen conjuntos de normas dotadas de propia sistematización (volveré más tarde sobre este punto), a pesar de no ser regímenes con pretensión omnicomprensiva, parece claro que esa vocación a integrarse en un Código, plantea el problema de un contraste previo entre el "sistema" de la Compilación y el "sistema" del Código actual para dar paso a la elaboración de un nuevo sistema integrador de aquéllos. Y así parece que deberá ser, so pena de retroceder considerablemente, pues la simple "comunicación" de aisladas instituciones al Código actual, convertiría las Compilaciones en algo de consideración muy inferior a los Apéndices por todos desechados ya.

...=...=.

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN COMPARATIVA

Para un planteamiento general del tema objeto de mi estudio, bastará llamar la atención acerca de algunas cuestiones más relevantes que habrá de abordar la interpretación comparativa del Código civil español y las recientes Compilaciones: en particular, el examen del Derecho consuetudinario, de una parte; y, de otra, el contraste de las instituciones jurídicas, situadas en su respectivo sistema. Una breve consideración en torno al futuro Código civil general servirá, finalmente, para llamar la atención sobre lo que constituye el fin más ambicioso de estas tareas comparativas.

1. *El Derecho consuetudinario*

"Sería incompleto un Código –sostenía Joaquín COSTA– que se desentendiera de las costumbres vigentes al tiempo de su redacción, máxime si desgraciadamente dominara en sus autores la equivocada idea de que no debe admitirse la costumbre como fuente originaria de derecho para lo venidero, y desautorizara por anticipado las evoluciones internas de la legislación causadas por la fuerza creadora del espíritu colectivo". Por eso proponía la recolección y fijación por escrito de las costumbres aragonesas "como las recogieron y fijaron en Francia en el siglo XVI".

¿Qué decir del valor del Derecho consuetudinario en las nuevas Compilaciones civiles de España?

En relación con este tema, que juzgo de primordial importancia, pienso que deberían distinguirse cuatro cuestiones particulares: *a)* la redacción escrita que ha dado el legislador a muchas costumbres locales, convirtiéndolas en norma legal de las Compilaciones; *b)* la consideración de las costumbres anteriores como elemento interpretativo de las normas de las Compilaciones; *c)* la referencia expresa a las costumbres todavía no escritas como Derecho vigente; *d)* la admisión de la costumbre "como fuente originaria de Derecho para lo venidero", según la expresión de COSTA.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, sólo quiero decir un par de cosas. Todas y cada una de las Compilaciones hasta ahora promulgadas, han procurado incorporar a ellas, como Derecho escrito, buena parte de las costumbres que se estimaron subsistentes, y lo han sido especialmente aquellas que venían siendo modeladas por la labor notarial.-(...).- El Derecho foral, ha escrito recientemente RIERA AISA, "queda casi por completo concretado en las reglas y normas de aplicación notarial. Se ha realizado una continua labor de investigación con la finalidad primordial de conseguir una adecuación de las reglas, olvidando la aplicación de aquellos viejos preceptos que habían caído prácticamente en desuso, al tiempo que se iban aplicando otras reglas que constituían el substratum y esencia de las instituciones forales. La codificación del Derecho foral no puede prescindir de la ingente labor realizada a través de los estudios notariales, que constituyen un catálogo interesantísimo de las reglas verdaderamente vigentes" ("Contribución de la práctica notarial a la formación de la norma jurídica", en *Anuario de Derecho Aragonés,* XI, 1961-1962, pp. 105 y 106). De otra parte, se ha dado entre nosotros un fenómeno semejante al que ofrece, de ordinario, la redacción de las costumbres: con ella se han eliminado, casi por completo, las costumbres locales, que, al convertirse en leyes escritas, se han generalizado, es decir, se extienden al territorio entero de la Compilación respectiva, lo cual es un paso de gran importancia en el proceso unificador.

En las Compilaciones de Cataluña, Baleares y Galicia se inserta una norma, según la cual para interpretar los preceptos en ellas contenidos "se tomará en consideración *la tradición jurídica encarnada en las antiguas* Leyes, *costumbres* y doctrina de que aquéllas se derivan". Con una norma semejante –pero, sin duda, mejor formulada y de superior alcance– se abre la Compilación aragonesa: "Constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen especial, las disposiciones de esta Compilación *integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico".* Obsérvese que para Aragón no se habla de las "antiguas costumbres"; esto se

debe al superior valor que para este territorio se reconoce –como en seguida veremos– al Derecho consuetudinario.

Quedan con reconocida vigencia, al margen de las Compilaciones, algunas normas consuetudinarias. Así se dice en el artículo 2 de la catalana.–...=...= En la Compilación aragonesa se encuentran, también, frecuentes remisiones a la costumbre, y merecen especial mención el artículo 33, que cita por su nombre varias "instituciones familiares consuetudinarias", y el 99 que, al regular los pactos sucesorios, habla de los "que se otorguen en el marco de las instituciones consuetudinarias".

Finalmente, para completar el cuadro del valor que a la costumbre se reconoce en las Compilaciones, bastará llamar la atención sobre la peculiaridad más notable de la aragonesa, al establecer, en su artículo 2, que "la costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón".

Bien se ve que, con representar las recientes Compilaciones un valiosísimo instrumento para facilitar las investigaciones comparativas de que venimos hablando, tal vez una de las tareas más delicadas –y, por lo demás, de todo punto imprescindible– ha de ser el proseguir en el conocimiento de las costumbres locales, sin el cual no cabe penetrar en el íntimo sentido de muchas normas escritas en las Compilaciones, ni cabe, todavía menos, tener una noticia completa de estos ordenamientos que siguen manteniendo vivas enteras instituciones, todavía configuradas, en sus líneas esenciales, por el Derecho consuetudinario. El estudio de esta rica cantera de costumbres y usos locales servirá, de otra parte, para reflexionar serenamente acerca del valor que ha de merecer, en el futuro Código civil, la costumbre como fuente de Derecho. En este sentido, la fórmula aragonesa –y el arraigo que ella alcance durante su inmediata vigencia– será, sin duda, de gran provecho para dirimir entre nosotros el viejo pleito contra el valor del Derecho consuetudinario planteado a raíz de las codificaciones modernas (21).

♦ J. Bms. VALLET DE GOYTISOLO. De las siempre interesantes ideas aportadas por este gran maestro del Derecho Sucesorio y experto en el tema de las instituciones forales, ofrezco aquí algunos párrafos, como sigue:

— De su Discurso de Inauguración del Curso Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 1967-1968 tomo estas palabras:

(21) V. A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN: "La interpretación comparativa del Código...", *op. cit.*, pp. 380 y ss., 391 y ss. y 396 a 399.

La costumbre, fuente formal orgánica del Derecho en los regímenes de libertad civil.

Visto dónde se halla *materialmente* la fuente de la norma, que debe ser descubierta, veamos cuál es –según la misma doctrina– la *fuente formal orgánica* a través de la cual debe manifestarse.

En el Siglo XI, en Cataluña, el Usatje *"Una queque gens"* expresaba, traducido más tardíamente al catalán, que: "Cascuna gent assi mateix eleix sa propia costuma per lig, car longa costuma per lig es ahuda". Su correspondencia en vascuence la hallamos en un dicho muy viejo: *"Erriak bére lege, etxeak bere ardura",* esto es: "Los pueblos por sus leyes, las casas a su modo", o, según sus usos, a su aire. En Navarra la reflejó la divisa de los Infanzones de Obanos, *"Pro libertate Patria gens libera aetate"*, en Aragón, la libertad civil encontró su expresión en el principio *"standum est chartae" y* su complemento en el *"standum est consuetudine".*

Necesidad actual de restaurar las costumbres

"La tarea más urgente de la moral consiste, pues, ahora en restaurar las costumbres. Es insuficiente predicar a las almas la salud moral si no se presta atención al ambiente que las hace enfermar".

Es decir, se preconiza como remedio restaurar aquello mismo que los defensores de la libertad civil quisieron conservar.

...= Joaquín COSTA sitúa, en un todo armónico: en primer lugar, el principio de la libertad civil o *standum est chartae –"cartas rompen fueros"–;* en segundo lugar, el de la libertad local o *standum est consuetudine;* y en tercer lugar, el del *self government* o autonomía en todas las entidades públicas. Es decir un régimen vivido que asciende desde el pueblo orgánicamente constituido.

Jurídicamente, por lo tanto, COSTA traduce la concepción tradicional de Aragón en el siguiente orden de prelación de fuentes: 1.º la *carta,* es decir la voluntad de los particulares manifestada en el título escrito, contrato, testamento, etc.; 2.º la *costumbre local;* 3.º la *costumbre general* escrita en el Código en calidad de derecho supletorio. Fundamenta este orden lo que hoy llamamos *principio de subsidiariedad,* y esa prelación en lo que el mismo COSTA denominó "suidad política de los municipios y cantones", "tanto más en lo civil que en lo político y administrativo". "Fuera de las relaciones de derecho necesario que afectan a la esencia de cada institución, o de otro modo, al derecho natural y a las buenas costumbres, cuya salvaguardia suprema corresponde hoy a la nación, nada tiene que ver ésta con el derecho civil de las localidades, es incompetente para regularlo" (22).

(22) V. J. Bms. VALLET DE GOYTISOLO: "La libertad civil según los juristas de las regiones de derecho foral", Discurso de Inauguración citado, en Pu-

— De su espléndido tratado sobre el Derecho Sucesorio interesa destacar el análisis exhaustivo de las diferentes modalidades sucesorias de cada territorio foral desde una exacta visión comparativa y desde tres distintos planos de observación de la realidad: en el plano de las normas, en el plano de los principios y en el plano de la estructura y de la dinámica de las instituciones (23).

— Posteriormente, en una importante Conferencia Inaugural de las Jornadas dedicadas a la conmemoración del "XXV Aniversario del Fuero Nuevo de Navarra", centraba su intervención en una visión panorámica comparatista de los distintos Derechos Forales, a la que pertenecen estos párrafos:

> ...=... Vistos en términos generales, vengo espigando esos principios tradicionales hace mucho tiempo y dándoles muchas vueltas desde diversas perspectivas.
>
> Pienso que aquéllos comunes a todos estos derechos y que son más fundamentales –de los cuales pueden derivarse todos los demás– son los siguientes:
>
> 1.º El de su espontaneidad y sentido práctico, guiado por la prudencia.
>
> 2.º El de un realismo basado en una percepción sensorial plena y equilibrada de la naturaleza existente y vivida en los propios territorios, estimada con sentido natural y buena razón.
>
> 3.º El de la tradición, en el verdadero sentido de esta palabra.
>
> 4.º El de la libertad civil, en todo cuanto no sea imposible y se halle en el ámbito del derecho voluntario.
>
> 5.º El de la primacía de las costumbres que sean racionales.
>
> 6.º El del carácter subsidiario de las leyes que no sean imperativas en materia de derecho necesario.
>
> 7.º El de la atención primordial a los hechos, con el consecuente criterio de equidad dimanante de esa atención.
>
> 8.º El del arraigo y continuidad de la familia en su habitáculo y en la explotación familiar de la que se sustenta.
>
> Trataremos de analizarlos individualizadamente.
>
> ...=...

---

blicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, impr. de Gráficas San Marcos, Madrid, 1967 [v. también en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* tomo XVII, 1972, pp. 284 a 327].

(23) V. J. Bms. Vallet de Goytisolo: *Panorama del Derecho de Sucesiones,* dos volúmenes, ed. Civitas, 1.ª edición, Madrid, 1984.

[VIII]. **Principio de la conservación de la familia en su propio habitáculo con su explotación familiar**

Este es un principio material, sustantivo, en el que coinciden todos los derechos forales y especiales, aunque varíen más o menos los medios utilizados por cada uno a dicho fin. Por otra parte, este principio conservativo de la familia solariega en su solar se halla entreligado, especialmente en los lugares montañosos, con el principio de derecho agrario de la conservación del *fundus instructus.*

Por eso, diría Vicente FLÓREZ DE QUIÑONES "que la esencia del derecho foral es la de ser un derecho rural puro, como se demuestra con los heredamientos, en los petrucios, en las mejoras largas y en el usufructo universal del cónyuge viudo", que "provee a la unión del propietario a la tierra productiva" y corresponde a "la aspiración de la permanencia familiar en ella". Es el *ager paternus avitusque* de Lino, el *paternus avitusque fundus* de Quintiliano, el *avitu herediolum* de Columela, el *parvum herediolum proavus, quod avus, quod pater incoluit* de Ausonio. A su vez, respecto del derecho de Aragón, PALÁ MEDIANO, diría que "es un ordenamiento para labradores".

Sin embargo, sirve también para mantener la unidad de explotación de pequeñas y medianas industrias, no sólo rurales –como molinos, serrerías, herrerías– sino también urbanas. Tema abordado en el foro general del Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, en París el año 1979, que trató de la transmisión *mortis causa* de las pequeñas y medianas empresas. E, incluso, de las constituidas en forma de sociedades familiares, cuestión abordada un año después, por Luis María VALLET MAS; y que yo mismo he tratado, mostrando las grandes dificultades que para esto presenta el Código civil con su legítima larga.

Los medios empleados para la indicada finalidad básica de estos derechos tienen mucho de común en todos ellos, aunque en cada sistema ofrezcan bastantes variantes, que se ajustan al conjunto de sus instituciones peculiares, como las distintas piezas de un reloj en movimiento.

Es medio común, en todas, el de las capitulaciones matrimoniales con los contratos sucesorios –heredamientos, donación *propter nuptias,* petrucios, *espolits, definició,* etc.– que tienen como principal función la que ahora nos ocupa.

La libertad de testar es más o menos amplia y oscila entre la plena sin más límites que el formal de apartar a los no instituidos, de Navarra y Ayala, y la legítima colectiva con facultad de elegir en ella un solo sucesor, de Aragón y la tierra llana de Vizcaya, hasta las legítimas cortas y pagables en dinero en Cataluña y Baleares, y la mejora de labrar y poseer en Galicia.

Varían también las aplicaciones de los usufructos universales del tipo de regencia de los que se han ocupado MARTÍ MIRALLES y GARCÍA-GRANERO, ya sean legales o voluntariamente pactados en capítulos matrimoniales o deja-

dos en testamento, a veces asegurados en Cataluña y Baleares con alguna cautela de opción compensatoria de la legítima. Incluso en el Alto Aragón esa función de conservación es acrecentada con la del casamiento en casa.

La comunidad continuada juega asimismo un importante papel en Aragón y Navarra.

También varían las diversas instituciones fiduciarias. De ellas, tal vez, la más fundamental sea la del comisario en la tierra llana de Vizcaya, pues allí es pieza indispensable habida cuenta que, sin ella, la comunicación foral de bienes podría escindir el patrimonio solariego.

En fin, la troncalidad se da con carácter forzoso en la tierra llana de Vizcaya y subsidiariamente *ab intestato* en Navarra y Aragón, y no la contemplan los derechos de Cataluña, Baleares y Galicia.

Pero ocurre que, por diversos y variados caminos, se sirve siempre esa misma finalidad familiar en todos esos derechos forales o especiales hispánicos.

...=...

Cuando el patrimonio de la casa deja de considerarse así y se le estima como capital, transformable en dinero, dejan de tener justificación casi todos los usos forales. Si las familias pierden su unión es grave la crisis que se produce y si esto conlleva la pérdida de la confianza en la buena fe, en el sentido indicado, las instituciones quiebran (24).

♦ J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA. Ambos profesores, lamentable y prematuramente desaparecidos, habían efectuado una extraordinaria labor académica y docente, labor que dio sus frutos a través de su espléndida obra de conjunto sobre el Derecho de Sucesiones [en especial, desde la edición **de 1973**].

En la obra referida el tratamiento de las instituciones sucesorias y de los correspondientes sectores normativos forales había sido efectuado a través de una innovadora *visión sincrónica* de cada uno de los distintos ordenamientos civiles hispánicos (25).

---

(24) V. J. Bms. VALLET DE GOYTISOLO: "Principios básicos del Derecho Foral", en el volumen colectivo titulado *Presente y futuro del Derecho Foral,* coord. de R. DOMINGO y M. GALÁN, Jornadas Conmemorativas del XXV Aniversario del Fuero Nuevo de Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1999, pp. 25 a 56, en especial 52 y ss.

(25) V. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones,* tomo II, ed. de Librería Bosch, impr. de Cometa, S. A. (Zaragoza), Barcelona, 1973.

A la extraordinaria labor en el ámbito comparatista **interno** del profesor LACRUZ BERDEJO se han ido sumando sus colaboradores, los también profe-

♦ J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS. Este profesor había dedicado su atención tanto a la diversidad legislativa y al hecho social de los Derechos Forales como a las técnicas o métodos de la comparación jurídica. De sus interesantes reflexiones recojo aquí un par de párrafos, como sigue:

> — Los Derechos forales como hecho social:
>
> Todo Derecho es un hecho social, por eso creo que para tratar de los Derechos forales no sólo hay que apelar al sentimiento de unos o a la tolerancia o al compromiso de los otros (no olvidemos que por un compromiso del partido conservador, en plena tarea codificadora, tomó carta de naturaleza el Derecho foral de Galicia). Con independencia de este juego, en el que voluntariamente me he vedado entrar desde un principio, habrá que plantear la cuestión en un terreno objetivo; éste es, sin duda, el terreno del hecho social. Al cual todos debemos respetar en una convivencia no sólo pacífica y civilizada, como se dice ahora, sino también amistosa y cordial, como debiera de ser siempre.
>
> Incluso a mí me parece que la expresión del artículo 149-regla 8.ª de la Constitución, al decir, refiriéndose a nuestro tema, "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", lejos de instaurar un sistema nuevo confirma el ya existente, por considerarle como un hecho social propio de nuestra convivencia civil. Es como la afirmación de un dato tomado de la experiencia nacional, porque en alguna medida los Derechos forales –a reserva de la competencia que proclama el precepto– son también patrimonio de la nación española. Por mi parte, al menos, como civilista, me considero muy orgulloso de ellos.
>
> El hecho social, para mí, aparece reflejado, en primer término, en la legislación por la fuerza configurante de la realidad, llevada a cabo por la norma jurídica, siempre que no se trate en materia de Derechos forales de disposiciones arqueológicas o de simples variantes buscadas de propósito para significar una diferencia inexistente respecto del Derecho general.
>
> En segundo lugar, la fuente más importante de los Derechos territoriales en todas partes –y nótese que hablo de Derechos territoriales y no de Derechos forales propiamente dichos– suele ser el usus terrae. Lo que influye directamente en el uso de la tierra y en el aprovechamiento de la misma o en el régimen de los contratos que tienen por objeto esa finalidad y de manera mediata en el régimen económico matrimonial y en la sucesión familiar. Por ello la "casa" o explotación familiar campesina suele

---

sores Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA.

ser el protagonista más importante de esta fuente inagotable de especialidades de todo orden y de las que los Derechos forales españoles dan un buen ejemplo.-...=

Pero no se agotan aquí las especialidades del usus terrae, siendo muy notables en materia de pastos y de montes, de utilización y aprovechamiento de bienes comunales, donde los Derechos forales y las costumbres territoriales que han subsistido contienen peculiaridades muy interesantes. Algunas de las cuales se hallan afectadas por una preocupación que en los últimos años se ha hecho uniforme de la agricultura europea, con la llamada "agricultura de montaña" objeto de algunas recomendaciones y directrices de la CEE, y de una legislación nacional, muy interesante y que aquí no ha encontrado el eco adecuado, lo que podía ser materia de la supuesta "ampliación" de los Derechos forales a que se refiere el artículo 149-8.ª de la Constitución dentro del marco conveniente.-...

Otro aspecto sin duda del "hecho social" hay que hallarle en el propio sentimiento jurídico de los ciudadanos. Actualmente, con la Constitución, por un lado, y con las últimas reformas del Código civil, aparte de las innovaciones debidas a ciertas leyes especiales que tienen una clara vocación de Derecho general, las diferencias entre los Derechos forales y el Código civil son mucho menores que antes. Sin embargo, el sentimiento jurídico de los ciudadanos puede ser diferente, y esto es lo que me parece que hay que respetar, porque las mismas cosas pueden hacerse por diferentes medios, lo cual siempre es significativo del progreso jurídico, a diferencia de lo que pasa en un sistema jurídico primitivo, en que distintas finalidades se desarrollan a través de un instrumento jurídico único. Ahora bien, en esto hay que ser profundamente sinceros, por ello los Derechos forales deben abandonar, lo que sin duda conseguirán al modernizarse, su arcaísmo, el aferrarse a instituciones y a modos que no se hallan justificadas en el contexto actual. No puede pretenderse conservar por conservar, porque una Compilación no es un museo de antropología etnológica. Así, por ejemplo, no tiene sentido que el Derecho foral vizcaíno, de la tierra llana, se aplique donde ésta se ha convertido en área metropolitana del gran Bilbao, puesto que la comunicación foral o la troncalidad allí ya tienen poco que ver.

Pero volviendo al sentimiento jurídico, este es un factor muy importante en la renovación del Derecho foral aplicable a cada territorio, anteriormente aforado o no. Punto de vista que no debe abandonar el legislador, usando de él con el buen sentido que merece,-...=...= Por eso, el desarrollo de los Derechos forales debería llevar primero un estudio comparativo por instituciones, como medida previa a todo lo ulterior, porque no se puede buscar en el paisaje, ni en los cromosomas de la gente la explicación de un Derecho foral, el Derecho en cualquiera de sus dimensiones es un fenómeno de cultura, de civilización y de convivencia, por

encima de cualquier frontera o de cualquier expresión de pintoresquismo local o regional (26).

— Método para la comparación jurídica.

No hay nada tan apasionante como la comparación jurídica, cuando ésta se realiza en su verdadera sede, es decir, como "comparación de sistemas", no como comparación de preceptos o normas aisladas entre dos o varios ordenamientos. Pero naturalmente que no se trata aquí de considerar el sistema como medio de organización de las materias de un Código; así, por ejemplo, cuando hablamos del sistema de GAYO o romano-francés, en contraposición al sistema alemán o de SAVIGNY, porque entonces estamos aludiendo al "plan" de distribución de materias dentro de aquel Código, o sea, al sistema externo. No, aquí nos referiremos a algo más técnico y profundo, donde el planteamiento que nos ocupa cobra verdadero interés, como cuando se habla de sistema interno, idea o concepto que no fue extraño a la jurisprudencia romana, como tampoco lo fue el otro, pero ofreciendo un significado mucho más importante, ya que su carga dogmática es mucho mayor, tanto que podríamos decir que mientras la categoría que llamamos "sistemas externos" es meramente adjetiva o accidental, la del "sistema interno" es más bien sustancial o esencial.

Por lo demás, el enriquecimiento de la "experiencia jurídica" en la utilización del método comparativo actuando sobre la sistemática interna, es incalculable y su rendimiento muy fructífero al poder utilizarse, no solamente sobre grandes estructuras o principios generales, sino sobre el análisis concreto de "grupos de normas", regulaciones o instituciones.-

Todo esto nos pone de relieve cómo en la historia jurídica, presupuesto obligado de la utilización del método comparado, los hechos modifican las tendencias y éstas inciden en la formación y en el desarrollo de aquéllos. Aquí, de cara a la comparación de los sistemas jurídicos, cuentan los hechos, del que el más importante es la codificación, como fenómeno cultural, histórico y político, pero también cuentan las tendencias, es decir, las corrientes espirituales que animan todo proceso científico o que inspiran una determinada actitud metodológica, lo que llamamos la tradición jurídica.-...

Por eso, la comparación de sistemas jurídicos debe hacerse compaginando codificación y tradición, para armonizar el "hecho histórico", que exterioriza la codificación y la legislación, con el "significado técnico" de la verdadera creación "jurisprudencial", es decir, especulativa y dogmática

(26) V. J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS: "Importancia real de la llamada diversidad legislativa", en su libro *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas,* ed. Civitas, S. A., 1.ª edición, Madrid, 1988, pp. 179 a 188.

del Derecho. Es por esto que vamos ahora a ocuparnos, brevemente, de la codificación en la América latina, para volver después a acentuar el punto de vista metodológico sobre el "sistema interno".

— Del "sistema interno" como método al "sistema interno" como meta, en los estudios del Derecho comparado.

Una breve disgresión, necesariamente superficial, sobre el fenómeno tan rico y variado de la codificación en la América latina, nos pone de relieve no sólo cómo se entrecruzan las diversas influencias, superponiéndose unas a otras, o llevando algunas encerradas dentro las que se habían considerado preteridas u olvidadas, sino también que si se quiere profundizar y progresar en la utilización del método comparado no hay más remedio que actuar éste sobre el "sistema interno", procediendo por grupos de normas, regulaciones o instituciones, como decíamos anteriormente.

Sólo desde este prisma unitario, que por serlo traduce diversos matices, podemos abordar el estudio de los *sistemas jurídicos* contemporáneos, bien hacia dentro, en relación con nuestra propia tradición jurídica, a la que pertenecen tanto los Derechos europeos como los de la América latina, que vienen a ser una prolongación de aquéllos, como un esperanzado factor de "continuidad" y de renovación en el curso de la evolución jurídica.

Como este ejemplo podríamos invocar otros muchos, donde siempre es curioso observar el entrecruzamiento de las diversas tradiciones particulares, que integran nuestra común tradición jurídica, en la que el factor de la "continuidad" [Para una valoración de la continuidad y de la discontinuidad en la evolución jurídica, v. H. THIEME, "Kontinuität-und Diskontinuität in der Sicht der Rechtsgeschichte", en el vol. *Die Idee der Kontinuität in den Geistswissenschaften,* Darmstadt, 1973] aparece como una constante siempre que se ahonda en la formación histórica del sistema de Derecho privado, dependiendo, tanto en Europa como en la América latina, de la penetración y pervivencia, es decir, de la "recepción del Derecho romano", máximo exponente del que nuestro común "sistema jurídico" constituye un elemento de cultura de primera orden y uno de los lazos más firmes para la unión entre nuestros pueblos (27).

♦ J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ. Insigne e ilustre continuador de la obra de su padre, ha dedicado una especial atención a las técnicas comparativas en relación con los Códigos y legislaciones hispanoamericanas

(27) V. J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS: "Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado iberoamericano", en su libro *Derecho Civil. Método..., op. cit.,* pp. 129 a 135.

[v., al efecto, "La influencia de la literatura jurídica española en las Codificaciones americanas", Discurso de Ingreso como Académico de Número en la "Real Academia de Jurisprudencia y Legislación"].

♦ En este apartado de *continuadores* de la senda iniciada por CASTÁN es hoy predominante el conjunto de autores especializados en el llamado "Derecho Foral" y, concretamente, en orden a las diferentes regiones antaño "forales", es de justicia la cita de los siguientes:

• Aragón: A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVARRÍA, A. CRISTÓBAL MONTES, J. L. MERINO HERNÁNDEZ.

• Baleares: J. VERGER GARAU, M. MASOT MIQUEL, J. FERRER PONS.

• Cataluña: J. M.ª PUIG SALELLAS, L. PUIG FERRIOL, E. ROCA TRÍAS, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. J. LÓPEZ BURNIOL.

• Galicia: J. A. GARCÍA CARIDAD.

• Navarra: J. J. NAGORE YÁRNOZ, J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. ARREGUI GIL.

• País Vasco: A. CELAYA IBARRA, J. M.ª ARRIOLA ARANA, J. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

♦ De entre los que cabe llamar con propiedad civilistas modernos y que en sus trabajos dan relevancia a sectores o instituciones civiles forales, cabe indicar los nombres siguientes:

V. GUILARTE ZAPATERO;
R. DURÁN RIVACOBA;
X. O'CALLAGHAN MUÑOZ;
G. GARCÍA CANTERO;
M.ª A. PARRA LUCÁN;
M.ª C. BAYOD LÓPEZ;
J. I. FERNÁNDEZ DOMINGO.

C) LA PERSPECTIVA HISTÓRICA [ESTO ES, DIACRÓNICA] EN LA OBRA DEL AUTOR

Una presentación de mis tareas de atrevido **comparatista interno**, vista diacrónicamente en el momento presente, permite que nos remontemos al **año 1976**: desde ese punto inicial, y con un cierto orden cronológico, comenzaba a exponer mis reflexiones comparatistas sobre temas diversos, como sigue:

— Ponencia sobre "Comisiones Compiladoras Forales": Jaca, 1976.

— Conferencia en el Colegio de Abogados de Baleares: Palma, 1979.

— Ponencia sobre "La competencia legislativa en materia de Derecho Privado en Baleares": "Jornadas sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña", Barcelona, 1980.

— Libro *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Baleares* de 1961: tomo XXI-vol. 2.º, Madrid, 1981.

— Comunicación a las "II Jornadas de Derecho Civil Catalán": Andorra, 1981.

— Comunicación al "Congreso Nacional de Jurisconsultos Españoles sobre la Constitución": Zaragoza, 1981.

— Comunicación a las "III Jornadas de Derecho Catalán": Tossa, 1984.

— Elaboración [1982-1984] de los anteproyectos normativos para la reforma (revisión) del Libro III de la CDC de Baleares de 1961.

— Comunicación a las "Jornadas de Derecho Catalán": Tossa, 1988.

— Conferencia en la Academia Matritense del Notariado: Madrid, 1988.

— Ponencia Oficial para el "Congreso sobre las Instituciones Civiles Vascas": Bilbao, 1991 (28).

En mi opinión, en cuanto al **específico aspecto comparativo interno**, parece que conservan toda su validez y vigencia mis reflexiones de la Conferencia en la Academia Matritense del Notariado en Madrid [en 1988] y mi planteamiento de entonces en orden a *las dimensiones estática y dinámica* de la codificación civil, tanto en el plano de los hechos y en el plano de las normas como en el plano de los valores.

Resumiendo ahora lo allí expuesto, el análisis *en horizontal* efectuado por mi parte de las distintas normativas autonómicas [antes

(28) V. J. Cerdá Gimeno: *Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales,* con prólogo de R. Gómez-Ferrer Morant, ed. del "Centro de Estudios Registrales", Madrid, 1993: en el volumen citado aparecen bastantes reflexiones personales con incidencia en la comparación jurídica y en la que llamaba inter-normatividad.

llamadas "forales"] parece haber sido el primero –y único– realizado hasta el día de hoy.

El análisis *en vertical* [esto es, la incidencia en el contenido de cada normativa autonómica o "micro-sistema"] en cuanto a *cada una de las instituciones civiles compiladas* hasta el presente [en sus distintas versiones, esto es: normadas, legisladas, codificadas, etc.] está pendiente de hacer entre nosotros.

Se trataría en este lugar y en este momento, por mi parte, de reiterar conceptos e ideas ya expuestos en años anteriores, lo que ahora parece innecesario. Por consiguiente, parece debo remitir a los lugares ya precitados.

D) UNA PERSPECTIVA RECIENTE (SINCRÓNICA) [S. SÁNCHEZ LORENZO]

Incluyo en este lugar la interesante aportación de este internacionalista español que, parece, en mi opinión, apropiada como imagen simbólica de fondo de lo que podría suceder en el camino hacia una comparación jurídica inter-estatal europea y referida a lo que se denomina "ámbito externo" desde el perfil conflictual del Derecho.

Tema este tratado por S. SÁNCHEZ LORENZO analizando los numerosos interrogantes suscitados al intérprete, tales como:

"¿Existe un Derecho privado europeo?

¿Existen unos principios jurídicos comunes o un pensamiento jurídico común?

¿Es posible y deseable semejante unificación?

¿Tiene la Comunidad Europea competencia para elaborar un sistema de Derecho Privado europeo?

¿Qué técnicas son más aconsejables para alcanzar tal objetivo?

¿Cuál debe ser su ámbito nacional?" (29).

Unas reflexiones previas permiten al autor aludido examinar la compatibilidad del Derecho Privado nacional y el Derecho comuni-

(29) V. S. SÁNCHEZ LORENZO: "¿Hacia un Derecho Privado Europeo?", Conferencia pronunciada en la "Cátedra Fernando de los Ríos" de la Universidad de Granada, enero 2000 [**inédita** –en el 2001– pero de la que dispuse por su amabilidad].

tario y el punto relativo al Derecho derivado comunitario. A continuación plantea el gran tema en orden a la competencia de la Unión Europea para proceder a la unificación del Derecho Privado [¿vía del artículo 94 TCE?, ¿vía del artículo 95 TCE?]; analiza los límites derivados del ámbito de aplicación de las libertades de circulación [tres restricciones de principio: *ratione materiae*, límites espaciales, límites personales] y los límites derivados de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; finalmente, cuestiona el alcance de la doctrina de los poderes implícitos del artículo 308 TCE.

A la hora de dilucidar el ámbito concreto *axiológico* de la unificación postulada como posible, en cada lado de una imaginaria balanza presenta *los dos valores*: el de la eficiencia económica y el de la eficiencia jurídica.

En contra de la postulada unificación presenta estos puntos:

— El valor de la "identidad nacional" como producto cultural de cada nación.

— El argumento histórico [el viejo "ius commune"].

— Las diferencias culturales entre los Derechos codificados continentales y el "common law" anglosajón.

— Las diferencias culturales entre los mismos sistemas codificados continentales, a veces irreductibles.

— La diferencia esencial entre Ley común y Derecho común entre los propios Derechos Codificados continentales, con la incidencia obvia de una interpretación de las mismas normas no coincidente [la que denomina dialéctica entre "linguistic turn" e "interpretative turn" y la necesidad de la "precomprensión" del lenguaje por los operadores jurídicos].

— Las diferencias entre valores y culturas, sobre todo acerca de la diferente percepción de la persona humana.

— La hoy cuestionable "vocación" de nuestro siglo actual para la codificación del Derecho privado europeo, y su incuestionable significado político.

— La antítesis dialéctica "integración nacional" versus "disgregación interna", o, lo que viene a ser lo mismo, postmodernidad contra modernidad, centrifugación contra centripetación.

Resume el profesor S. SÁNCHEZ LORENZO su exposición con algunas ideas en torno a los conceptos de globalización jurídica y totalitarismo cultural, y añade algunas alternativas basadas en el principio de la progresionalidad [en especial, la posibilidad de otras vías colaterales más realistas sobre la base de un *"multi-track approach"*, y

de técnicas de "***soft** law*" que promocionan la unificación progresiva sin forzarla].

Al finalizar su reflexión el profesor aludido incide en un **tema esencial** en mi planteamiento de fondo: el de la conveniencia de *la "desnacionalización" de la ciencia jurídica* **haciendo del Derecho Comparado una disciplina central de las enseñanzas jurídicas en las Facultades de Derecho europeas**.

En el sentido indicado añade que solo del estudio del Derecho Comparado en las Universidades podrá nacer un Derecho Común genuinamente cultural.

III. REFLEXIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA HISTORICISTA [*¿QUID FACTI?*]

El planteamiento de nuestro tema desde el perfil basado en *una metodología historicista,* había sido ya efectuado en los años precedentes por todos los autores españoles dedicados a estudiar en profundidad tanto el aspecto *genérico* relativo a la codificación como el aspecto *específico* en orden a las técnicas comparativas a utilizar en orden a los Derechos antaño "forales".

La presentación combinada de uno y de otro de dichos aspectos había sido planteada por mi parte en las reflexiones antes aludidas en un par de ocasiones:

- En cuanto a *la temática* de la "inacabada tarea codificadora civil" en nuestra Patria: en mi Comunicación a las "V Jornadas de Derecho Catalán", en Tossa, en 1988.
- En cuanto a la dimensión específica de **la tarea de comparación jurídica** de las respectivas normativas autonómicas / forales, *en su vertiente estructural*: en mi Conferencia en la Academia Matritense del Notariado, en 1988.

Obviamente, procede aquí la remisión a ambas aportaciones mías, con el objeto de evitar innecesarias repeticiones.

Habría ahora que volver a *este punto de vista o método historicista*, en el sentido de recuperar la memoria colectiva "histórica" que parece hoy más olvidada que perdida, y recuperar de paso varios cánones hermenéuticos de **tipo fáctico** quizá apropiados en

orden al correcto entendimiento de nuestro tema de fondo aquí debatido. Entre esos posibles cánones o criterios que, a mi entender, pueden ser válidos, indico aquí los que siguen, relativos a: los modelos (prototipos) habitualmente postulados, la dirección en cuanto al rumbo adecuado, las pautas de conducta en orden a esa dirección. Todo ello, en la forma que sigue.

A) LOS MODELOS DE "PROTOTIPOS" POSTULADOS ACERCA DEL TEMA

a) Los prototipos teóricos

Importante parece, en este punto concreto, adelantar que la postulación de "prototipos" por los autores se debió: en primer lugar, a la relación con el tema permanente de la unificación civil; y, ya más en segundo plano, con posterioridad, a la referencia a las técnicas de comparación posibles adecuadas **en función de** aquella tarea prioritaria [codificación].

Me parecía fundamental esta elemental precisión, para dejar claro [desde este perfil historicista, como lo hice tiempo atrás] **el cómo** se produjeron los datos y eventos decisivos y trascendentes.

A esa **relación de datos fácticos relevantes**, en un estricto orden cronológico, me refiero como sigue:

- El modelo del "Congreso Nacional de Derecho Civil" de Zaragoza en 1946.

Basado en un planteamiento subyacente de unificación civil absoluta, preparado por un detalladísimo "**Cuestionario previo**" [con 29 cuestiones o puntos] de amplia justificación teórica, finalizaba su tarea con unas "**Declaraciones previas**" y una interesante **Conclusión Primera**. Parece de elemental, esencial, interés el recordarlo aquí y ahora, como sigue:

> I. Situación y problemas que plantea la coexistencia en España de diferentes legislaciones civiles.- II. Posibles soluciones (la solución histórica de impedir la renovación del Derecho Foral; el criterio de imposición de las leyes de Castilla; la sustitución paulatina del Derecho Foral por las llamadas Leyes generales; la solución de la íntegra conservación de los derechos forales, con propios órganos legislativos; la solución intermedia

o de los Apéndices; la posibilidad de un Código civil general basado en los diferentes derechos hispánicos, etc.), solución que se estima preferible.- III. Principios e instituciones de Derecho Foral que deben mantenerse para incorporarse al sistema de Derecho civil español general.

A la circular se acompañó un amplio cuestionario que habría de suministrar a la Comisión de Ponencia datos y material de trabajo. Decíase textualmente:

"Piénsese que el plan que esta Comisión de Ponencia se ha trazado para la elaboración de la misma es, en síntesis, el siguiente: recoger y clasificar cuantas contestaciones nos remitan las Delegaciones territoriales al cuestionario que hoy les remitimos. Y una vez recogidas todas estas opiniones y recopilados los datos enviados, el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, constituido en Comisión de Ponencia, redactará ésta y la repartirá entre las Delegaciones territoriales y futuros congresistas corporativos e individuales, procurando su máxima difusión, a fin de que, en el plazo que oportunamente señalará, puedan formularse y presentarse enmiendas, observaciones e impugnaciones sobre las cuales se desenvuelvan las deliberaciones del Congreso, sin perjuicio de la presentación de comunicaciones y trabajos que, sin tener ese carácter de discusión de la Ponencia, guarden relación directa con el tema principal. La intervención, pues, de las Delegaciones territoriales tiene dos momentos, por lo que a la Ponencia se refiere: uno antes y otro después de ser redactada; este último no es abordado ahora. Actualmente se solicitan datos que sirvan de base para su redacción. Esto ha de ser del modo más conciso y breve; en ocasiones, contestando a las preguntas con una mera afirmación o negación; pues, repetimos, los trabajos de estudio que sobre algún extremo de la Ponencia quieran aportar las Delegaciones territoriales, Corporaciones o particulares, habrán de venir después de que aquélla haya sido publicada."

Se recomendó muy especialmente a las Delegaciones territoriales que exploraran la opinión de los juristas más conocedores de Derecho civil en su respectivo territorio, tal como *se vive y se observa* en la práctica.

El **Cuestionario** era el siguiente:

1.- ¿Responde el Código civil vigente a la tradición jurídica española? 2.- ¿Satisface el Código las necesidades de la vida jurídica en la actualidad? 3.- ¿Ha penetrado el Código civil vigente en la conciencia jurídica del pueblo español? 4.- ¿Conoce el pueblo los principios fundamentales de las instituciones civiles según la legislación vigente? 5.- ¿Se observa en los usos convencionales, en las resoluciones de amigables componedores y, en general, en la observancia del Derecho civil, alguna reacción contra las normas vigentes? ¿En qué materias o instituciones? 6.- ¿Qué instituciones consuetudinarias viven fuera de la ley y son observadas en la actualidad?

7.- ¿Se estiman *suficientemente* estudiadas las manifestaciones del Derecho español en sus monumentos o fuentes genuinas y en la observancia del Derecho? 8.- ¿Se estima, por el contrario, que tales materias requieren aún un trabajo de investigación previo, largo y reposado? 9.- ¿Cómo debe de organizarse un trabajo colectivo para conocer la tradición jurídica española en todo el territorio y tratar de crear una doctrina jurídica nacional? 10.- ¿Qué conflictos de Derecho Internacional se presentan más frecuentemente? 11.- ¿Se estima definitivo el sistema de un Código civil con Apéndices para las llamadas Regiones forales? 12.- ¿Sería preferible al sistema de Apéndices la introducción de variantes en los artículos del Código civil general para recoger las especialidades forales? 13.- La publicación del Código civil general y sus Apéndices o variantes, ¿debe ser simultánea o sucesiva? 14.- ¿Se estiman acertadas y suficientes las reglas de Derecho interregional contenidas en los artículos 14 y 15 del vigente Código? 15.- ¿Sería conveniente, por ejemplo, llevar al Código el principio de la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio en el espacio y en el tiempo? 16.- ¿Podrían limitarse los llamados Derechos forales, sin grave daño de la vida jurídica, a determinadas materias?: *a)* Relaciones patrimoniales entre padre e hijos. *b)* Régimen económico del matrimonio. *c)* Sucesión intestada. *d)* Sucesión testada (reservas y legítimas). *e)* Sucesión contractual. 17.- ¿Es posible la fusión de los varios Derechos hispánicos en un Código nacional moderno asentado en las tradiciones jurídicas españolas? 18.- Si se adopta la solución de un Código nacional único, ¿qué instituciones y principios de las legislaciones forales podrían y deberían extenderse a todo el territorio nacional? *Preguntas especiales para territorios forales.* 19.- El Derecho civil vigente en ese territorio foral ¿responde a la tradición jurídica de la región? 20.- El Derecho civil vigente en ese territorio, ¿satisface las necesidades de la vida jurídica actual en esa región? 21.- El Derecho foral en ese territorio, ¿mantiene una vitalidad plena, atenuada o exigua? 22.- ¿Con qué frecuencia e intensidad se aplica el Código civil, principalmente en situaciones en que pueda coexistir con el Derecho Foral? 23.- ¿Qué decisiones jurisprudenciales de Juzgados y Tribunales de la región y del Tribunal Supremo, interpretando normas de Derecho Foral o de Derecho interregional, han afectado al Derecho vigente en ese territorio con alguna trascendencia? 24.- ¿Qué soluciones adopta la Administración pública ante alegaciones de Derecho foral en materia de mayoría de edad, sucesiones, sociedad conyugal, etc.? 25.- ¿Se conocen casos de olvido del Derecho foral por soluciones más cómodas? 26.- ¿Se ha acentuado la difusión del Código civil? ¿Qué problemas ha planteado? 27.- ¿Qué cuestiones se han suscitado, no resueltas o resueltas contradictoriamente, debido a la imprecisión de los Derechos agrícolas? 29.-[sic] ¿Hay casos de desuso de alguna norma o alguna institución?

TEXTO DE LAS CONCLUSIONES APROBADAS POR EL CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL DE ZARAGOZA DE 1946

Declaraciones previas.- Dentro de la vida jurídica española, juntamente con el Código denominado de Derecho común, existen regímenes jurídicos forales o territoriales y ciertas instituciones peculiares en diversas regiones que constituyen una realidad consolidada por su observancia y arraigo innegables y por el afecto que les dispensan los naturales de los respectivos territorios, responden a la organización familiar, social y económica de aquéllos y afectan a vitales intereses, de carácter moral y material. El reconocimiento de esta realidad es obligada premisa para el estudio y resolución de las cuestiones que van a considerarse. La coexistencia en España de diferentes ordenamientos civiles plantea varios problemas, entre los cuales merecen señalarse los siguientes: *a)* Vigencia de regímenes jurídicos que, por falta de renovación u otras causas, no responden del todo a los supuestos sociales de la vida civil de hoy. *b)* Realidad de un Derecho consuetudinario en diversos puntos del territorio nacional y su relación con la ley escrita. *c)* Existencia de un Código civil en el que, aparte su mayor o menor adecuación a las tradiciones jurídicas castellanas y a las necesidades actuales del país no pueden hallar los territorios forales normas adaptadas a los principios y sistemas en que se inspiran sus respectivos ordenamientos civiles. *d)* Dificultad en el conocimiento y manejo de algunas de las fuentes territoriales, de la cual provienen gran parte la aplicación extensiva de preceptos e instituciones de Derecho común. *e)* Carencia de normas precisas que resuelvan los conflictos interregionales, especialmente en aquellas materias, como en los derechos del cónyuge viudo, que en parte se sujetan al Derecho de familia y en parte al Derecho de sucesiones. *f)* Confusión que origina la falta de coincidencia de la vecindad civil con la residencia y la pérdida de la primera por el silencio.

"Conclusión Primera": La realidad y los problemas a que se refieren las anteriores declaraciones hechas por este Congreso aconsejan una solución que debe ser inmediatamente abordada y *que tendría como finalidad* la elaboración de un Código General de Derecho Civil que recogiera las instituciones de Derecho Común, de los derechos territoriales o forales y las peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social. *La elaboración del Código Civil General supone el siguiente proceso:* a) La compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente. Tales compilaciones podrían hacerse a base de los actuales proyectos de Apéndices convenientemente revisados. b) *Publicadas* las compilaciones, y tras el período suficiente de su divul-

gación, estudio y vigencia, se determinaría el modo material de cómo han de quedar recogidas en el futuro Código General de Derecho Civil español las instituciones a que se refiere el párrafo primero. c) Una labor colectiva de investigación de las fuentes jurídicas hispánicas y de estudio de las instituciones vivas, hasta hallar en ellas un *substratum* nacional que permita construir doctrinalmente el Código General de Derecho Civil español. d) La promulgación urgente de una Ley de carácter general que resuelva los problemas de derecho interregional que surgen de la coexistencia de diferentes regímenes civiles en España. e) La reunión de un nuevo Congreso Nacional de Derecho civil una vez terminado ese periodo de convivencia de los distintos derechos hispánicos, para examinar la forma y carácter del futuro Código General de Derecho civil. Incumbiría el estudio y redacción de las instituciones forales o territoriales y las peculiares de algunas regiones y de la modificación, en su caso y en su día, a los juristas de cada territorio mediante el organismo adecuado (30).

- El modelo del "Congrès Jurídic Català" de 1971.

No puedo aquí entrar en el comentario detenido del mismo, que cualquier posible interesado podrá analizar acudiendo a las páginas de la *Revista Jurídica de Cataluña*.

De su resultado y Conclusiones interesa aquí la relativa a la núm. 44, en la que se propugnaba la creación de un "**Instituto de Derecho Comparado Interregional**".

- El modelo representado por el "Instituto Español de Derecho Foral".

Sugerida su creación por el "Congrés Jurídic Català" de 1971, reafirmada su conveniencia en las "Jornadas de Jaca" de 1972 y en el "I Congreso de Derecho Gallego" de 1973, su constitución fue aprobada en Zaragoza el 15 de diciembre de 1973.

- El modelo postulado sobre un "Proyecto de ley de Derecho Inter-regional" (Jaca, 1976).

---

(30) V. L. MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA: "La unificación del Derecho Privado en España", artículo publicado en el *Anuario de Derecho Civil,* tomo IX, fasc. II, Madrid, 1956, pp. 505 a 532, en especial el llamado "Apéndice" (a su Conferencia del 16 de febrero de 1955 en el "Instituto Nacional de Estudios Jurídicos"), en pp. 527 a 532.

La referencia a dichas "Jornadas de Derecho Foral" de Jaca (1976), había sido efectuada por mi parte en su día en otros lugares, y a tal exposición aquí remito.

• El modelo diseñado "constitucional" [art. 149.1.8.º CE de 1978].

La incidencia de la aprobación de la Constitución Española de 1978 sobre el ámbito del Derecho Civil fue determinante y trascendental. A ello se han referido todos los tratadistas y estudiosos, a ello he dedicado detenidos comentarios, y a tales consideraciones –muy numerosas, de imposible reproducción en este lugar– aquí remito.

La consiguiente aprobación –en algún supuesto, precipitada inmotivadamente– de algunos Estatutos de Autonomía de Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, había determinado un auténtico desfase entre quienes –dentro de los añejos "Derechos Forales"– tenían su "Estatuto" y quienes no lo tenían. A ello también me he referido en otros lugares, a donde remito (31).

Las diferencias entre tales Comunidades y las suspicacias y recelos de "peculiaridades" intocables para algunos, habían motivado el naufragio inevitable de aquel "prototipo" [**nave**] diseñado laboriosamente: el ilusionante y esperanzado **"Instituto Español de Derecho Foral"** devino en una parálisis total a finales del año 1979. Y, consiguientemente, quedaba abocado a su extinción práctica.

• El modelo *inicial* "post-constitucional" (1980).

La celebración de las "Jornadas sobre el estatuto de Cataluña" (Barcelona, abril 1980), con una PONENCIA dedicada específicamente al tema de la "Competencia legislativa en materia de derecho pri-

(31) V. J. CERDÁ GIMENO: "La competencia legislativa en materia de Derecho Privado en Baleares", Comunicación presentada a las "Jornadas sobre el Estatuto de Cataluña", en el volumen colectivo de las Jornadas, ed. de entidades varias y de la "Cátedra DURÁN y BAS DE DRET CATALÁ", coord. y dir. de J. M.ª GAY ESCODA, Barcelona, 1980, pp. 67 a 106; "Baleares ante el artículo 149-1-8.º de la Constitución", Comunicación presentada al "Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución", Zaragoza, 1981, luego publicada en la RCDI, núm. 551, 1982, pp. 1095 a 1082; *ahora ambas,* **en mi libro** *Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales,* ed. del "Centro de Estudios Registrales", Madrid, 1993: en pp. 181 a 230 la primera y en pp. 269 a 296 la segunda.

vado", había propiciado un amplio consenso mayoritario entre los civilistas de los antiguos Territorios "Forales" [desde entonces, "Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio"] en el sentido de que tales Comunidades tenían *ex constitutione* amplias competencias legislativas **exclusivas** en materia de Derecho Civil propio y otras competencias **compartidas** (*concurrentes*) con las competencias estatales. Al propio tiempo, la insistencia –sobre todo, por parte de los autores catalanes [v. gr., L. FIGA FAURA]– en cuanto a la aplicación por parte de los intérpretes jurídicos del **principio de la autointegración normativa**, venía a incidir notablemente en la *vexata quaestio* de la aplicación del CC en su calidad de *Derecho Supletorio*, tal como tradicionalmente se había entendido desde otros ámbitos.

A todo lo cual ya se había referido en otros lugares quien esto suscribe, por lo que a ellos aquí remito (32).

- El modelo *renovado* "post-constitucional" (1981).

La convocatoria de un Congreso dedicado a esta amplia temática, denominado como "Congreso Nacional sobre Derechos Civiles Territoriales en la Constitución" y celebrado en Zaragoza (octubre, 1981), había propiciado un amplísimo, controvertido y duro debate entre todos los asistentes. Y ello, tanto en la Ponencia 1.ª [El art. 149.1.8.º CE] como en la Ponencia 2.ª [La vecindad civil].

A su desenvolvimiento, discusiones, resultado y conclusiones han dedicado numerosos artículos y opiniones todos los civilistas españoles modernos, a donde remito. Una exposición resumida, bastante exacta, puede verse en J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER (33).

---

(32) V. J. CERDÁ GIMENO: "La competencia legislativa...", *op. cit.* en nota 31 precedente; "Unas reflexiones sobre la inacabada tarea codificadora civil", Comunicación a las "V Jornadas de Derecho Catalán en Tossa de Mar", Tossa de Mar, 27-30 septiembre de 1988, en el volumen colectivo de las Jornadas, Barcelona, 1990, pp. 355-394; "Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la codificación civil", Conferencia pronunciada en la "Academia Matritense del Notariado", tomo XXIX, Madrid, 1990, pp. 389 a 491, *ahora ambas* en mi libro precitado *Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales*, en pp. 329 a 371 la primera, y en pp. 373 a 473 la segunda.

(33) V. J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER: "Congreso de jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución (Zaragoza, días 29 de octubre a 1 de noviembre de 1981)", reseña en sección "Vida jurídica", en el *Anuario de Derecho Civil,* tomo XXV, fascículo II, 1982, pp. 375 a 401.

Una visión de conjunto puede verse en mi Comunicación a las "V Jornadas de Derecho Catalán" (Tossa, 1988), a donde aquí remito (34).

De las **Conclusiones** del Congreso de Zaragoza de 1981 –en cuanto a lo que se refiere a aquella **Primera Ponencia**– me parece importante mencionar lo que sigue:

> La **Asamblea General del Congreso** procedió a la aprobación de **la Ponencia 1.ª** relativa al tema "Art. 149.1.8º de la Constitución" –con 35 votos a favor, 3 en contra y 11 abstenciones–, la cual contenía las siguientes CONCLUSIONES:
>
> "1. Las comunidades autónomas pueden asumir en sus Estatutos, como competencia exclusiva, la legislación sobre el Derecho civil foral o especial en ellas existente, y así lo han hecho las hasta ahora constituidas. Las leyes que al efecto emanen de las Comunidades autónomas, dentro del ámbito de su competencia, tienen el mismo rango y fuerza que las leyes de las Cortes Generales, y están sólo sujetas a la Constitución y a los preceptos de sus respectivos Estatutos de Autonomía.
>
> 2. La competencia legislativa aludida no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema, de que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino la expresión parcial, informada por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades autónomas.
>
> 3. Las Comunidades autónomas podrán desarrollar el Derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil.
>
> 4. Se propugna que todos los territorios con Derecho civil propio puedan disponer de su futuro a través de sus órganos legislativos libremente elegidos, evitándose de este modo una desigualdad injustificada.
>
> Aun antes de contar con órganos legislativos, lo procedente es que no se impongan a ningún territorio con Derecho civil propio, cambios en el mismo, distintos de los que voluntariamente acepte.
>
> 5. La Constitución garantiza la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, entendiéndolo no ya como un problema, sino como un bien enriquecedor.

(34) V. J. CERDÁ GIMENO: "Unas reflexiones...", *op. cit.* en notas precedentes.

La Constitución de 1978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un desideratum la unificación del Derecho Civil.

6. A largo plazo –como conviene a una cuestión que los siglos han ido configurando y, en muchos sentidos complicando– sólo la libre manifestación de la voluntad de los pueblos de España con Derecho Civil propio, permitirá la unificación del Derecho Civil en cuanto sea oportuno en cada momento histórico.

7. La Constitución es garantía y límite de los Derechos civiles forales o especiales, como lo es el del resto del ordenamiento jurídico español.

Las leyes de las Comunidades autónomas en materia de derecho civil están subordinadas a los preceptos constitucionales y sujetas al control de constitucionalidad, en los mismos términos que las emanadas de las Cortes Generales. La eficacia derogatoria de la Constitución respecto de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella alcanza a las Compilaciones vigentes, del mismo modo que a las demás leyes españolas." (35).

Todos los precedentes modelos o "prototipos" que se han ido sucediendo en este corto espacio de tiempo iban a tener –es lógico– sus correspondientes contrapartidas de orden práctico.

b) Los resultados prácticos

He de consignar aquí que la posible presentación de *las consecuencias efectivas* de la aplicación en la práctica por parte de algunas Comunidades Autónomas de **las competencias legislativas exclusivas** en el ámbito específico de su Derecho Civil propio [**que ya lo tenían**, antes de 1978], esto es, la producción de **leyes autonómicas** [esto es, **no** "forales"], ha sido tan espectacular que ha motivado el asombro de los autores propios (españoles) y extraños (extranjeros) y el calificativo irónico por mi parte de "desmadre autonómico" o de "gap jurídico".

A todo lo cual he dedicado en otros lugares amplias consideraciones, y a ellas remito aquí (36).

---

(35) V. J. Álvarez-Sala Walther, *op. cit.* en nota 33 precedente; J. Cerdá Gimeno, "Unas reflexiones...", obra precitada: *ahora, en mi libro Estudios sobre Codificación y...*, citado, en especial en pp. 341 a 345.

(36) V. J. Cerdá Gimeno: "Unas reflexiones...", citada: *ahora, en mi libro Estudios sobre Codificación y...*, citado, en especial en pp. 349 a 351.

Sabido es que mis reflexiones –ahora **diacrónicas**– referidas a "modelos" también vistos en perspectiva *diacrónica,* podrían llevar a otros efectos o resultados en la práctica jurídica **en una visión sincrónica –actual–** en el supuesto de que se presentare o variare *la composición* del "prototipo" analizado, cuando este fuere ya otro.

B) LA DIRECCIÓN PREVISTA PARA LOS "RUMBOS" HABITUALES

Seguimos aquí hablando *simbólico modo* [esto es, en clave simbólica] para aludir a aquellos "**rumbos**" o *directrices normativas* previstas en cada uno de los momentos históricos presentados anteriormente, directrices o rumbos marcados e incapsulados en cada uno de **los modelos ("prototipos")** que he examinado.

Habría así varias modalidades de "rumbos" o directrices normadas, que, en mi muy personal selección, he reconducido a los **modelos normativos** siguientes:

• El modelo unificador decimonónico [o de la unificación total y plena, con ligeras excepciones contadas].

Es el contenido en **el art. 12 originario del CC de 1889**, bien conocido, en el sentido de normar un CC único al que se unirían con el tiempo unos posibles "Apéndices" Forales.

Tan solo fue aprobado el Apéndice correspondiente a Aragón en 1925.

• El modelo uniformista especial de la primera mitad del siglo XX [o de la unificación relativa y gradual], como resultado final de la coordinación y aproximación de los distintos "Derechos Forales".

Es el modelo decidido en el Congreso Nacional de Zaragoza de 1946, conforme a las Conclusiones aprobadas, en el sentido de proceder: *en una fase previa,* a la redacción y aprobación de unas Compilaciones Civiles Forales, a redactar por una serie de organismos técnicos *ad hoc* [Comisiones de Juristas]; y, *en una fase posterior,* se efectuaría la elaboración colectiva [*¿por quién?*] de un Código uniforme denominado "Código Civil general de las Españas" –sic.

• El modelo equiparador novador [o de *la homologación* o consideración jurídica *similar* de todos y cada uno de los ordenamientos civiles hispánicos, en paralelo a la ordenación del CC].

Es el derivado de una hábil modificación legislativa de inspiración "foralista" [en concreto, obra de los juristas navarros], que trae causa de la reforma del Título Preliminar del CC en 1973/1974 [Ley 3/1973, de 17 de marzo y D. 1836/1974, de 31 de mayo] y, muy en especial, de su polémico art. 2.º, cuya expresiva dicción de

> **"El presente texto articulado del título preliminar del Código Civil no altera lo regulado en las Compilaciones de los derechos especiales o forales".**

fue desenvuelta, explicitada y comentada por J. J. NAGORE YÁRNOZ, al que aquí remito (37).

• El modelo **inicial** constitucional [o de la ruptura o quiebra del principio tradicional de tendencia hacia la codificación civil plena: o, de otro modo, del reconocimiento constitucional de la legalidad de la diversidad legislativa en el ámbito civil].

Es el contenido en la previsión constitucional del art. 149.1.8.º CE, al que ya se aludió con anterioridad. Es equivalente a un deslizamiento desde la órbita privatista hacia la órbita publicista, en el sentido de fijar como *clave de la bóveda* del sistema constitucional diseñado la idea administrativa centrada en **la noción de competencia**. De otro modo: o hay competencia legislativa en el ámbito privado, o no la hay. Después del diseño inicial vendrán apareciendo *otro tipo de cuestiones derivadas de la anterior,* pero siempre enmarcadas *dentro* del sector del Derecho Público y de la configuración de la noción de competencia [exclusivas, compartidas, de ejecución, etc.].

• El modelo **renovado** constitucional [o del desenvolvimiento post-constitucional, o desarrollista: o, de otro modo dicho: el del *trasvase* desde "lo foral" a **"lo autonómico"**].

---

(37) V. J. J. NAGORE YÁRNOZ: "El artículo 2.º del Decreto-Ley promulgador del texto del Título Preliminar del Código Civil y su relación con los Derechos Forales", en *Revista de Derecho Notarial,* núm. CVIII, abril-junio de 1980, pp. 169-183.

V. también la interpretación de dicho artículo por los autores catalanes, en L. FIGA FAURA: "El nuevo Título Preliminar del Código Civil y el Derecho Catalán", en la revista *Documentación Jurídica,* X-XI, 1974, p. 1347 y concordantes.

Aludido en mis comunicaciones precedentemente citadas, presentadas en su día a las diferentes asambleas y jornadas dedicadas a esta temática. La referencia a los *símiles geométricos* [conjuntos y "sub-conjuntos"] y *estructurales* [sistemas y "micro-sistemas"] ya fue anticipada por mi parte en los "años 80", siendo asimilada por otros autores y difundida entre los sectores civilistas interesados (38).

• El modelo prospectivo respecto de un posible futuro [o de la consecuencia del nacimiento o emerger de una nueva utopía].

Es el que cabría esperar de *la coordinación* o *la aproximación desapasionada* de los diferentes organismos codificadores civiles hispánicos [i.e, los Parlamentos Autonómicos respectivos] y de la adscripción concreta de unas "titularidades reales" de las nuevas técnicas legislativas de hoy en día.

Para la doctrina reciente el cambio esencial va a ubicarse en el papel asignado al **Derecho Supletorio**, en tanto que funcione o no *como instrumento de relación* [sic] entre los distintos ordenamientos civiles hispánicos [ex artículo 149.3 CE].

C) LAS PAUTAS "CONDUCTIVAS" PARA LA DIRECCIÓN

He de continuar utilizando *simbolico modo* los mismos términos lingüísticos para aludir en este punto a cuáles sean las posibles **pautas de conducta** apropiadas en orden a la dirección de cada uno de **los modelos ("prototipos")** antes presentados y examinados.

A tales pautas "conductivas" podría convenir la alegoría de **las "clavijas"** necesarias para la correcta dirección de **la nave** [tema de fondo en examen, aquí mero "símbolo" en el lenguaje].

Mas, en mi opinión, la valoración exacta personal mía en cuanto a si el mando de esa *simbólica nave* implica una única "clavija" [pauta conductiva] o diversas clavijas, parece excede de mi comprensión, posibilidades y alcance apropiados.

Ahora intentaré aludir a cuáles sean esas posibles pautas ["cla-

(38) V. J. CERDÁ GIMENO: "La competencia legislativa en materia de...", obra citada previamente: ahora, en mi libro *Estudios sobre Codificación y...*, citado, *en especial sobre el tema de las llamadas "técnicas de integración normativa"*, en las pp. 218-219.

vijas"], imprescindibles en cualquier caso para la correcta dirección de la nave. Parece, a mi juicio, que las posibles clavijas o pautas pueden ser estas:

- Una pauta *única:* la del criterio tradicional histórico (S. XIX) de la necesidad de la unificación total y plena del Derecho Civil español.
- Una pauta *única,* pero *con* otros resortes en ella confluyentes [o bien con ella combinados]: la del criterio foral permanente a lo largo del S. XX del pleno respeto y autonomía de las costumbres subsistentes en determinadas y concretas Regiones Españolas [antaño "forales"].
- Una pauta *colectiva* combinada: la del criterio foral reafirmado en la segunda mitad del siglo XX, esto es, la de la equiparación plena de todos los sistemas jurídico-civiles hispánicos [aunque no fueren homogéneos entre sí].
- Unas pautas *diversas coordinadas* [pero, en todo caso, bien *conocidas*]: la del criterio constitucional **inicial** del pleno respeto de la diversidad legislativa civil y de la neta delimitación y separación de competencias en materia civil respecto de concretas Comunidades Autónomas.
- Unas pautas diversas *descoordinadas* [y, obviamente, *desconocidas* entre sí]: la del criterio constitucional **renovado**, implícitamente derivado de *la tarea de "desarrollo"* del Derecho Civil propio por concretas Comunidades Autónomas. Criterio que, en fase expansiva o *de vis imitativa*, parece extenderse a otras Comunidades Autónomas que **en 1978** *no tenían* un Derecho Civil propio.
- Unas pautas diversas *coordinadas* –por conocidas– *con un mando unificado complejo*: la del principio constitucional de carácter prevalente y superior, a su vez derivado de la aplicación ineludible de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de no discriminación –por cualquier causa– entre los ciudadanos españoles.

Ilustrativo a este efecto sería *el del reflejo sobre este punto* de determinadas **pruebas** indicativas de cuáles de tales pautas o criterios [**"clavijas"**] son merecedores de especial atención por el intérprete, a saber:

— La prueba de la aplicación del Derecho Supletorio: así, en la expresiva intuición de la profesora E. ROCA TRÍAS (39).

— La prueba de la esencia de los principios básicos del viejo "Derecho Foral": así, en J. B. VALLET DE GOYTISOLO (40).

IV. EL PERFIL ESTRUCTURAL DEL TEMA ELEGIDO [*¿QUID REI?*]

Me parece fundamental la consideración derivada de **la posible estructura** de nuestro tema examinado, puesto que, tanto si se configura lingüísticamente como *símbolo* [**nave**] como si se atiende a la configuración jurídica de *Código* [**normas comparadas**], la referencia a *la dimensión estática* de la figura examinada parece esencial.

Una aproximación inicial en este punto alude a estos puntos:

- el de quién dirige este objeto [elemento subjetivo];
- el de qué cosa constituye el objeto [elemento objetivo];
- el de cómo se forma el objeto [elemento formal].

A) EL ELEMENTO SUBJETIVO ["*MENS LEGISLATORIS*"]

La equivalencia o correspondencia exacta entre el **quién**, la denominada "*mens legislatoris*" [aquel desconocido y mítico personaje, en la usual dicción italiana], y el mando (o control de la dirección) de la nave puede llevar, en mi opinión, a las posibles *variantes* siguientes:

- La de la soberanía del Estado *total y plena*, correlativa a un mando único: la representaría la figura de M. ALONSO MARTÍNEZ, en la versión del CC **de 1889** (art. 12).
- La de la soberanía del Estado *parcial y menos plena*, condicionada por un mando un tanto uniformista: la representaría la figura

(39) V. E. ROCA TRÍAS: "De nou sobre el Dret supletori: método i intenció del dret en la Historia", artículo de colaboración para el volumen-homenaje al profesor Josep M.ª GAY I ESCODA, titulado *Estat, dret i societat al segle XVIII*, obra dirigida y coordinada por Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, Barcelona, 1996, pp. 563 a 579, en especial 565 y 572 a 579.

(40) V. J. Bms. VALLET DE GOYTISOLO: "Principios básicos...", obra citada en nota 24 precedente.

de J. CASTÁN TOBEÑAS y la de sus continuadores [Congreso de Zaragoza de 1946], en la re-interpretación moderna del artículo 12 CC.

• La de la soberanía del Estado *parcial y reducida*, equivalente a un mando un tanto compartido: la representaría la figura de A. HERNÁNDEZ GIL, en la revisión del TÍTULO PRELIMINAR del CC en 1974.

• La de la co-soberanía compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas antaño "forales" [esto es, "**con Derecho Civil propio**"], equivalente a un mando distribuido –al parecer– sectorialmente: las figuras estarían representadas por J. L. LACRUZ BERDEJO, J. DELGADO ECHEVARRÍA y E. ROCA TRÍAS, en la versión respetuosamente constitucional del artículo 149.1.8.° CE.

• La del desplazamiento desde el ámbito constitucional al campo administrativo, equivalente a *la innovación* que implica la noción iuspublicista de **competencia**, equivalente a un mando del Estado *limitado –y compartido–* con otros mandos autonómicos [en parte ignorados, en parte conocidos]: las figuras antaño *jurídicas* van siendo desplazadas por personalidades *políticas* [el trasvase de "lo foral" a "lo autonómico"], en las versiones post-constitucionales desarrollistas aludidas.

• La de la reconducción del conjunto a su ubicación constitucional, equivalente a la de la plena aplicación de los principios constitucionales de entidad superior: las figuras podrían ser varias, [y no entro en su enumeración, para no dejarme a nadie], en las versiones y comentarios acerca de las decisiones resueltas por el Tribunal Constitucional.

B) EL ELEMENTO OBJETIVO [*"MENS LEGIS"*]

Al aludir ahora a **qué cosa sea** el objeto aquí examinado [bien en su vertiente lingüística, bien en su vertiente jurídica], parece lógica la referencia inequívoca a *la estructura en sí misma de la misma cosa,* y ello tanto si se la considera bajo el aspecto propiamente *formal* como bajo el aspecto *material.*

En cualquier caso, el supuesto fáctico concreto de **estructura producida o resultante** en cada uno de los territorios históricos hispánicos con Derecho Civil propio parece obedecer, a mi juicio: a una especial autoría, a una especial presentación formal y sistemática y a una densidad de contenido variable y pluriforme.

Teniendo en cuenta estas premisas, cabría, en mi opinión, en relación con los precedentes **modelos** [**"prototipos" de naves**] examinados, apuntar aquí las siguientes *notas características*:

• El prototipo codificador-unitario de 1889.

La *autoría* visible –aparente– corresponde "grosso modo" a M. ALONSO MARTÍNEZ.

La *estructura externa del CC* corresponde al sistema o "plan" GAYO-JUSTINIANO, de manera que la materia del Derecho de Sucesiones se configura como *un modo de adquirir la propiedad*: Libro III-Título III, artículos 657 al 1087, inclusives.

Los previsibles o posibles Apéndices Forales –fundados en la Ley de Bases del CC– no llegaron a formalizarse, salvo el de Aragón (1925).

La *configuración interna* cabría denominarla como "genérica" a la francesa, pero con una incidencia notable de principios diversos [tanto de origen germánico como romano], derivados de la especialísima evolución histórica del Derecho Privado Español.

• El prototipo codificador uniformista de 1946.

La *autoría* previsible es la de J. CASTÁN TOBEÑAS, cuya obra será objeto de continuación –como hemos visto anteriormente– por otros autores [MARTÍN-BALLESTERO, MARÍN PÉREZ, FUENMAYOR, DE LOS MOZOS, etc.].

La *estructura externa del CC* apenas ha sufrido alteración o variación en cuanto al "plan" o sistema jurídico inicial en orden al Derecho de Sucesiones. La gran novedad es la sustitución del sistema de APÉNDICES por el de COMPILACIONES (41).

La *estructura peculiar de las Compilaciones* obedece a una gran diversidad de modelos, los cuales responden a la formación cultural y jurídica de los especialistas intervinientes en la tarea de su elaboración en cada territorio foral.

A mi juicio, cabría reconducir a las siguientes figuras de sobresalientes juristas en cada uno de dichos territorios:

— ARAGÓN (1967): J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA.
— BALEARES (1961): L. PASCUAL GONZÁLEZ y G. CHACÁRTEGUI y S. DE TEJADA.

(41) V. A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN: "La interpretación comparativa...", obra citada en nota 21 precedente.

— CATALUÑA (1960): R. M.ª ROCA SASTRE, R. FAUS ESTEVE y F. CONDOMINES VALLS.
— GALICIA (1963): A. FUENMAYOR y A. CASAL RIVAS.
— NAVARRA (1973): J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. J. NAGORE YÁRNOZ, J. ARREGUI GIL y otros varios.
— PAÍS VASCO (1959): A. CELAYA IBARRA.

La configuración interna de cada compilación obedece, por consiguiente, a esas influencias subjetivas y a las objetivas (circunstancias económico-sociales imperantes en su tiempo de aparición respectivo), para cada una de ellas.

• El prototipo renovador constitucional de 1978/1981.

La *autoría* de las reformas post-constitucionales introducidas en el CC obedece –claro es– a los nuevos planteamientos democráticos y, para cada ley concreta reformadora, habrá que ver toda la tramitación parlamentaria de los diferentes PROYECTOS DE LEY emanados del Gobierno existente en cada momento concreto.

La *estructura externa del CC* continúa inalterable –a mi juicio, aparentemente– (42), a pesar de las muy numerosas e importantes modificaciones esenciales introducidas en varias instituciones.

La *estructura peculiar de las diferentes normativas ahora autonómicas* [antes "forales"] ha variado notablemente, tanto en orden a la terminología utilizada [COMPILACIÓN, LEY –sectorial–, CÓDIGO –sectorial–, etc.] como en orden a la sistemática introducida en cada una de las Compilaciones reformadas y, más aún, en orden al contenido –ahora notablemente "expandido" o ampliado– de cada una de ellas.

La *configuración externa de cada norma autonómica* había sido analizada con detalle por mi parte desde una perspectiva *en horizontal* (43).

(42) V. J. CERDÁ GIMENO: "Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la Codificación civil", obra precitada: *ahora, en mi libro Estudios sobre Codificación y...,* citado, en especial *la dimensión estática* (estructura) en su perfil normativo, en las pp. 429 y ss. y 438 a 441.

(43) V. J. CERDÁ GIMENO: "Breves reflexiones sobre...", obra y libro citados en nota 42 precedente: en especial, en pp. 441 a 451 [dimensión estática].

En dicho lugar me refería a la inexistencia entre nosotros de una profundización de la materia *en vertical,* esto es, *la visión dinámica* de las instituciones contenidas en cada una de las añejas Compilaciones Civiles Forales, hoy devenidas normas autonómicas (44).

En este lugar, a aquella mi aproximación primera entonces llamada *diacrónica* entiendo que se debería añadir la presentación de la visión *sincrónica* **al día de hoy [mayo 2001]**, con la estructura y sistemática interna *de cada norma vigente* en los Territorios Hispánicos, lo cual parece excesivo en este momento.

C) EL ELEMENTO FORMAL [*¿QUO MODO?*]

Tendría aquí que tratar ahora el punto relativo al **cómo se forma** el objeto examinado [sea lingüísticamente, sea jurídicamente], y ello incide de lleno en el pertinente y futuro manejo y dirección de la cosa analizada.

Habría que considerar nuevamente a cuáles de **los prototipos o modelos posibles** hay que aludir, en la forma que sigue:

• Si se atiende al prototipo tradicional (CC 1889):

La materia quedaba reservada fundamentalmente a los expertos técnicos intervinientes y componentes de la "COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN".

• Si se atiende al prototipo uniformista (S. XX):

La materia sigue en manos de la citada "COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN".

• Si se atiende al prototipo inicial constitucional (1978 y años posteriores):

La elaboración de toda clase de leyes emana de las Cortes Españolas, máximo órgano encargado del poder legislativo: si bien la actuación primera, prioritaria, relevante, decisiva, será la de los partidos políticos en el poder a través de su pequeño cenáculo o "grupo" de expertos, cuya obra se impone de facto a la larga y sin

(44) V. J. CERDÁ GIMENO, obra y libro citados en las precedentes notas 42 y 43: en especial en pp. 451-452 y 456 [dimensión dinámica].

que apenas intervenga la "COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN".

En cuanto a las COMUNIDADES AUTÓNOMAS con Derecho Civil propio, en aplicación de sus respectivos Estatutos de Autonomía y del predominio del grupo político dominante en cada momento, suele darse un desplazamiento progresivo de "lo foral" hacia **"lo autonómico"**. Con muy notables excepciones (CATALUÑA, sobre todo) la desaparición de los juristas o expertos en la materia es un hecho y su sustitución por políticos o juristas "áulicos" evidente. Estos son los hechos.

V. SOBRE EL PERFIL FUNCIONAL DEL TEMA ELEGIDO [*¿QUID EFFECTUS?*]

Al tener que referirme aquí a **los efectos derivados** de nuestro tema en examen, esto es, a **la dimensión dinámica** de esos sistemas sucesorios hispánicos comparados, parece, a mi juicio, que es muy notable la carencia de estudios de conjunto al respecto. Sin embargo, comienzan a aparecer estudios de detalle respecto de muy concretas *instituciones*, a los que aquí se aludirá en lo pertinente.

Ahora presento unas necesarias distinciones en este epígrafe, acerca de varios concretos *puntos:* sobre la dinámica de la investigación comparativa, sobre los fenómenos de inter-normatividad en el ámbito sucesorio y sobre la interpretación en el tema sucesorio elegido.

Todo lo cual va a ser expuesto –muy esquemáticamente– en los términos que siguen.

A) LA DINÁMICA DE LA INVESTIGACIÓN COMPARATIVA

1. La ruta previsible desde la perspectiva de los grandes maestros civilistas

Reflejadas anteriormente en el epígrafe II precedente las posiciones de nuestros grandes maestros y autores civilistas, parece que lo que aquí procede es recordar que en este lugar se trata de toda esta temática *en su incidencia especial en el ámbito sucesorio*.

Es ineludible aquí –una vez más– la referencia a la obra y aportaciones varias de J. CASTÁN TOBEÑAS, tantas veces citadas.

Tengo que recoger también en este preciso lugar la reflexión importante de A. DE FUENMAYOR, en el sentido que sigue:

> **El contraste de las instituciones.**
>
> También sobre este punto –fundamental en nuestro tema– deberé limitarme a algunas consideraciones, que estimo tienen relevante importancia.
>
> Salta a la vista que **la interpretación comparativa de las Compilaciones entre sí y de éstas con el Código civil**, deberá siempre referirse a las normas jurídicas, que constituyen la materia de cualquier labor de exégesis. Pero la tarea, que incluye como indispensable el examen de las normas, no puede detenerse en esta primera y primaria operación. Para que responda a las exigencias de una interpretación profunda, ha de realizar otras dos operaciones: organizar las normas de cada ordenamiento en esas series o conjuntos que los juristas denominan **instituciones**; y realizar la integración sistemática de estas instituciones, para mostrar su interna articulación en el respectivo ordenamiento. Se trata –por decirlo con otras palabras– de investigar las instituciones y de dibujar las estructuras peculiares de cada uno de los ordenamientos. Sólo después podrá acometerse **la verdadera interpretación comparativa**.
>
> Una de las mayores lecciones –cabría decir, de las mayores sorpresas– que, como contribución muy positiva, nos ha proporcionado la promulgación de las Compilaciones, ha sido el mostrarnos de modo palmario la gran riqueza de estos Derechos civiles, a juzgar, con un somero examen, por el gran número de instituciones que contienen. Podemos pensar que, al leer estas Compilaciones, no pequeña sería la extrañeza, por ejemplo, de don Manuel ALONSO MARTÍNEZ, quien podría tal vez quejarse de haber sido engañado por los representantes de las regiones forales, ya que éstos le ofrecieron un reducidísimo catálogo de instituciones propias que convenía conservar. La queja, sin embargo, no sería razonable, porque los propios foralistas informantes carecían, por su parte, de segura información.
>
> Que las Compilaciones contienen una amplia serie de instituciones jurídicas, es algo que salta también a la vista y que se confirmará, con creces, mediante un estudio verdaderamente científico de estos ordenamientos, que hará descubrir algunas cosas que hoy permanecen todavía en la sombra, tras el celaje de un Derecho consuetudinario no del todo conocido.
>
> Sin embargo, la mayor novedad en la consideración que hoy merecen estos Derechos civiles especiales, procede de haberse abierto camino una

idea defendida con tesón y con acierto –aunque, a veces, con explicable exageración– por los foralistas. Me refiero a la idea de que estos Derechos no constituyen una suma o amalgama de preceptos o normas inconexas, sino que sus elementos componentes se hallan dotados de una interna articulación, es decir, existe entre ellos las conexiones propias de un sistema de Derecho.

Con acierto, ha dicho MARTÍNEZ SARRIÓN que "lo que han puesto al desnudo y con toda su crudeza las Compilaciones es una serie de puntos divergentes de partida y unas consecuencias que cada vez se alejan más del Código civil". Esto es particularmente cierto para el tema que estudia este autor: la familia foral. Pero pienso que las divergencias auténticamente sistemáticas, es decir, estructurales, no se dan respecto de todas las normas ni de todas las instituciones que integran las Compilaciones. Y que, además, las Compilaciones carecen de la pretensión de constituir sistemas cerrados y completos respecto de la materia objeto del régimen del Código, mientras que éste, por el contrario, sí que tiene tal pretensión.

Tres son, a mi juicio, las tareas inmediatas que han de conducir al logro de los fines de **la interpretación comparativa**:

a) Investigar cuáles son las normas –legales y consuetudinarias– que hoy integran los Derechos civiles especiales, es decir, determinar con precisión los elementos primarios de que se componen los ordenamientos sancionados por medio de las Compilaciones.

b) Determinar las instituciones que tienen un régimen propio de las Compilaciones, distinguiendo entre aquellas que son reguladas en su integridad por estos Derechos especiales, y aquellas otras –bastante numerosas– cuyo régimen procede, en parte, de normas del Derecho especial, y en parte de normas del Código civil.

c) Describir la relación estructural que mantiene unidas en un sistema peculiar determinadas instituciones, tanto en el Código civil como, por su parte, en las Compilaciones.

El resultado final de esta triple operación exegética, conducirá al necesario contraste de instituciones. Y es fácil advertir que buen número de las instituciones hoy reguladas en los Derechos especiales tienen entre sí grandes analogías, por lo que su comunicación parece, en principio, muy viable; mientras que algunas de las instituciones de estos Derechos ofrecen una clara contradicción con otras del Código civil actual, por hallarse al servicio de estructuras o sistemas diversos entre sí.

En este último caso, especialmente, **habrá que establecer** –como dice HERNÁNDEZ GIL al referirse a las normas e instituciones que no pueden expresar una rigurosa unidad de contenido– **los vínculos de la integración sistemática** ["Reflexiones sobre el Derecho foral y la unificación del Derecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*,

XXX, 1955, p. 29]; bien entendido que tal integración exigirá, previamente, el contraste de los sistemas en pugna para pensar, entonces, en **un sistema** nuevo, que ha de ser el fruto último de los esfuerzos de la investigación comparativa (45).

2. Las técnicas posibles de articulación de la comparación jurídica

Dada la abundancia de criterios o elementos de valoración aplicables en esta concreta materia, cabe decir que los posibles **medios de articulación técnica comparativa** podrían agruparse, muy esquemáticamente, como sigue:

- Desde el punto de vista subjetivo:

Este medio técnico viene a ser equivalente a **la configuración o a la determinación del "estatuto sucesorio"** acerca del patrimonio del causante, determinación efectuada, a mi modo de ver, en alguna de las modalidades siguientes:

- o bien en forma voluntaria directa:
  - vía unilateral: testamento.
  - vía bilateral: pacto sucesorio
  - vía delegada: fiducia sucesoria.
  - vía condicional: sustituciones hereditarias.
- o bien en forma voluntaria supletoria:
  - sucesión *ab intestato* o intestada.

- Desde el punto de vista objetivo:

Este medio técnico suele ir unido a la configuración de un elemento "objetivo" neutro como "**la casa**", esto es, *un elemento atributivo de la titularidad del patrimonio del causante*: en este sentido, en algunos sistemas es prototípica la asignación de *una personalidad* a LA CASA como una entidad especial *sui generis*. Esta técnica, y la consiguiente argumentación, ha sido siempre muy debatida, discutida y combatida por la mayoría de la doctrina. Por lo cual en la actualidad es difícilmente defendible.

---

(45) V. A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN: "La interpretación comparativa...", *op. cit.* en nota 21 precedente, en especial pp. 400 a 403 [subrayados o énfasis míos: J. C. G.].

- Desde el punto de vista formal:

La técnica correspondiente viene a ser *una delimitación o selección concreta y limitada* respecto de determinadas **instituciones sucesorias**. Lo cual conlleva una posterior y necesaria tarea de comparación e interpretación entre concretas instituciones.

- Desde el punto de vista causal:

La técnica consiguiente procede a *una delimitación o selección* de entre una serie dada de **conceptos jurídicos previos**, a saber: de sistemas jurídicos concretos, de los principios generales de cada sistema, y de las normas jurídicas específicas [en este caso nuestro, **las sucesorias**]. Todo este laborioso proceso requiere, además, el complemento de idénticas tareas posteriores de comparación e interpretación.

- Desde el punto de vista procesal:

Esta técnica conlleva una dificultosa tarea de delimitación, fundamentada en la inagotable tarea de **la determinación y prueba de las costumbres subsistentes** respecto de cada institución concreta examinada.

B) LOS FENÓMENOS DE INTER-NORMATIVIDAD EN EL ÁMBITO SUCESORIO

1. La dinámica inter-normativa sucesoria

- ***Posiciones doctrinales***

El autor que suscribe proclama su devoción al magisterio del profesor J. CARBONNIER, dado que las sugerencias e ideas implícitas en su habitual planteamiento del citado profesor y su manera de hacer vienen a suponer el paso desde una cierta unidad conceptual (derivada de un análisis de la tipología de casos posibles) a una posible especificidad a descubrir. Para el hallazgo de esta investigación, esto es, la especificidad del resultado, las vías adecuadas –según J. CARBONNIER– son estas dos: una, el análisis; otra, la comparación (46).

(46) V. J. CARBONNIER: "Les notions à contenu variable dans le droit française de la famille", en el volumen coord. y dir. por Ch. PERELMAN y R. VAN-

Intencionadamente propone CARBONNIER que nada mejor, ni más primitivo, que situar los objetos costado a costado para descubrir las diferencias. Sin embargo, añade, el proceso de comparación de variabilidades requiere que el intérprete se sitúe sucesivamente en los dos planos –el tiempo y el espacio– en los que son concebibles las posibles variaciones. Ello le lleva a la contraposición, típica del análisis estructural, de las vías de la diacronía y de la sincronía.

En orden a la comparación jurídica presenta interesantes reflexiones el profesor G. GARCÍA CANTERO, en cuya totalidad no voy a entrar y al que aquí remito (47).

En cuanto al análisis de los distintos Derechos Forales hispánicos apunta el profesor X. O'CALLAGHAN MUÑOZ a un previsible final de una unificación del Derecho privado europeo (48).

Una visión de conjunto de la totalidad del antiguo Derecho Foral, con un especial interés en cada una de las instituciones forales examinadas y las preguntas acerca del porqué y para qué de las mismas, resulta de especial interés si se examina la prometedora y juvenil obra del profesor J. I. FERNÁNDEZ DOMINGO (49).

Me permito reiterar aquí de nuevo que quien esto suscribe había abordado años atrás *ambas técnicas* [en orden al análisis y a la comparación jurídica], como ya había señalado en páginas precedentes (50).

En las reflexiones mías de aquellos años acudí a la ayuda de conocidos especialistas extranjeros y españoles y traté de hallar algún

---

DER ELST titulado *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, pp. 99 y ss., en especial 100 y 107-108.

(47) V. G. GARCÍA CANTERO: "Cien años de Derecho Comparado (del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleáns del 2000)", en *Actualidad Civil,* núm. 24, semana del 10 al 16 de junio de 2002, pp. 805 y ss.

(48) V. X. O´CALLAGHAN MUÑOZ: "Hacia una nueva orientación sobre el Derecho Foral, especial o nacional", Comunicación a la "Semana de Derecho Foral Vasco", en Bilbao-Gernika, 1979; y "Del Derecho Foral al Derecho Europeo", Comunicación al "Primer Congreso de Derecho Vasco", San Sebastián, 1982.

(49) V. J. I. FERNÁNDEZ DOMINGO: *Introducción al Derecho Civil Foral,* con prólogo de J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, ed. Dykinson, Madrid, 1997; y *Curso de Derecho Civil Foral,* con prólogo de J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, ed. Dykinson, Madrid, 2000.

(50) V. J. CERDÁ GIMENO, obras precitadas en anteriores notas 31 y ss.

criterio válido en orden a lo que entonces denominé "comparatismo interregional" [hoy quizá sería denominado como el punto de los "conflictos internos"]. Recogí en su día en la PONENCIA al Congreso de Derecho Civil Vasco de 1991 determinadas diferencias previas respecto de las diferentes inter-relaciones, en el sentido que sigue: relaciones entre sistemas jurídicos, relaciones entre principios (esenciales, accidentales), relaciones entre normas jurídicas (inter-normativas propiamente dichas), y relaciones entre instituciones concretas (51).

En este lugar la aplicación de tales diferencias conceptuales a nuestro tema va a estar en función de *la concreta reducción del ámbito de examen,* referido al Derecho Sucesorio y, en especial, a la comparación entre instituciones.

Aludida en páginas anteriores la necesidad de *la comparación entre las instituciones* por la mayoría de los autores especializados que se ocuparon del tema [J. CASTÁN, A. DE FUENMAYOR, J. L. LACRUZ, F. de A. SANCHO REBULLIDA, J. Bms. VALLET DE GOYTISOLO...], hay que añadir que esa compleja y dificultosa tarea ha sido abordada con énfasis, entusiasmo y éxito por todos los civilistas especialistas en los antiguos "Derechos Forales" [en los respectivos "Comentarios" doctrinales a las instituciones peculiares de cada territorio con Derecho Civil propio: v. en los "Comentarios ALBALADEJO"].

La atribución de sentido o de significado a los distintos conceptos jurídicos, a las normas jurídicas, y, en suma, *a las instituciones*, entiende DÍEZ-PICAZO que es una función de intermediación que aparece como obra del intérprete del Derecho. Indica que "la interpretación opera sobre la realidad, sobre los fenómenos, sobre los sucesos, sobre las sensaciones y sobre una comunicación significativa ya producida". Y finaliza este punto diciendo que "la interpretación, concebida como operación total de búsqueda del Derecho, es una operación que no se produce sólo en el terreno de la decisión de los casos concretos, la interpretación es una actividad de perfiles mucho más amplios... Una actividad interpretativa se

(51) V. J. CERDÁ GIMENO: "Unas reflexiones acerca de la comparación de los regímenes matrimoniales de VIZCAYA y de BALEARES", PONENCIA OFICIAL al Congreso de Derecho Civil Vasco de 1991, citado: *ahora, en mi libro Estudios sobre derecho de familia, op. cit.,* pp. 149 y ss. (y notas 5 y ss.).

Así lo he anticipado en el epígrafe I de este trabajo, al aludir a la revisión de la metodología aplicable al tema elegido.

lleva a cabo, también, en la tarea de investigación teórica del Derecho" (52).

- ***Taxonomía de las instituciones sucesorias***

Adoptada en obras mías precedentes esta peculiar terminología, importada del estructuralista A. J. ARNAUD, alusiva a *una cierta manera de clasificar sistemáticamente* una serie de objetos en una rama científica, a mi juicio ofrece una evidente ventaja tanto en el aspecto analítico-estructural como en el aspecto comparativo-funcional, y mucho más si se piensa en su particular aplicación exclusiva al Derecho Sucesorio.

En consecuencia, parece lógico proceder a *esa específica catalogación* de las instituciones sucesorias, para así proceder a su subsiguiente comparación inter-normativa. Todo ello puede concretarse en la forma que sigue:

- Sucesión testamentaria.
- Fiducia sucesoria.
- Pactos sucesorios.
- Atribuciones legitimarias.
- Sustituciones hereditarias.
- Sucesión intestada.

Alusiones a esas relaciones inter-normativas entre las instituciones sucesorias así catalogadas podrán desprenderse de lo expuesto en páginas posteriores. Exposición que será sumaria y *per relationem*, dado que su desenvolvimiento completo merecería toda una obra de investigación al completo [hasta la fecha no realizada entre nosotros] (53).

---

(52) V. L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho,* 3.ª edición corregida y puesta al día, ed. Ariel, S. A., Barcelona, 1993, Cap. XII, pp. 235 y ss., y 244 y ss.

(53) V. el tratamiento global y las posibles técnicas de aplicación, en J. CERDÁ GIMENO: "Comentarios a la Compilación de Baleares", tomo XXI, vol. 2.º, A) y B), en la colección de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Civiles,* dir. y coord. de M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, ed. Edersa, 2.ª edición corregida y aumentada, Madrid, 2002.

- ***En especial, la dinámica inter-normativa en el ámbito sucesorio***

La distinción conceptual, previamente apuntada por mi parte, en cuanto a las diferencias acerca de la comparación [entre sistemas, entre principios, entre normas, entre instituciones] tiene un relieve y un énfasis mucho mayor en el ámbito del Derecho Sucesorio.

Considerado ahora el punto de partida de mi análisis y las argumentaciones precedentes parece conveniente entender que todo este conjunto [o sub-conjuntos] de "pre-conceptos", conceptos y técnicas aplicables forman un conglomerado de reglas genéricas de indudable aplicación a cada sector normativo o materia analizable.

En consecuencia, la obvia aplicación de todo este conjunto de "reglas generales" (o previas) al campo de análisis [aquí, reducido al DERECHO SUCESORIO] va a suponer que se tome en cuenta el planteamiento genérico relativo a las técnicas, principios e instituciones del **Derecho Sucesorio** [aquí, el español] y, además, el posicionamiento específico de cada intérprete/jurista práctico ante el concreto tema planteado.

2. El ámbito conflictual en el Derecho Sucesorio

Basado el Derecho Sucesorio en una previa masa o conglomerado de relaciones inter-subjetivas jurídicas de todo tipo [reales, obligacionales, familiares...] que inciden en la especificidad de la conexión causal "causante (*de cuius*) - heredero/herederos", parece que cabe considerar que los conflictos inter-normativos aparecen muy resaltados en este especialísimo ámbito sucesorio.

Es esa especificidad del ámbito sucesorio [que presupone en el intérprete el conocimiento de otros ámbitos (derechos reales, derecho de obligaciones, derecho de familia)], la que hace muy difícil el conocimiento exacto por el intérprete/jurista práctico de la norma adecuada para su aplicación al caso concreto litigioso o debatido.

Reflejo de todo ello en este ámbito de los conflictos es que todo ello implica *una previa determinación* de una serie de puntos, como son:

- Los conceptos (términos) previos aplicables [v. gr.: causante extranjero, domicilio, vecindad civil, estatuto sucesorio, disposición

mortis causa, atribuciones *ex lege* (legítimas), derechos viduales, régimen económico-matrimonial, sucesión intestada, etc.] (54).

■ Las técnicas de aplicación posibles [v. gr.: de simetría o de asimetría; de contradicción (heteromorfas) o de concurrencia (homomorfas, simétricas)].

■ La multiplicidad de los supuestos previsibles. Es el denominado "núcleo duro" de la dinámica de los conflictos inter-normativos en el ámbito sucesorio. Las *variables* que inciden sobre la proposición normativa principal son en verdad numerosas, v. gr.: norma de colisión, norma material, calificación (cuestión previa), domicilio, vecindad civil, estatuto sucesorio, disposición *mortis causa*, etc. (55).

3. La tipología de supuestos fácticos

♦ Procederé en este lugar a una remisión de tipo específico y determinado a los argumentos de los especialistas en la materia de conflictos de leyes [i. e., el ámbito conflictual].

En consecuencia, procedo a la distinción de los posibles conflictos entre los de orden externo y los de orden interno, en la forma que sigue.

a) **Conflictos externos** [*id est,* Derecho Internacional Privado (Conflictos Inter-nacionales)].

La vigente normativa española procede de la reforma del CC operada por la **Ley 11/1990, de 15 de octubre** (BOE de 18 de octubre), en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. El texto aplicable vigente es el del **artículo 9.8 CC**, que dice así:

---

(54) Para F. RIGAUX ["Les notions à contenu variable en droit international privé", en el volumen precitado *Les notions à contenu variable,* pp. 237 y ss.] los conflictos de leyes contienen en su núcleo esencial una noción de contenido variable y las propias "reglas de conexión" contienen elementos constitutivos de carácter difuso y variable [v. gr., el factor de la conexión, la categoría de la conexión, la ley declarada aplicable]. Como ejemplo prototípico de una noción esencial cita la noción difusa de "orden público".

(55) V. el volumen de AAVV *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, ed. de la "Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País", Bilbao, 1999: allí, las comunicaciones y reflexiones de A. CELAYA IBARRA, J. L. IRIARTE ÁNGEL y A. BORRÁS RODRÍGUEZ, en pp. 19 y ss. (más el coloquio) y 71 y ss., respectivamente.

"La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes."

Los comentarios a la normativa precitada comienzan a ser muy numerosos. En forma resumida, y en selección muy personal, recojo aquí los argumentos de los especialistas, centrando el tema en las posiciones que denomino: posición resumida y posición amplia.

- Posición resumida. La desenvuelve J. M. ESPINAR VICENTE [v. la cita en X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil,* tomo V (Derecho de Sucesiones), pp. 110-113], al que en este lugar remito.
- Posición amplia. Es la de A. L. CALVO CARAVACA [v. en "Comentario al artículo 9, apartado 8 del Código Civil", en *Comentarios* ALBALADEJO, *op. cit.,* ed. Edersa, tomo I, vol. 2.º, 2.ª edición, Madrid, 1995, pp. 350-387], al que aquí remito.

b) **Conflictos internos** [Derecho Inter-regional (Conflictos Inter-regionales)].

Al acudir necesariamente a la doctrina especializada, parece debo remitir a las interesantes exposiciones de A. L. CALVO CARAVACA y M. E. ZABALO ESCUDERO [v. en cuanto al primero, sus comentarios en obra precitada, pp. 387 a 391; y en cuanto a la segunda, su "Comentario al artículo 16 CC", en los *Comentarios* ALBALADEJO, cit., tomo I, vol. 2.º, cit., pp. 1259 a 1282].

♦ Recapitulación personal.

Un posible resumen acerca de la problemática conflictual en el ámbito sucesorio, ofrece las siguientes perspectivas:

— De conjunto:

Conflictos internacionales: Norma conflictual: Artículo 9.8 CC; Norma material: ley nacional respectiva del causante (con posible reenvío).

Conflictos inter-regionales: Norma conflictual: Artículo 16.1 CC (dudosa aplicación del reenvío); Norma material: ordenamiento sucesorio respectivo ("foral"/autonómico), aplicable a todo causante que tuviere la "condición foral" pertinente.

Conflictos inter-insulares (Baleares): Norma conflictual: Artículo 15.4 CC (dudoso reenvío); Norma material: Articulado del TÍTULO II [respectivamente, en LIBRO I, y en LIBRO III], en conexión con Artículo 1-párrafo 2 CDC. BAL. de 1990.

— De detalle.

La configuración exacta de la norma aplicable a un determinado y concreto supuesto de hecho apunta a un criterio poco objetivo y de difícil determinabilidad, criterio que es obviamente *per relationem*: lo cual genera una floración de conceptos jurídicos indeterminados y conceptos jurídicos de contenido variable.

• Recapitulando las combinaciones de posibles supuestos fácticos, parece que cabría presentar una distinción previa, en función del momento del fallecimiento el causante: o bien este tuviere su último domicilio en el lugar donde se diere el caso debatido o bien el fallecimiento ocurriere en otro domicilio. En cualquier caso, parece seguro que deberá aplicarse la norma material respectiva [esto es, su ley nacional pertinente].

Una normativa específica para la "condición foral" del causante, que predetermina la aplicación de la correspondiente normativa sucesoria [foral / autonómica], solamente existe en el territorio de NAVARRA [**Ley 148 del Fuero Nuevo de 1973**], pero no existe en los restantes ordenamientos sucesorios hispánicos (56).

De la conexión de la norma del artículo 9.8 del CC con los momentos posibles [o bien del otorgamiento de un acto *mortis causa* (testamento, pacto sucesorio), o bien del fallecimiento de este], y en función de la condición del causante de "aforado" o "no aforado" y de la subsiguiente conexión con la condición de "otorgante" o de

(56) Como modelo de referencia para este punto y su lógico desarrollo he tomado el interesante comentario de B. RODRÍGUEZ-ROSADO "Comentario a la Ley 148 del Fuero Nuevo de Navarra", en la precitada obra colectiva *Comentarios* ALBALADEJO, cit., tomo XXXVII, vol. 1.º, titulado "Comentario a las Leyes 148 a 252 del Fuero Nuevo de Navarra", ed. Edersa, Madrid, 1998, pp. 4-16.

"causante", puede derivar todo un conjunto de combinaciones de supuestos fácticos. De momento no voy a entrar en mayores detalles.

C) LA INTERPRETACIÓN EN EL TEMA CONCRETO SUCESORIO ELEGIDO

- **Criterios doctrinales**

Para J. Bms. VALLET DE GOYTISOLO la interpretación jurídica debería quedar ubicada dentro del que llama "proceso interpretativo de la determinación o concreción del derecho". Para VALLET se trata de lo que llama "el proceso interpretativo posterior a la pre-comprensión", esto es: la selección de normas, la intelección de las normas, la conexión hechos-derecho, la formulación de la *quaestio*, y la concreción de lo interpretado como explicación jurídica del **hecho** (o sea, del derecho que en este subyace) (57).

- **El criterio del autor**

Parece posible proporcionar ahora en este lugar una visión de conjunto en el tema de la interpretación, de manera que vendría a resultar que:

• Para las instituciones sucesorias que implican una declaración de voluntad *mortis causa* testamentaria o cuasi-testamentaria: el

(57) V. J. Bms. VALLET DE GOYTISOLO: "Panorámica general de la interpretación", *op. cit.*, pp. 87 y ss. y 91-92 y allí la referencia a K. LARENZ y a la "pre-comprensión".

Años atrás tuve la ocasión de efectuar *una cuidadosa presentación* del concepto de **"pre-comprensión"** en alguna de mis obras [v. *Estudios sobre Jurisprudencia Civil,* vol. II (Notas a sentencia sobre Derecho de Familia), ed. del "Centro de Estudios Registrales", Madrid, 1993, Capítulo Introductorio (Notas sobre una concreta jurisprudencia del Tribunal Supremo), ep. IV-C), pp. 32 a 38 y allí las notas 41 y ss., en especial la nota 49]. Tal presentación por mi parte la había tomado directamente de la argumentación proporcionada por J. ESSER [v. **hoy**, su artículo "La interpretación", en *Anuario de Filosofía del derecho,* traducción de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Nueva Época,* tomo III, Madrid, 1986, pp. 41 a 73, en especial 50 y ss. y 67 y ss.

criterio interpretativo básico es la norma contenida en el artículo 675 del CC.

• Para las instituciones sucesorias que evidencian un acuerdo de voluntades de contenido sucesorio [esto es, un pacto, un contrato *inter vivos*]: el criterio interpretativo básico es el conjunto de principios derivados de los artículos 1281 a 1289 del CC en materia de interpretación de los contratos.

VI. INTENTO DE UNA RECAPITULACIÓN GLOBAL

Parece posible ahora proceder a un resumen de lo expuesto hasta aquí, como una recapitulación global, como sigue:

▲ En cuanto al porqué [*¿cur?*].

El porqué del título de esta exposición responde obviamente a la imaginación del autor, centrada en una reducción de su tarea investigadora a un tema más propio de la llamada "ciencia-ficción" que del mundo del Derecho.

▲ En cuanto a la terminología [*¿quid nomen?*].

Los modos habituales del pensamiento jurídico, y sus distintas variables expositivas, han sido modificados por mi parte y reconducidos al uso del modo simbólico.

Modo simbólico que debe ser entendido no solo en su sentido amplio o genérico, sino también en su sentido específico, de manera que si el símbolo no se activa el texto escrito seguirá teniendo un sentido retórico (independiente) por sí mismo.

▲ En cuanto a la tarea de comparación jurídica [*¿quid conceptus?*].

Parece en verdad seguro que cabe considerar al maestro J. CASTÁN TOBEÑAS como el gran "pionero" o iniciador –como en tantos otros ámbitos de investigación en nuestro Derecho– de los estudios de Derecho Comparado en España.

La observación del maestro recordando que con el tema de la uniformidad legislativa sucede algo similar a la historia de "la tela de Penélope" sigue manteniendo vigencia.

Las sugerencias del maestro fueron desenvueltas por discípulos y continuadores, de numerosa cita, de entre los que cabe destacar las figuras de A. DE FUENMAYOR, J. Bms. VALLET DE GOYTISOLO, el fantástico equipo formado por J. L. LACRUZ BERDEJO [F. A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVARRÍA, F. RIVERO HERNÁNDEZ, J. RAMS ALBESA, J. L. MERINO HERNÁNDEZ... y tantos otros], G. GARCÍA CANTERO, J. L. DE LOS MOZOS, etc.

La tarea de comparación jurídica interna diseñada por tales maestros había sido continuada y contemplada por mi parte en años precedentes con cierta osadía [en juveniles ensayos y aportaciones varias a Congresos, Jornadas y Foros varios].

La tarea precitada ha sido abordada recientemente por el profesor S. SÁNCHEZ LORENZO con motivo de una investigación en torno al tema de la posible unificación del Derecho privado europeo.

▲ En cuanto al perfil de los hechos [*¿quid facti?*].

La metodología historicista, utilizada por el profesor J. L. LACRUZ BERDEJO y sus continuadores precitados, resulta ser básica para efectuar una interpretación adecuada de la evolución sufrida tanto por el gran tema de la "codificación" como por el sub-tema de las técnicas de comparación jurídica entre el Código Civil y los antaño "Derechos Forales" de posible utilización.

Por parte de quien esto suscribe se ha pretendido seguir esa estela dejada por la "escuela de LACRUZ", aunque aquí un tanto velada por el recurso del modo simbólico, aludiendo a los "prototipos" (modelos) de naves, a la dirección de los "rumbos" del utópico viaje y a las pautas conductivas ("clavijas") para la dirección de la nave.

▲ En cuanto a la cosa [nuestro tema en examen] en sí misma [*¿quid rei?*].

La dimensión estática de la figura examinada, tanto si se estructura como un símbolo [nave] como si se estructura como un concepto jurídico [Código: normas a comparar], parece debe contemplar estos puntos:

- La *"mens legislatoris"* [el quién dirige el objeto];
- La *"mens legis"* [el qué cosa constituye ese objeto];
- El proceso [*quomodo*] de dirección del objeto.

Por mi parte se ha intentado una presentación cuidadosa de las diferentes variantes acaecidas en cuanto al mando (control) de la nave, a los modelos (prototipos) de la nave, y al proceso de formación [jurídico] del objeto examinado.

▲ En cuanto a la dinámica del tema en examen [*¿quid effectus?*].

La que he denominado "dimensión dinámica" del tema en examen se refiere al funcionamiento, a los efectos del mismo, esto es, a los distintos sistemas jurídicos sucesorios hispánicos en su fase de comparación.

Parece posible dictaminar con cierta seguridad que brillan por su ausencia los estudios comparativos de conjunto del montante global de los citados sistemas.

Por mi parte se ha intentado en esta exposición previa una profundización de ese análisis comparativo precitado. Por consiguiente, he efectuado una distinción de los distintos niveles de ese análisis: la dinámica de la investigación comparativa (en general), los fenómenos de inter-normatividad en el ámbito sucesorio [con especial atención al ámbito conflictual y a la tipología de posibles supuestos fácticos], y a la interpretación acerca del tema (y/o institución) sucesorio concreto elegido o presentado.

VII. TABLA DE CONCLUSIONES Y DE TAREAS PENDIENTES

En este momento parece ya posible deslindar ambos puntos, como sigue:

A) TABLA DE CONCLUSIONES

A mi juicio, después de esta larga exposición, cabe aventurar las siguientes conclusiones:

1.ª El modo simbólico utilizado indica que el prototipo alegórico [nave] demanda una respuesta clara en orden a las "clavijas" de dirección de la nave.

2.ª La perspectiva historicista evidencia que a lo largo del tiempo se ha dado la existencia de muy diversas "clavijas" para la dirección de la nave. Lo cual implica una obvia dificultad en el control y en la dirección de la nave.

3.ª El resultado aparente de esa evolución histórica se centra en un dilema básico, en una elección: o bien se elige una sola clavija, o bien se opta por varias clavijas.

4.ª Los diversos prototipos (modelos) de nave examinados parecen apuntar a una estructura no-lineal, esto es, a un enorme conjunto que en su interior contiene diversos "sub-conjuntos" [micro-sistemas].

5.ª Respecto del gran tema de la comparación jurídica parece aconsejable atender a los dictados y a las sugerencias de los grandes maestros (CASTÁN, FUENMAYOR, LACRUZ...).

6.ª La dinámica inter-normativa sucesoria demanda una investigación cuidadosa de la tipología de los posibles supuestos fácticos y exige el conveniente análisis del ámbito conflictual en el Derecho Sucesorio.

7.ª La interpretación de un concreto supuesto fáctico sucesorio presentado o debatido por parte del intérprete/jurista práctico parece que va a depender de los criterios subjetivos del mismo. Lo cual va a implicar una previa evaluación de la propia posición personal [la "pre-comprensión" de J. ESSER] del intérprete concreto.

B) TAREAS PENDIENTES

Parece posible sugerir a los jóvenes investigadores del día de hoy todo un elenco de quehaceres o tareas insoslayables, a mi juicio, en orden a la temática aquí contemplada. Cabría así, en mi opinión, considerar estas posibles sugerencias:

1.ª La tipología de supuestos fácticos sucesorios, en verdad numerosa, exige una especial actitud en el intérprete. La posible actitud investigadora en orden al tema examinado debe centrarse en las dos vías del análisis y de la comparación jurídica.

2.ª La interpretación de la temática aquí examinada sugiere la conveniencia de atender básicamente al modelo de la interpretación "comparativa", sobre todo en su aspecto funcional.

3.ª El resultado aparente de la presentación del modo simbólico acerca del tema examinado apunta a que el desenvolvimiento de la dirección alegórica de esa nave aludida lo que plantea es el problema gravísimo de la concreta ubicación de la "clavija" de mando de esa nave. Esa es la gran pregunta, la gran cuestión: ¿dónde?, tanto en el espacio como en el tiempo.

EPÍLOGO

— Básicamente he presentado *un modo simbólico* (alegórico) acerca del viaje espacial de *una posible nave* [Código], de sus diversos elementos y de los efectos del mismo.

En el desenvolvimiento del tema he conducido a una recapitulación global y a unas conclusiones y unas tareas pendientes.

Resulta fundamental en este momento –aquí y ahora– aludir a estos tres puntos: dónde ubicar la clavija de mando de la nave [*¿ubi*?], cuál sea la finalidad o el para qué de ese viaje [*¿quid valoris*?] y el destino previsible/imprevisible [*¿quid finis*?] de ese viaje y de esa nave.

En cuanto al punto de dónde ubicar la clavija del mando de la nave, subsiste *per se* como problema esencial, hoy por hoy irresoluto.

En cuanto al punto de la comparación jurídica entre los sistemas sucesorios hispánicos [nuestro tema en examen], finalidad obvia o *para qué* de ese viaje, parece que la cuestión reside en la elección de cuáles pudieran ser los criterios preferenciales a la hora de tomar la decisión del "rumbo" correcto de la nave, criterios que pueden oscilar en cada momento histórico, v. gr.: locales, regionales, estatales, internacionales, supra-nacionales, globales... De todo ello parece desprenderse *una idea básica,* otra grave cuestión: ¿cuál es el criterio adecuado, el más justo? (el *¿quid iustum*?).

En cuanto al posible destino de esa nave, aquí presentada *simbólicamente* [Odisea espacial] como un camino azaroso, duro e imprevisible, parece cabría pensar –siempre en clave simbólica y siguiendo el guion de ambos filmes– en un conjunto de variables para un final definitivo, último, del viaje de la nave, v. gr.:

- o bien la absorción por un gran Sol central uniformista (materia atrayente);
- o bien la pérdida o deslizamiento en un agujero negro (materia absorbente);
- o bien una desintegración en partículas en el Espacio (expansión en el trans-universo);
- o bien una paulatina desaparición (por olvido) en el Tiempo (la memoria perdida);

• o bien una especial fusión en un especial **monolito negro** (la alusión en el film "ODISEA DOS").

— Bueno, aquí termina propiamente mi exposición y la PONENCIA que se encargara.

Ahora bien, la memoria es circular y vuelve adonde solía, y si al inicio de mi exposición rememoraba que en el film el astronauta decía "¡Houston, tenemos un problema!", ahora recuerdo que al final del film el mega-ordenador HAL le dice al astronauta "... tenemos un problema!".

Pues bien, para finalizar les digo a Uds: "¡Señores, tenemos un problema!".

♦ UNAS PALABRAS FINALES

— El fenómeno sociológico-histórico-jurídico implícito en el tema objeto de mi Ponencia puede ser abordado conforme a la propia naturaleza de las cosas, lo que se corresponde con los dictados de la naturaleza física habitual. Aquí se ha seguido un procedimiento paralelo, pero siempre en clave simbólica.

Sin embargo, de ello, para los modernos seguidores de la llamada "física cuántica" no cabe una descripción perfecta y completa de nuestro tema en examen dado que entienden que todo experimento depende de su entorno: el observador **es** lo observado, "lo observado" condiciona al observador, el pasado y el futuro (tiempo) son reversibles, etc.

Esto quiere decir que esta Ponencia mía, estas observaciones y consideraciones mías aquí presentadas no son definitivas y pueden no ser verdaderas, porque –dicen los "cuánticos"– si cambia el observador va a cambiar lo observado.

— En cuanto al problema básico final planteado, no se trata de un solo problema, sino de un conjunto implícito de cuestiones prácticas anejas, de preguntas básicas que han ido apareciendo. No cabe desaliento posible, porque desde Aristóteles sabemos aquello de que "Si no hay una respuesta clara, es que el problema está mal planteado".

Como final, y para no cansar más a Uds., retornando al principio y a la imagen subyacente de esa especial ODISEA presentada y al modo de aquel –y este– ya cansado ULISES, termino con un retorno

a aquel viaje suyo de vuelta a su natal Itaca. Este símil literario evocaba una singladura marítima, real, de sucesos varios, un regreso a su casa en Itaca, una ayuda de sus fieles siervos EUMEO y FILETIO, una batida a los pretendientes de su hogar mediante el tiro con arco y sus flechas dispuestas... Mientras que aquí en mi discurso he esbozado una singladura espacial, simbólica, utópica, un destino incierto e imprevisible, la carencia de fieles ayudantes...

No sé si mis palabras pueden ser equivalentes a las "flechas" de ULISES, pero lo que sí sé es que han sido cuidadosamente puestas como "balizas" de un utópico camino o viaje espacial presentado.

Que ese camino aquí esbozado sea o no de retorno... o si existe o no ese camino... ¡*Chi lo sà*!

Muchas gracias por la atención que Ustedes me han dispensado.

Madrid, 29 de mayo de 2001.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS GARANTÍAS PERSONALES DEPENDIENTES EN EL *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE* (DCFR) (1)

María Dolores Cervilla Garzón
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y DCFR

II. LA FIANZA EN EL DCFR: CONSIDERACIONES GENERALES

III. LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA: ¿HASTA DÓNDE Y HASTA CUÁNDO?

IV. FIANZA SOLIDARIA Y FIANZA SUBSIDIARIA

V. CONTENIDO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA ENTRE LAS PARTES:
1. La posición jurídica del acreedor
2. La posición jurídica del fiador

VI. LA DEFENSA DEL FIADOR

VII. LOS DERECHOS DEL FIADOR DESPUÉS DEL CUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA

VIII. REFLEXIÓN FINAL

---

(1) Este trabajo se realiza dentro del proyecto "*El proyecto de marco común de referencia (libros II y IV): Comentario académico desde el Derecho contractual español*", convocatoria nacional I+D, referencia DER2009-13269-C03-02.

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y DCFR

Con este trabajo se pretende realizar una exposición sistemática de las normas que el *Draft Common Frame of Reference* (a partir de ahora DCFR) dedica a regular las garantías personales dependientes, a fin de facilitar al lector una información suficiente sobre el régimen jurídico propuesto para esta figura en este texto europeo, que tiene su origen en la tendencia unificadora del Derecho contractual que, ya hace varios años, se deja sentir en Europa. Pero antes de iniciar tal andadura, entendemos necesario exponer, aunque sea brevemente, y a modo de introducción, el proceso de elaboración del DCFR, lo que nos facilitará la comprensión de los preceptos que en él se proponen.

En diciembre 2007 el DCFR fue presentado a la Comisión Europea, tras cuatro años de trabajo del *Study Group on a European Civil Code* y del *Reasearch Group on the Existing EC Private law*, conocido, este último, como *"Acquis Group"*. La elaboración de este texto, en el que se contiene una propuesta muy completa de normativa, no solo de la teoría general del contrato y las obligaciones, sino también de concretas regulaciones de determinados tipos contractuales, supone un hito muy importante dentro del proceso de unificación del Derecho contractual europeo. Dicho proceso tuvo su origen en las famosas resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1993, que representan el punto de salida del "marathon" (2), hacia un Código Civil europeo o, al menos, hacia la elaboración de un Derecho civil más racional y coherente entre los Estados miembros de la Unión. En esta carrera han sido muchos los intentos; entre ellos, el DCFR es el primer texto completo, hijo, eso sí, de otros textos y reflexiones llevadas a cabo durante estos años (3). El impulso más directo a su elaboración hay que situarlo en la Comunicación de la Comisión al Consejo

(2) Así lo llama INFANTES RUIZ, F. J.: "Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo", en *InDret* 2/2008, pp. 2 a 44, concretamente la cita es a la p. 7.

(3) En particular, el DCFR recibe una importante influencia y está inspirado directamente de las normas correspondientes a la Teoría general en los Principios de Derecho Contractual Europeos, realizados por la Comisión de trabajo presidida por Ole LANDO. Los libros II y III contienen normas extraídas directamente de los PECL.

y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo de 11 de julio 2001 (4), la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 12 de febrero de 2003 (5) y en la posterior Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de octubre de 2004 (6). Bajo los auspicios de esta comunicación se trabaja en la elaboración del borrador del Marco Común de Referencia por parte de una serie de grupos académicos, destacando, entre ellos, el *Study Group* (7) y *el Acquis Group* (8), autores del

(4) DOCE 2002/C 241/01, pp. 1 a 7, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo" contiene reflexiones interesantes en la medida que han sido tenidas en cuenta por los redactores del DCFR: la presencia de la protección del consumidor, estableciendo normas al respecto dentro e integradas en el propio texto normativo, y la utilización de la técnica conocida como *soft law*. En este último sentido el Derecho contractual europeo podrá ser elegido como instrumento facultativo por las partes contratantes, pero "si las partes se someten al nuevo Derecho europeo en sus compromisos contractuales, el juez nacional debería resolver entonces las posibles controversias sobre las bases de dichas normas" (punto 3.9, p. 7).

(5) DOCE 2003/C 246/01, pp. 1 a 3, publica la resolución del Consejo, acogiendo la propuesta de la Comisión contenida en el *Action Plan*, consistente en la elaboración de un marco común de referencia "preparado sobre la base de un proyecto de investigación con arreglo al sexto programa marco de investigación y desarrollo tecnológico, teniendo en cuenta todas las tradiciones jurídicas de los Estados miembros" (punto 2, p. 1). Así pues, se trabaja en la elaboración de un instrumento facultativo que contenga los principios y reglas comunes del Derecho europeo de los contratos utilizando una terminología de uso general y que pueda ser compartida entre todos. La finalidad es la de aumentar la coherencia del Derecho contractual europeo, como así se denomina en la Comunicación (sobre el particular, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea", en la obra colectiva *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán,* ED. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 157 a 192, la cita es a la p. 165).

(6) COM (2004), 651 final, la Comisión justifica este texto como "el seguimiento del plan de acción de 2003", pero va más allá, sugiriendo, incluso, la estructura del futuro marco común de referencia, amén de contener la descripción del proceso de elaboración de este.

(7) El *Study Group* continúa los trabajos realizados dentro de la Comisión Lando, y su tarea ha consistido en buscar y construir principios comunes

documento presentado a la Comisión (que, hasta ahora, representa el único texto de un futuro marco común).

Conforme a la opinión mayoritaria (9), la aplicabilidad del régimen jurídico propuesto se hace depender de la voluntad de las partes contratantes, que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, deben decidir si someten el acto jurídico a sus designios. Ahora bien, tal decisión tiene como consecuencia el sometimiento "en bloque" a toda la normativa contenida en el texto que, en su caso, será el que dirima posibles conflictos derivados del contrato y su cumplimiento por medio de su aplicación jurisdiccional. La elección de configurar al DCFR como un "*optional instrument*", que parece ser ha sido, hasta ahora, la que cuenta con más adeptos, si bien beneficiosa como primer paso al establecimiento de un único Derecho privado de los contratos en Europa, es, como cualquier medida, acreedora

---

de Derecho patrimonial privado (sin entrar en Derecho de familia y sucesiones), con una metodología que sobrepasa el estricto acervo comunitario y se extiende a los Derechos nacionales. Sobre la relación entre la Comisión Lando y el *Study Group*, *vid.* VON BAR, C.: "Working together Howard a Common Frame of Reference", en *Juridical International,* X/2005, pp. 17 a 24, concretamente pp. 18 y 19.

(8) Este grupo de trabajo parte del Derecho comunitario ya existente, construyendo los principios y reglas a partir del Derecho comunitario actual. De ahí su denominación, pues utilizan como fuente el acervo comunitario, es decir, *acquis approach*. Según INFANTE RUIZ, F. J., ob. cit., pp. 23 y 24, su influencia se siente en el DCFR en la formación del contrato, condiciones generales, buena fe, no discriminación, remedios frente al incumplimiento, revocación.

(9) La doctrina lo llama "*toolbox*" y "*optional instruments*". Así lo hacen, entre otros, STORME, M. E.: "The (Draft) Common Frame of reference as a toolbox and as a basis for an optional instrument", conferencia impartida en Stockholm el 23 octubre 2009, publicada en la obra *A Common Frame of Reference for European contract law*, Editorial Iustus Publishers, Uppsala, 2010. GROSSE RUSE-KHAN, H.: "The european Draft Common Frame of Reference a source of comparative law; a new option for choosing the applicable law; or a template for a european civil code", *Social Science Resarch Network,* 2010, pp. 1 a 20, en la p. 5 lo califica como "multifunctional toolbox in the hands in the European legislator", y MAK, CH.: "Fundamental rights in the DCFR", en *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, núm. 2009/01, pp. 1 a 25, concretamente p. 20, afirma que el DCFR "seen as a «toolbox» rather than a code".

de inconvenientes y desventajas (10). Sin embargo, cuál sea la naturaleza jurídica del instrumento contractual bajo el que tenga lugar la unificación, está aún por decidir, tal y como demuestra la última consulta lanzada con el Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, que reabre el debate que parecía cerrado sobre este punto (11).

El DCFR es un texto jurídico elaborado por académicos, lo que lo define como un texto teórico y técnico aunque, no por ello, su contenido se encuentra alejado de la realidad práctica. Ha sido objeto de críticas (12) y alabanzas por la comunidad científica desde diferentes aspectos pero, en cualquier caso, no puede dudarse de la importante aportación que un documento de este calibre comporta al proceso unificador.

El contenido normativo propuesto se estructura en tres partes diferenciadas: en primer lugar los *Principles*, donde se desglosan los cuatro principios fundamentales (libertad, seguridad, justicia y eficiencia) sobre los que pivota y que están presentes en el régimen jurídico del texto europeo. Estos cuatro grandes principios se subdividen en consecuencias generadas, ya en ámbitos concretos, por

(10) El informe elaborado por Evelyne TERRYN, a petición del Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo, versa sobre las ventajas, desventajas y problemas que suscita la consideración del marco común de referencia como un instrumento facultativo, cuya aplicación depende de la voluntad de las partes. Dicho informe, con el título "The Common Frame of Reference: an optional instrument?", está publicado por el Parlamento Europeo, Bruselas, 2010, pudiendo localizarse en el portal de Internet del Parlamento Europeo (http://www.europarl.europa.eu/studies).

(11) Bruselas, 1 julio 2010, COM (2010), 348 final.

(12) SMITS, J. M.: "The Draft Common Frame of Reference for a European private law: fit for purpose?", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008-2, pp. 145 a 148, lleva a cabo una crítica al DCFR, destacando dos aspectos de este: en primer lugar, considera que el DCFR está muy alejado del acervo comunitario, presentándose como un auténtico Código Civil, tanto en su estructura como en su extensión ("it is comparable to a nacional civil code", dice en p. 146); en segundo, califica como poco clara la metodología empleada para su elaboración, al construir sus reglas sobre la base de un análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (p. 147).

cada uno de ellos (13) y que, posteriormente, se consagrarán a modo de preceptos en el articulado del DCFR. En segundo lugar las llamadas *Model Rules*, que constituyen el contenido normativo propio y que, a su vez, se dividen en diez libros. Estos libros, tras un primero dedicado a consideraciones de carácter general, regulan las normas correspondientes a la teoría general de las obligaciones (libro III), teoría general de los contratos (libro II), contratos en particular (libro IV) (14), gestión de negocios ajenos (libro V), responsabilidad extracontractual por daños (libro VI), enriquecimiento injusto (libro VII), adquisición y pérdida de la propiedad sobre los bienes (libro VIII), garantías reales sobre bienes muebles (libro IX) y *trust* (libro X). Finalmente, y en tercer lugar, el *Annex*, donde se encuentran las definiciones que precisan la terminología propia y el sentido particular de los términos utilizados en el texto, fijando y creando verdaderos conceptos jurídicos, de vital importancia para precisar el verdadero significado de sus preceptos (15).

El resultado final supera, con mucho, las iniciales previsiones que figuraban, de forma ambigua, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de octubre de 2004. En este sentido, se mantiene la estructura de principios, definiciones y modelos de normas, aunque las definiciones se trasladan a un anexo del texto. La teoría general del contrato y la obligación estaban presentes en la Comunicación de 2004 y así la recoge el DCFR, más matizada y con-

(13) Así, bajo el macro-principio "libertad" se generan consecuencias en orden a: la libertad contractual, las obligaciones no contractuales y la propiedad. La libertad contractual, además, exige el establecimiento de límites a la libertad de las partes y límites a la intervención de legislador, entre otras consecuencias. Siguiendo esta técnica, el redactor del DCFR va desglosando cada principio, sus exigencias y consecuencias.

(14) Se ha de precisar que el DCFR no aborda todos los contratos en particular, aunque sí los más significativos para el tráfico económico. En concreto, compraventa, arrendamiento de bienes, servicios (en sentido muy ampliado, incluyendo el de obras), mandato, agencia, franquicia y distribución, préstamo, garantías personales y donación.

(15) También se llaman a estas definiciones, presentes en todo el articulado, *black letter rules*. Sobre su trascendencia y significado, VAQUER ALOY, A.: "Farewell to windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference", en *European Review of Private Law*, pp. 487 a 512.

creta, eso sí, en el borrador. Sin embargo, es en el resto del contenido donde el DCFR supera el inicial esquema de trabajo, pues, en relación a los contratos en particular, solo se incluían las normas relativas al contrato de compraventa y seguros frente a la extensa relación de contratos abordados; amén de otras figuras como la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento injusto, el *trust*... cuya inclusión, con toda seguridad, estaba fuera de las previsiones de la Comisión (16).

Es el turno, pues, de la Comisión para aceptar o no el documento y, en caso de ser aceptado, tomar las medidas necesarias para su adopción. Como hemos apuntado en líneas precedentes, la Comisión Europea ha emitido un documento con el nombre Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas (17). En este sentido, y por medio de este libro, se abre un período de consultas públicas, cuyos resultados deberán ser tenidos en cuenta por el grupo de expertos a los que se les ha encargado (18) el estudio de "la viabilidad de un instrumento de Derecho contractual europeo de fácil utilización que pueda beneficiar a consumidores y empresas ofreciéndoles, a la vez, seguridad jurídica" (19); y para ello, de forma expresa (20), se indica que el texto de referencia no es otro que el DCFR.

Sin lugar a dudas, con independencia, eso sí, del resultado de la nueva etapa que abre el Libro Verde, el DCFR ha supuesto un paso muy importante (si no definitivo) hacia la tan anhelada, por algunos, unificación del Derecho de los contratos; su contenido, a modo de normas y principios, se ha consolidado como referente ineludible de un proceso que no tiene marcha atrás.

---

(16) Entiende VAQUER ALOY, A., ob. cit., p. 501, que "eso ya se sabía desde un principio", en clara alusión a la extensión de los académicos del encargo de la Comisión.

(17) COM (2010), 348 final.

(18) Decisión de la Comisión de 26 abril 2010, por la que se crea un grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo, DO L 105, 27 abril 2010, p. 109.

(19) P. 4 Libro Verde.

(20) Textualmente y siguiendo en la p. 4 el texto del Libro Verde: "El grupo asesorará a la Comisión para seleccionar las partes del proyecto de MCR directa o indirectamente relacionadas con el Derecho contractual y para reestructurar, revisar y completar las disposiciones elegidas".

II. LA FIANZA EN EL DCFR: CONSIDERACIONES GENERALES

Como decíamos, el estudio de las garantías personales no se encontraba entre las materias que se suponía contenido del Marco Común cuyo borrador encargó elaborar la Comisión. Esta presencia es fruto de esa fuerza expansiva de los autores del DCFR, quizás en un deseo de dotar al proceso unificador de una referencia más extensa y prolija en esta materia (y en otras, no inicialmente prevista su inclusión, pero que aparecen en el documento), de la que, hasta ahora, existía. En este sentido, conforme al espíritu expansivo al que hemos hecho referencia, se incluye una gran variedad de modelos contractuales; claro es, pues, que dentro de ellos se encuentren las garantías personales, dada su trascendencia en la contratación entre sujetos (consumidores o no). Así se hace en el libro IV, parte G, distinguiendo según la garantía personal lo fuera dependiente o independiente, de una forma moderna, de acuerdo con la actual metodología o modo de entender las garantías personales presente en las recientes legislaciones (21).

En particular, y ya dentro del libro IV.G, los artículos 2:101 a 2:113 se dedican a exponer el régimen jurídico típico de la fianza, que debe ser completado con los artículos IV.G.-1:101 a 1:108 en la medida que estos contienen las normas generales de aplicación a toda garantía personal, y con lo dispuesto en los artículos IV.G.-4:101 a 4:107, aplicables solo si el fiador tuviera la condición de consumidor (22). Estas normas de protección de los consumidores gozan también del carácter de normas generales cuyo ámbito de aplicación se extiende a toda garantía personal dependiente o no,

(21) Me estoy refiriendo, en particular, a la modificación del CC francés por Ley de 23 marzo 2006, que sigue esta metodología, dedicando los artículos 2288 a 2322 a las garantías personales, distinguiendo entre dependientes, autónomas y carta de intenciones. Así, dice el artículo 2287,1: *"Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la leerte d´intention."*

(22) *"A «consumer» means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession" (Annex Definitions). Art. I.-1:105: (1) "A «consumer» means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession."*

por lo que requerirá, en algunos casos, de las debidas adaptaciones al carácter propio de la fianza.

La regulación que se lleva a cabo en el DCFR de la fianza es bastante completa, aunque no es, en modo alguno, una regulación integral de todos los aspectos de la figura al estilo de un Código; en este sentido, se detiene en aquellos perfiles de su régimen jurídico sobre los que es más fácil establecer una regulación común, a la luz de las distintas legislaciones europeas (23), teniendo en cuenta el contenido de instrumentos internacionales que hubieran regulado de alguna forma y con carácter unificador la figura (24).

Desde una primera aproximación a los preceptos, y sin entrar en detalles que se abordarán más adelante al hilo de desmenuzar su régimen jurídico, son dos los rasgos más significativos de la normativa que el DCFR dedica a la fianza.

En primer lugar, "se siente" en sus normas una intención de proteger al fiador, sobre todo si este fuera consumidor, procurando hacer lo menos gravosa posible su situación en el triángulo que forma junto con el acreedor y el deudor. Por descontado, el fiador suele ser la parte más débil de esta relación jurídica, máxime cuando este no es profesional ni empresario y asume, de forma gratuita, la responsabilidad derivada del contrato de fianza con el que está unido al acreedor.

En segundo lugar, quizás como consecuencia de lo anterior, la fianza se eleva a régimen jurídico-tipo de las garantías personales, de aplicación supletoria para toda garantía personal, siempre que no pueda probarse su carácter de garantía independiente. Este resultado se alcanza por medio de la presunción del artículo IV.G.-2:101 (1) (25),

---

(23) Ya hemos puesto de manifiesto que el *Study Group* utiliza como técnica de estudio y trabajo la construcción de los principios o normas a partir del análisis de los ordenamientos jurídicos de los Estados donde dichas normas van a aplicarse. *Vid.* nota núm. 7 de este trabajo.

(24) En particular es perceptible la influencia de Las Reglas Uniformes para las Fianzas Contractuales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, adoptadas por el Comité Directivo de la CCI el 23 abril 1993 y que entraron en vigor el 1 de enero 1994.

(25) Dice el precepto: "Cualquier obligación de pagar, de realizar cualquier otra prestación o de indemnizar por daños por medio de una garantía se presume que constituye fianza, a menos que el acreedor acredite que se había acordado otra cosa."

que, a diferencia de lo que pudiera interpretarse tras una primera lectura, no presume la existencia de fianza, en cualquier caso. Para que esta presunción entre en juego es necesario, como paso previo, que haya quedado clara la intención de las partes de establecer una relación jurídica de garantía, de tal modo que la presunción no va en contra del carácter excepcional propio del contrato de fianza, que demanda una interpretación estricta de sus términos, ni tampoco va a suplir la voluntad de las partes. La presunción, pues, opera para convertir en fianza toda relación de garantía de cuyo contrato, si bien ha quedado clara su finalidad garantista, no así su naturaleza de garantía dependiente o no de la relación principal. Con ello, y al preferir, en todo caso, el régimen jurídico de la fianza, se protege al garante, al quedar legitimado para hacer valer como excepciones oponibles al acreedor aquellas que pudieran derivarse de la relación acreedor-deudor principal, que le está vedado, por su propia naturaleza, a las garantías independientes (26).

Para delimitar su ámbito de aplicación es preciso acotar el concepto de fianza que va a ser tenido en cuenta a la hora de diseñar su régimen jurídico. Y así lo hace el DCFR en el artículo 1:101, (a) (27). En su virtud, la fianza se conceptúa como "una obligación" ya nacida, lo que supone la existencia previa de la correspondiente relación jurídica contractual entre el fiador y el acreedor. Dicha afirmación deja fuera de su ámbito de aplicación lo que se conoce en algunos códigos europeos (28) como "fianza debida" u obligación

(26) Posición esta, pues, menos onerosa para el garante. *Draft Common Frame of Reference, Full Edition,* Ed. Sellier, Munich, 2009, comentario B al artículo IV.G.-2:101, p. 2581.

(27) "una obligación que un garante asume frente al acreedor para asegurar una obligación presente o futura del deudor, y cuyo cumplimiento se debe sólo hasta la extensión en que el cumplimiento de éste sea debido". El texto del DCFR no se encuentra traducido al castellano. Manejamos, pues, la versión en inglés, aunque las citas literales de los preceptos, y para una mejor comprensión del lector, se harán en castellano, fruto de la traducción de la autora y de la profesora ZURITA MARTÍN del libro IV.G del DCFR. En cambio, los preceptos no incluidos en el libro IV.G se citarán en inglés, pues no disponemos de una traducción.

(28) Así, artículo 2295 CC francés, 1943, CC italiano y artículo 1828 CC español, entre otros. En cambio, no lo incluye el BGB en los parágrafos 765 a 778, dedicados a la fianza.

de "prestar fianza" (29). Esta elección es más coherente con el verdadero sentido y la finalidad garantista de la figura. Ciertamente, la obligación que asume el deudor de presentar un sujeto que haga las veces de fiador o garante frente al acreedor, no es más que una obligación que no tiene especialidad alguna y como tal debe quedar sometida a las reglas generales sobre el cumplimiento de las obligaciones y la teoría general del contrato, solo esto último, si la obligación tuviera origen contractual.

El concepto de fianza así establecido, se extiende, también, y de forma expresa, a un tipo de garantía personal dependiente que se ha consolidado en el tráfico comercial en los países miembros de la Unión. Efectivamente, la normativa general sobre las garantías personales contenida en el libro IV.G acoge dentro de su ámbito a toda carta de patrocinio (30) vinculante (31), en la medida que en ella se asuma una obligación de garantía. La inclusión de las cartas de patrocinio vinculantes la dispone, expresamente, el artículo IV.G.-1:102 (1) (a) (32) e implica, de suyo, que solo a este tipo de cartas de patrocinio (33) es a las que se le aplica la presunción de fianza del artículo IV.G.-2:101 (2).

---

(29) En este punto sigue el DCFR la normativa internacional de la fianza y, en particular, las Reglas Uniformes para las Fianzas Contractuales (*vid.* cita a pie núm. 23), que, en su artículo 2 define a la fianza como "una obligación de pago".

(30) Las cartas de patrocinio son un tipo de garantías propias del Derecho bancario y surgen con la finalidad de garantizar operaciones bancarias. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: "Las cartas de patrocinio", en la obra colectiva *La contratación bancaria,* Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 1154 y ss.

(31) El DCFR sigue a la doctrina alemana que divide a las cartas de patrocinio en fuertes o débiles, atendiendo, no solo al carácter vinculante, sino a que este consista en la asunción por parte del obligado de una obligación de pago. *Vid.* CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, p. 310.

(32) "Esta Parte se aplica a cualquier clase de garantía personal voluntariamente asumida y, en particular, a: (b) garantías personales dependientes (fianza), incluyendo aquellas asumidas mediante carta de patrocinio vinculante."

(33) También distingue la doctrina europea entre cartas de patrocinio comerciales y no comerciales, ambas, si contienen una obligación de garantía, quedan dentro del ámbito de aplicación del DCFR. Expresamente, *Principles of European Law Study Group on European Civil Code, Personal Secu-*

Por obra de la citada presunción, el régimen de la fianza alcanza a las cartas de patrocinio vinculantes siempre que en el contenido obligatorio de las mismas esté presente una finalidad garantista; lo que, dada la naturaleza y finalidad del instrumento, será lo más usual. Esta afirmación nos invita a dejar fuera de la cobertura del libro IV.G las cartas de patrocinio que, si bien, en puridad, vinculantes u obligatorias, no contengan obligación de garantía alguna.

También alcanza la cobertura del texto europeo a la conocida como fianza general (o fianza global o fianza *ómnibus*), actuando conforme a la más moderna doctrina y jurisprudencia (34) de los países europeos donde el texto pretende aplicarse en un futuro, a la que da un reconocimiento y un tratamiento expreso en su articulado. Este tipo de fianza, caracterizada porque el fiador garantiza todas las deudas que el deudor hubiera asumido durante el período de vigencia de esta, se encuentra presente en el articulado en varios preceptos y no solo a nivel de definición en el apartado (f), artículo IV.G.-1:101 (35). Sin embargo, dicho reconocimiento e inclusión de la figura implica, necesariamente y de acuerdo con la jurisprudencia europea más autorizada y unánime, la imposición de ciertas limitaciones (36). La finalidad de dichas limitaciones no es otra que la de determinar su

---

rity, coordinada por DROBNING, U., Ed. Sellier, Munich, 2007, p. 124, se refiere a las cartas de patrocinio no comerciales como objeto del DCFR, en relación con la estancia temporal de extranjeros en un país y que emiten, de forma individual, alguno de los ciudadanos. No obstante, hay que decir que las cartas de patrocinio no comerciales son una *rara avis*, dado que la mayoría de estas se emiten en el ámbito empresarial.

(34) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia de 21 de enero 1999 [caso Carlo Bagnasco y otros contra Banca Popolare di Novara soc.coop.arl (BNP) y otros, TJCE 1999\3], conoce a esta figura como fórmula que puede utilizarse para garantizar el saldo deudor de una cuenta corriente.

(35) "es una garantía personal dependiente que se asume para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones del deudor frente al acreedor o el pago del saldo deudor de una cuenta corriente, o una garantía similar".

(36) GARCÍA MEDINA, J.: *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio (estudio sistemático y crítico)*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 96. En las pp. 99 a 100 sintetiza las posturas, en orden al tipo de limitaciones, seguidas por distintos países europeos. Entre ellos, destaca Portugal, en donde la jurisprudencia es pacífica al exigir que para que sea válida es necesario

objeto en relación a la obligación garantizada, ya que, de otro modo, sería imposible diferenciarla de las garantías personales independientes. En consecuencia, se establece un límite general para todo fiador que asuma una fianza general: solo debe responder del contenido estricto de las obligaciones garantizadas, quedando fuera del ámbito de responsabilidad los gastos derivados del incumplimiento (37), que no quedan excluidos de la responsabilidad del fiador que garantiza una (o varias) deudas. Finalmente, y de acuerdo con el afán protector del consumidor presente en todo el articulado del DCFR y al que ya hemos hecho alusión al inicio de estas reflexiones, las limitaciones o controles aludidos que deben estar presentes en fianza global, se incrementan si el fiador ostenta la cualidad de consumidor (38), reduciéndose su garantía al valor del derecho garantizado en el momento en que le sea exigible el cumplimiento de la obligación (39).

III. LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA: HASTA DÓNDE Y HASTA CUÁNDO

La primera limitación del contenido viene impuesta por la propia naturaleza accesoria típica de la figura (40). La fianza como obliga-

---

que se incluya "alguna mención expresa de su origen o naturaleza" (STS Portugal, 23-01-01), e Italia, que el artículo 1938 de su CC exige la determinación del *monto maximo*. En España la jurisprudencia y la doctrina exigen que el deudor principal esté determinado y que se haya pactado un límite máximo a la responsabilidad del deudor (STS 23-02-00, RJ 2000\1242).

(37) Artículo IV.G.-2:104 (3): "La fianza general cubre sólo las obligaciones originadas por los contratos entre el deudor y el acreedor."

(38) Afirma DROBNING, U.: "Presente y futuro de las garantías reales y personales. Informe general", *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 1, año 2004, pp. 93 y ss., en la p. 98: "Pareciera que los fiadores comerciales están lo suficientemente capacitados para conocer los riesgos de la fianza ómnibus."

(39) Artículo IV.G.-4:105 (b), para el supuesto de fiador general consumidor, remite al criterio del artículo IV.G.-2:102 (3): "la obligación del fiador se limitará al valor del derecho garantizado en el momento en que la fianza sea efectiva".

(40) Así lo afirma el TJCE en sentencia de 17 de marzo 1998, sala quinta, Caso Bayerische Hypotheken-und Wecheselbank AG contra Edgar Dietzinger, TJCE 1998\52, apartado 18, o el artículo 3, b) Reglas Uniformes de la CII para las fianzas contractuales.

ción, su existencia y contenido, dependen de la existencia (que no de la "validez", como figura en la mayoría de los códigos europeos) (41) de la obligación garantizada. A esta afirmación, extraída de la propia literalidad del artículo IV.G.-2:102 (a) (42), se le conecta, en el texto, la siguiente consecuencia jurídica: el fiador se encuentra obligado frente al acreedor, incluso si la obligación fuera impugnable por causa de incapacidad del deudor. Básicamente, porque, en el supuesto descrito, la fianza existe como así la obligación principal, pues la incapacidad del deudor puede ser causa de ineficacia, pero, en tanto esta no se ponga de manifiesto, la obligación principal anulable se encuentra en vigor. En este sentido, el artículo IV.G.-2:103 (3) (43) permite al fiador excepcionar frente a la reclamación del acreedor alegando la incapacidad del deudor, a condición de que no conociera tal circunstancia al momento de constituirse la fianza. Puede suceder, sin embargo, que el fiador pague la deuda, bien porque al conocer la circunstancia de incapacidad cuando se constituyó la fianza no puede alegarla, bien porque desconoce tal circunstancia, incluso en el momento del pago. Si ello acaeciera, el DCFR le legitima para reclamar al deudor en vía de regreso lo pagado en la medida que este se hubiera enriquecido (44). En cambio, si la obligación principal fuera ineficaz por causa distinta de la incapacidad

(41) Artículo 1824 CC español, 1939 CC italiano, 2289 CC francés y 632 CC portugués, entre otros. En cambio, el BGB, parágrafo 767, la hace depender del "contenido". Las referencias al BGB se toman de la traducción realizada por AAVV, coordinada por LAMARCA MARQUÉS, A., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

(42) "La existencia y la extensión de la obligación del fiador depende de la existencia y extensión de la obligación del deudor para con el acreedor." En igual sentido, artículo 3 b) Reglas uniformes de la CII para las fianzas contractuales: "La responsabilidad del garante no será superior al importe de la fianza."

(43) "El fiador no puede alegar la falta de capacidad del deudor, o la inexistencia del deudor, en caso de persona jurídica, si los hechos relevantes eran conocidos por el fiador en el momento en que se prestó fianza."

(44) "En los casos en que el deudor no responda frente al acreedor por razón de incapacidad, el fiador que paga la obligación garantizada puede, sin embargo, exigir el reembolso al deudor en la medida del enriquecimiento de éste. Esta regla se aplica también si el deudor era una persona jurídica que no ha llegado a existir."

o inexistencia de la persona jurídica, el fiador puede negarse al pago de la deuda, actuando, en este caso, su carácter de obligación accesoria o dependiente, como límite al contenido de la obligación del fiador (45).

La regla general enunciada al inicio de este epígrafe tiene alguna excepción con causa en la finalidad garantista propia de la naturaleza de la fianza, que se antepone, en este caso, a su naturaleza de obligación accesoria. Efectivamente, es posible que, en algunos supuestos a los que se alude, de forma expresa, en el párrafo (2) del artículo IV.G.-2:102 (46), la obligación del fiador sea de un mayor contenido de la del deudor principal, subsistiendo la obligación del fiador más extensa y no quedando reducida, como hubiera sido previsible por aplicación de la regla general, al contenido de la obligación principal de la que depende y a la que garantiza.

Continuando, pues, con el contenido de la fianza, los apartados (3) y (4) del artículo IV.G.-2:102 establecen dos límites que actúan como garantía del fiador ante posibles variaciones de la deuda principal que impliquen una mayor onerosidad de su obligación. Suponen una quiebra a la dependencia de la garantía, pero se justifica en aras de la protección del fiador, de su seguridad. Dicha seguridad demanda que se impida que el fiador, sin haber emitido su voluntad, pueda quedar obligado a una deuda mayor o más onerosa en sus condiciones de cumplimiento, a la que, inicialmente, fue asumida, alegando la dependencia de su obligación; o que, en caso de indeterminación, la cuantía pueda ser mayor a la que se determine en el momento del pago. Límites, estos últimos, que no son operativos para las llamadas fianzas generales cuya característica propia los excluye.

---

(45) Así lo dispone el artículo IV.G.-2:103 (4): "Si el deudor estuviera legitimado para anular el contrato del que nace la obligación garantizada debida a una causa distinta de las mencionadas en el apartado anterior y no ha ejercitado ese derecho, el fiador estará legitimado para negarse a cumplir."

(46) Esta enumeración es meramente indicativa, por lo que es posible admitir otros supuestos, siempre que presenten analogías con los enunciados en el precepto aludido. Así, los comentaristas al DCFR en el comentario C al artículo IV.G.-2:102, *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, cit., p. 2585, titulado *Exceptions*, las denomina *Debtor's insolvency and equivalent events,* con clara alusión a lo indicativo de la enumeración.

Sin perder de vista la regla que prohíbe que el fiador pueda resultar obligado en mayor cuantía u onerosidad que el deudor principal, el contenido de la fianza se extiende al importe de la obligación principal más las obligaciones accesorias generadas como causa del incumplimiento. El DCFR enumera dichas partidas, que se entienden incluidas dentro de las que llamaremos obligaciones accesorias derivadas del incumplimiento del deudor. En primer lugar alude a los intereses convencionales y, a falta de estos, a los intereses legales devengados por la deuda incumplida si esta fuera una deuda monetaria (47). En segundo lugar, se ocupa de enunciar la indemnización por daños y perjuicios, así como la cláusula penal o cualquier otra penalización pactada para el incumplimiento (48). También se incluyen dentro de la obligación debida por el fiador, los gastos que se generen como consecuencia de las gestiones extrajudiciales y judiciales del cobro con alguna limitación. En este último sentido, los gastos extrajudiciales solo podrán ser reclamados al fiador si son *reasonable* (49), y los judiciales, solo si el fiador ha sido informado por el acreedor de su intención de entablar un procedimiento judicial orientado a hacer efectiva la deuda.

---

(47) El DCFR (art. III.-3:708) contiene una regla especial de determinación de los intereses por el retraso en el pago que establece que estos se fijarán *by the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevaling for the contractual currency of payment at the place where payment is due* (tipo medio aplicado por los bancos comerciales para grandes préstamos en operaciones a corto plazo), siempre que no hubiese sido modificado por acuerdo de las partes, previendo, pues, en su caso, un tipo de interés distinto para el retraso en el pago. AAVV, *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II, Ed. Consejo General del Notariado, en p. 666 pone de relieve el carácter dispositivo del artículo 9:508 (1), donde se contiene la misma norma que la citada III.-3:708, según cuadro de equivalencia del DCFR.

(48) Se ha de tener presente, a los efectos interpretativos, que los daños e intereses en el DCFR no son sustituidos por el pago de los intereses de las deudas monetarias, ya que el interés es una obligación automática, derivada del retraso, e independiente de la que, en su caso, fijen los tribunales en concepto de daños y perjuicios. *Vid. Principios de Derecho contractual europeo,* Partes I y II, cit., p. 666.

(49) Término muy característico de la normativa europea, entendido como *is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices,* según el Annex Definitions del DCFR.

Estas partidas a las que acabamos de hacer referencia se nos presentan como el importe máximo de la deuda, y son susceptibles de alteración por acuerdo entre las partes; siempre, claro está, que la obligación asumida por el fiador sea, al menos, igual a la que corresponde al deudor principal, pues, en otro caso, se estaría conculcando la norma imperativa del artículo IV.G.-2:102 (2).

La vigencia temporal de la fianza actúa, también, como límite a la obligación de garantía (50), ya que las normas que la regulan establecen la duración de la obligación del fiador y su extensión en el tiempo. Y así lo hacen los artículos IV.G.-2:108 y 2:109: el primero para las fianzas temporalmente definidas, y el segundo de aplicación a las fianzas carentes de límite expreso o tácito de validez, conocidas también como fianzas indefinidas. Ambos artículos relativos a la concreción del límite temporal de la fianza como un límite a la posibilidad que tiene el acreedor de reclamar al fiador el cumplimiento de la obligación garantizada; de tal forma que, fuera de ese límite, queda excluida la posibilidad de reclamar y, por tanto, de responder del fiador (51).

Las fianzas temporalmente definidas, es decir, aquellas cuya extensión en el tiempo se encuentra preestablecida tanto por acuerdo expreso como tácito de las partes, gozan de un particular

(50) STORME, M.: "The harmonisation of the law of personal security", en *Juridica International*, XVI/2009, pp. 73 a 84, concretamente la cita se refiere a la p. 79, y, del mismo autor, "The estructure of the law on multi-party-situations in 2009 Draft Common Frame of Reference", *European Review of Private Law,* 2009, pp. 531 a 557, concretamente la cita es a la p. 554.

(51) Comentario B al artículo IV.G.-2:108, *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, cit., pp. 2641 y 2642, expresamente se indica que el precepto alude al "*time limits for resort to security*", quedando fuera el supuesto de "*time limits restricting the scope of the security*". Este supuesto se refiere al término temporal acordado entre las partes como el límite garantizado, y siempre en relación a las fianzas ómnibus o sobre deudas futuras: el fiador responde de todas las obligaciones que el deudor principal contraiga antes de la fecha de expedición del término establecido. El término entendido como "*time limits restricting the scope of the security*" está relacionado con la fianza de deudas futuras y su régimen jurídico, y no con el límite temporal de la fianza, que se regula en el artículo que se comenta.

régimen jurídico, regulado en el artículo IV.G.-2:108 (52). En este precepto se contiene una regla especial o excepcional a la general del artículo III.-1:107 (53), según la cual las obligaciones o derechos sometidos a término están en vigor durante el límite temporal a que dicho término se extiende, y no más allá de la finalización de

(52) IV.G.-2:108: "(1) Si se ha acordado, directa o indirectamente, un límite temporal para hacer valer una fianza de la que resulta la responsabilidad solidaria del fiador, éste dejará de ser responsable después de la expiración de la fecha acordada. Sin embargo, el fiador seguirá siendo responsable si el acreedor hubiera solicitado el cumplimiento del fiador después del vencimiento de la obligación garantizada, pero antes de la expiración de la fecha límite de la fianza. (2) Si directa o indirectamente se hubiere acordado un límite temporal para hacer valer una garantía de la que resulte responsabilidad subsidiaria del fiador, éste no responderá después de la expiración de la fecha acordada. Sin embargo, el fiador sigue siendo responsable si el acreedor: a) después del vencimiento de la obligación garantizada, pero antes de la expiración de la fecha de la fianza, ha informado al fiador de su intención de solicitar el cumplimiento de la fianza y ha afirmado haber iniciado procedimientos adecuados para obtener satisfacción, como se establece en el Libro IV.G.-2:106 (Responsabilidad subsidiaria del fiador) apartados (2) y (3); y b) cuando habiendo sido solicitado así por el fiador, informa a éste cada seis meses sobre la situación de los procedimientos. (3) Si la obligación garantizada vence en el momento de la expiración del límite temporal de la fianza o dentro de los 14 días anteriores, el requerimiento de cumplimiento o de información de los apartados (1) y (2) puede tener lugar antes de lo establecido en dichos apartados, pero no antes de los 14 días previos a la expiración del límite temporal de la fianza. (4) Si el acreedor ha tomado las medidas debidas de acuerdo con el apartado precedente, la responsabilidad máxima del fiador se limita a la cuantía de la obligación garantizada según lo dispuesto en el artículo IV.G.-2:104 (Cobertura de la fianza), apartados (1) y (2). El momento que debe tenerse en cuenta a estos efectos es aquel en que expira el plazo límite acordado."

(53) *"(1) The terms regulating a right, obligation or contractual relationship may provide that it is to take effect from or end at a specified time, after a specified period of time or on the occurrence of an event which is certain to occur.*

(2) It will take effect or come to an end at the time or on the event without further steps having to be taken.

(3) When a contractual obligation or relationship comes to an end under this Article any restitutionary effects are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations."

este (54). Efectivamente, el citado artículo contempla la posibilidad de que la garantía se prorrogue más allá del plazo determinado por las partes como plazo temporal de vigencia. Para que ello acontezca es necesario e imprescindible que el acreedor notifique o informe de alguna forma al fiador de su intención de reclamarle la deuda (basta con que lo requiera de pago), notificación que tiene que producirse después del vencimiento de la obligación principal pero antes de que llegue el término de vencimiento de la fianza. Si la fianza fuera subsidiaria, el requerimiento de pago debe incluir, además, la información relativa a que se ha iniciado un procedimiento para reclamar la deuda al deudor principal. Además, si el fiador así se lo solicita, el acreedor está obligado, desde el momento de la notificación, a informarle periódicamente (cada seis meses, dice la norma) del estado en que se encuentran los procedimientos de reclamación de cobro que tiene en trámite contra el deudor principal y de cuyo resultado depende que deba o no responder el fiador en cumplimiento de la garantía.

Otra cuestión distinta pero íntimamente ligada con la precedente, sería precisar hasta cuándo se prorrogaría la fianza como consecuencia de los requerimientos que en el ámbito de este precepto puede hacer el acreedor para alcanzar esta finalidad. En este punto el texto contiene un doble régimen jurídico, según la fianza sea o no solidaria. Así pues, y en primer lugar, si la fianza fuera subsidiaria, el momento temporal vendría determinado por el éxito de las gestiones de cobro en tramitación por el acreedor contra el deudor principal. En este sentido, la finalización del proceso de cobro con resultado infructuoso generará la obligación de responder del fiador, pues su garantía ha permanecido vigente en el tiempo, como consecuencia de la aludida prórroga. Sin embargo, y a fin de mantener "viva" la garantía, y si así lo hubiera requerido el fiador, el acreedor está obligado a suministrarle una información periódica, como acabamos de exponer; en consonancia con ella, y a fin de equilibrar los intereses de ambas partes, si esta se incumpliese de alguna forma (falta de notificación o notificación falsa o incompleta), la consecuencia no debe ser otra que la extinción de la fianza (o, lo que es lo mismo, la

(54) STORME: "The harmonisation of the law of personal security", cit., p. 81.

finalización de la prórroga), aun cuando el procedimiento iniciado contra el deudor tuviera resultado infructuoso. En segundo lugar, si la fianza fuera solidaria, esta se prorrogaría de forma automática, lo que obliga al fiador a cumplir ante el requerimiento del acreedor en este sentido; el fiador, pues, no puede alegar, en su defensa, que la fianza se ha extinguido. No obstante, esta prórroga no puede extenderse de forma indefinida, pues la aplicación de los principios de buena fe y cooperación, este último, en aras a la seguridad jurídica, exigen al acreedor una postura activa, a fin de exigir el cumplimiento de la fianza una vez haya tenido lugar la prórroga.

También se ocupa el DCFR de precisar el momento temporal en el que debe el acreedor llevar a cabo las oportunas notificaciones para alcanzar el fin perseguido (es decir, la prórroga de la obligación), estableciendo una norma de aplicación cuando este momento temporal coincida con el del cumplimiento de la obligación principal o cuando solo preceda al fijado como límite temporal de la fianza en catorce días. Por consiguiente, el texto europeo permite al acreedor, cuando concurran las circunstancias descritas, notificar antes de que llegue el término temporal que limita la fianza, pero no antes de los catorce días anteriores a dicha fecha.

Hasta aquí, pues, el régimen jurídico aplicable a las fianzas temporalmente definidas. Ahora bien, es posible que los sujetos intervinientes en el contrato de fianza no se ocuparan de determinar el plazo de forma expresa o tácita, ni este tampoco fuera posible concretarlo realizando una interpretación del acuerdo contractual o de la naturaleza de la obligación garantizada. A este tipo de fianzas se las conoce como fianzas indefinidas y su régimen jurídico se ubica en el artículo IV.G.-2:109 (55). Dicho régimen jurídico se caracteriza

(55) IV.G.-2:109. "(1) En la medida en que la fianza no esté limitada a obligaciones que nacen o cuyo cumplimiento sea debido dentro de un plazo acordado, la fianza puede ser limitada por cualquiera de las partes mediante notificación a la otra parte con al menos tres meses de antelación. La regla anterior no es de aplicación si la fianza se limita a cubrir obligaciones específicas u obligaciones derivadas de contratos específicos. (2) En virtud de la notificación, la eficacia de la fianza se limita a las obligaciones principales garantizadas que sean debidas en la fecha en que la limitación se haga efectiva y a las obligaciones accesorias garantizadas tal como se definen en el artículo IV.G.-2:104 (Cobertura de la fianza) apartados (1) y (2)". Este

porque se sustenta sobre el principio que legitima a cualquiera de las partes (fiador o acreedor) para, de forma unilateral, y previa notificación de al menos tres meses de antelación, fijar un límite temporal a la relación jurídica del que carece y en el que el acreedor puede hacer valer su derecho frente al fiador. Una vez se ha procedido a la notificación y esta es recibida por el destinatario, la fianza queda temporalmente limitada al período que se contiene en la notificación y que nunca puede ser inferior a tres meses. Cuando esto sucede, el importe de la fianza queda delimitado conforme a la regla de cobertura general del artículo IV.G.-2:104 (1) y (2), fijado al momento de duración temporal concretado por este mecanismo.

Esta posibilidad de limitar o fijar el plazo de vigencia temporal de la garantía tiene una excepción, que es la siguiente: se encuentra expresamente excluida en aquellos supuestos en los que la existencia de fianza, como fórmula de garantía del cumplimiento, tiene el carácter de esencial para el nacimiento de la obligación garantizada o del contrato, de tal forma que, sin su concurrencia, no se hubiera llegado al acuerdo contractual. Por tanto, no es admisible que la voluntad de una de las partes puede limitar temporalmente una fianza que nació para garantizar una obligación o el cumplimiento de un contrato como requisito o condición para que las partes llegaran al acuerdo obligacional. Dicho acuerdo inicial, pues, solo puede alterarse por común acuerdo y no por la mera declaración unilateral de uno solo de los afectados, ya que, en caso contrario, se estaría dejando al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de lo acordado.

La limitación o fijación del plazo de vigencia con los trámites descritos es, como no podía ser de otra forma, una opción para las par-

---

precepto se encuentra en concordancia con el artículo III.-1:109 (2), (*"Where, in a case involving continuous or periodic performance of a contractual obligation, the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end or say that it will never end, it may be terminated by either party by giving a reasonable period of notice. In assessing whether a period of notice is reasonable, regard may be had to the interval between performances or counter-performances."*), precisando la razonabilidad del plazo de notificación en tres meses para este supuesto concreto de contrato indefinido. STORME: "The harmonisation of the law of personal security", cit. p. 81, establece el paralelismo entre la regla del artículo IV.G.-2:109 y el artículo III.-1:109 (2).

tes contractuales, que pudieran no ejercitarla. Si ello sucediera, es decir, si la fianza indefinida no se limita temporalmente, su limitación temporal vendrá determinada por su sujeción al plazo de prescripción general de tres años, a contar desde que pudo exigirse su cumplimiento (56); a no ser que prescriba antes la obligación principal, en cuyo caso se extingue la fianza (57). Dicho plazo comienza a correr a partir de que el acreedor puede exigir al fiador el cumplimiento de la obligación principal (58).

Para completar el análisis de la extensión temporal de la fianza, no podemos pasar por alto la especialidad que este sufre si el fiador tuviera la cualidad de consumidor. En este caso, el DCFR le otorga un tratamiento diferenciado, más favorable, en el artículo IV.G.-4:107 (59), legitimándolo para limitar la garantía si esta, aun teniendo limitado el plazo, fuera superior a tres años y notificara la intención de hacerlo al acreedor con, al menos, tres meses de antelación. El procedimiento por el que se lleva a cabo la limitación temporal es paralelo

---

(56) Art. III.-7:201 "*General period. The general period of prescription is three years.*"

(57) III.-7:502 "*Effect on ancillary rights. The period of prescription for a right to payment of interest, and other rights of an ancillary nature, expires not later than the period for the principal right.*" Este precepto se refiere a los créditos accesorios, pero valdría también para la fianza. No obstante, la propia accesoriedad de esta, natural a su esencia, es suficiente para predicar su extinción si prescribe la obligación principal.

(58) El DCFR opta por un criterio subjetivo a la hora de fijar el momento temporal a partir del cual se procede a contar el plazo de prescripción. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: "La prescripción en los PECL y en el DCFR", *InDret* 3/2009, p. 13.

(59) "(a) Un garante que ha prestado una garantía que se limita a las obligaciones que nacen o cuyo cumplimiento es debido dentro de un plazo acordado, puede, transcurridos tres años desde que la garantía se haga efectiva, limitar sus efectos notificándolo al acreedor con al menos tres meses de antelación. La regla anterior no se aplica si la garantía está restringida a cubrir obligaciones específicas u obligaciones derivadas de contratos específicos. El acreedor debe informar al deudor inmediatamente después de la recepción de la notificación de la limitación temporal de la garantía decidida por el garante. (b) En virtud de la notificación, el ámbito de la garantía se limita de acuerdo con lo establecido en el artículo IV.G.-2:109 (Limitación de las obligaciones garantizadas en la fianza temporalmente indefinida)."

al que se contempla en el artículo IV.G.-2:109, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a las fianzas temporalmente indefinidas. Esta circunstancia nos permite afirmar que no existe para el fiador consumidor una garantía que pueda extenderse a un plazo superior a tres años de forma imperativa, al reconocerle el artículo IV.G.-4:107 el derecho a limitar su período de vigencia. No obstante, el artículo IV.G.-4:107 no sustituye al artículo IV.G.-2:108, que regula la fianza temporalmente definida, simplemente lo completa. Así, el régimen del artículo IV.G.-2:108 se aplica a las garantías temporalmente definidas cuyo plazo es inferior a tres años y suscritas por cualquier fiador, sea o no consumidor. En cambio, si este fuera superior a tres años, solo el fiador consumidor dispone del derecho a limitarla según su conveniencia o voluntad. Añade, eso sí, la norma especial para los consumidores una obligación para el acreedor de notificarle al deudor de forma inmediata el ejercicio del derecho a limitar la garantía ejercitado por el garante. Es importante que el deudor tenga conocimiento de la falta de cobertura que implica la limitación de la garantía de su deuda, pues, ante el incumplimiento, debe responder en primer y único lugar al acreedor. No contempla, en cambio, la norma, las consecuencias del incumplimiento por parte del acreedor de la obligación de notificación. Conforme a las previsiones para situaciones similares, podría aplicarse el "*remedy*", ya clásico en esta materia, de la reducción de los derechos del acreedor y la repercusión de los perjuicios que la no notificación pudiera acarrearle al deudor (60).

IV. FIANZA SOLIDARIA Y FIANZA SUBSIDIARIA

Pudiera parecer, tras una primera lectura del artículo IV.G.-2:105 (61), que el DCFR establece una presunción de solidaridad en las relaciones entre deudor-fiador, en cualquier caso, y como norma

(60) M. STORME: "Information requirements and remedies in the principles of European contract law", *Revista Catalana de Dret Privat*, pp. 93 a 104.

(61) "Salvo pacto en contrario, deudor y fiador responden solidariamente y el acreedor podrá exigir el cumplimiento indistintamente del deudor o del fiador dentro de los límites de la fianza."

general. Es evidente que el contenido de este precepto se encuentra en conformidad con lo preceptuado en el artículo III.-4:103 (2) (62), que establece el principio de presunción de solidaridad entre varios deudores. Dicha presunción posibilita al acreedor para, en caso de incumplimiento, poder dirigirse, indistintamente, contra cualquiera de los sujetos, sin que el fiador pueda oponerse al pago blandiendo, en su defensa, el beneficio de excusión. El régimen del DCFR, en este punto, se completa con el artículo IV.G.-4:105 (b) (63), que relata la regla inversa (no presunción de solidaridad), cuando el fiador fuera un consumidor. En verdad, podemos afirmar que si el fiador fuera un profesional o empresario, el texto europeo presume la relación solidaria con el deudor principal (64), en cambio, si fuera un consumidor, y como fórmula de protección de este, la presunción regiría a favor de la subsidiariedad.

El hecho, pues, de que exista una relación de solidaridad entre fiador y deudor implica, como hemos apuntado, una mayor garantía del acreedor, que puede optar entre cualquiera de los sujetos para hacer valer su reclamación de cumplimiento. Sin embargo, hemos de tener presente en nuestro análisis que aun cuando sean de aplicación las reglas de la solidaridad (arts. III.-4:103 a 4:112), estas solo lo serán en la medida que ordenan las relaciones internas entre fiador y deudor cuando el primero ha pagado la deuda. Esta afirmación se sustenta porque, frente al acreedor, el fiador no se presenta como un obligado solidario, a igual nivel que el deudor, sino que, a todos los efectos, es un obligado fiador, comprometido con el acree-

(62) *"If the terms do not determine the question, the liability of two or more debtors to perform the same obligation is solidary. Liability is solidary in particular where two or more persons are liable for the same damage".*

(63) (b) "La responsabilidad del fiador es subsidiaria de acuerdo con lo determinado en el artículo IV.G.-2:106 (Responsabilidad subsidiaria del garante), a menos que expresamente se haya acordado otra cosa".

(64) La solidaridad es característica de la fianza en las operaciones comerciales. Incluso, en aquellos países donde se contiene la regla general de la subsidiariedad, de hecho, la opción de la solidaridad es la más común y frecuente en la práctica comercial. En este sentido, Comentario A al artículo IV.G.-2:105, *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, cit., p. 2620.

dor por una obligación accesoria, con las consecuencias, en orden a la oponibilidad de excepciones, que veremos más adelante.

El régimen de la subsidiariedad en la fianza sí conlleva un mecanismo típico y propio a la hora de exigir su cumplimiento, regulado en el artículo IV.G.-2:106 (65), operativo siempre que las partes así lo establezcan. Si el fiador tuviera la cualidad de consumidor la subsidiariedad estaría en vigor, en cambio, por la presunción a su favor del artículo IV.G.-4:105, que se extiende, asimismo, a las cartas de patrocinio vinculantes, a las que se le aplican las normas de la fianza (66). Como es de sobra conocido, en su virtud, el acreedor deberá proceder, en primer lugar, contra el patrimonio del deudor, para, solo si este fuera insuficiente, poder dirigirse contra el fiador. Si existiera un fiador solidario y/o garantías reales de la deuda, deberá proceder, previamente, contra los otros garantes y, finalmente, contra el fiador subsidiario. Apartándose de una tradición, el DCFR no denomina esta facultad como "beneficio de excusión", ni obliga al fiador a utilizarla como excepción procesal, ni, tampoco, le exige que señale los bienes del deudor que el acreedor debe perseguir previamente a dirigirse contra él en reclamación de la deuda. Fiel a su redacción amplia y a una visión más generalista, el DCFR alude a que el acreedor debe haber hecho uso de los medios ade-

(65) "(1) Si así se hubiere acordado, el fiador puede invocar frente al acreedor el carácter subsidiario de su obligación. Se presume que una carta de patrocinio vinculante sólo genera responsabilidad de tipo subsidiario. (2) Con sujeción a lo dispuesto en el apartado (3), el acreedor, antes de solicitar el cumplimiento del fiador, deberá haber intentado adecuadamente obtener satisfacción del deudor y de otros fiadores, en su caso, que aseguren la misma obligación con una garantía personal o real de forma solidaria. (3) No se exige al acreedor el intento de obtener satisfacción del deudor ni de cualquier otro garante, de acuerdo con el apartado anterior, si y en la medida en que resulte manifiestamente imposible o extremadamente difícil obtener satisfacción del sujeto en cuestión. Esta excepción es de aplicación, en particular, si y en la medida en que se haya abierto un procedimiento de insolvencia o similar contra el sujeto en cuestión, o la apertura de dicho procedimiento no haya tenido lugar debido a la insuficiencia de bienes, salvo que exista una garantía real prestada por la misma persona y para la misma obligación".

(66) La extensión de la presunción a las cartas de patrocinio viene, expresamente, recogida en el artículo IV.G.-2:106 (1), *in fine*.

cuados "*to obtain satisfaction from the debtor*", sean estos los medios que sean. Siendo, pues, suficiente con que haya intentado cobrar la deuda con resultado infructuoso, debiendo acreditarlo frente al fiador para evitar que este alegue la subsidiariedad de su obligación, que tendrá el carácter de excepción procesal si el fiador fuera demandado judicialmente por el acreedor (67).

Sin embargo, y en un intento de equilibrar los intereses del fiador y del acreedor, el DCFR libera al acreedor de ese intento de cobro de la deuda en alguna ocasión; ello tiene lugar cuando dicho intento, bien sea evidente que su resultado va a ser infructuoso o, como dice el precepto, de forma vaga e imprecisa, cuando sea excesivamente dificultoso obtener el cobro. El estado de insolvencia del deudor (o su no-estado debido a que no ha sido posible abrir un procedimiento judicial por la falta de bienes en su patrimonio) o el hecho de que, como consecuencia de las circunstancias actuales, fuera previsible que el deudor no va a cumplir, impide, pues, al deudor excepcionar alegando la subsidiariedad de su deuda ante el requerimiento de pago del acreedor. Ello quiere decir que si el deudor hace uso de la excepción, el acreedor puede, a su vez, alegar a modo de contra-excepción cualquiera de los hechos o circunstancias aludidos en este párrafo (3), artículo 2:106, que eliminarían la subsidiariedad, y, por tanto, le habilitarían para proceder, directamente, contra el patrimonio del fiador.

V. CONTENIDO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA ENTRE LAS PARTES

Fiel a su carácter de Derecho supletorio, que entra en juego solo si las partes así lo establecen, el DCFR no explicita una detallada relación de derechos y obligaciones al modo de un Código, solo incre-

(67) DROBNIG: "Presente y futuro de las garantías reales y personales. Informe general", cit., p. 100, pone en relación la subsidiariedad de la fianza con el reconocimiento del beneficio de excusión. En este sentido, afirma que este no se regula en países como Inglaterra e Italia (y, por tanto, la fianza no es subsidiaria, pero sí accesoria), en otros, como Grecia y España, se requiere que el acreedor haya intentado obtener la satisfacción de la deuda por medio de la ejecución de los bienes del deudor; finalmente, en los Países Bajos, solo es necesario que el acreedor haya requerido de pago previamente al deudor.

menta el posible contenido obligatorio ya regulado en la legislación propia del país donde se aplique vía convenio con aquellas obligaciones (y derechos) que entiende que, en todo caso, deben estar presentes en esta relación garantista.

1. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ACREEDOR

Con independencia del posible contenido en orden a derechos y obligaciones dimanantes de la naturaleza de la fianza y que se desprenden de su régimen jurídico, el texto europeo le exige al acreedor posturas activas encaminadas a facilitar el cumplimiento del contrato de fianza, sobre la base de la lealtad y honestidad que demandan los principios de buena fe (68) y cooperación (69), inspiradores y presentes en todo el articulado del DCFR.

Dichos principios comportan una exigencia de información precontractual en el ámbito general de la contratación. Si el fiador tuviera la condición de consumidor, este deber de información presenta ciertas particularidades, a las que se dedica el artículo IV.G.-4:103 (70). Se ocupa este precepto de delimitar el contenido propio de la información precontractual que el acreedor debe suministrar al

---

(68) *"is a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question", Annex "Definitions"* DCFR. También artículo III.-1:103 DCRF. Este principio es calificado por STORME, M.: "The (Draft) Common Frame of reference as a toolbox and as basic for optional instrument", Conference Stockholm 22/23 octubre 2009, publicada en *A Common Frame of reference for European contract law*, Iustus Publisher, Uppsala, 2010, como uno de los "principles that are rules" que se aplican directamente y que, junto con los "*underlying principles*", forman las dos categorías de principios del DCFR.

(69) *"The parties are bound to cooperate with each other when this is necessary for the performance of their contract". Principle "security", 24, "Principles"*, DCFR. También recogido en el artículo III.-1:104 DCFR.

(70) "(1) Antes de que preste una garantía, el acreedor tiene la obligación de explicar al futuro garante: (a) el efecto general de la garantía propuesta; y (b) los riesgos especiales a los cuales, de acuerdo con la información accesible al acreedor, puede estar expuesto el garante teniendo en cuenta la situación financiera del deudor. (2) Si el acreedor conoce o tiene motivos para saber que, debido a una relación de confianza entre el deudor y el garante, hay un riesgo significativo de que éste no esté actuando libre-

fiador antes de contratar con este, circunscribiéndola a los riesgos que el fiador consumidor pudiera asumir, que no es más que, en definitiva, el alcance de la obligación que contrae frente al acreedor, a fin de que el consentimiento contractual que emite sea libre y voluntario. En primer lugar se exige que la información precontractual se emita de forma objetiva, y alcance no solo los riesgos normales o típicos, si se quiere, de la clase de garantía a la que va a obligarse, sino, también, a todos los efectos derivados de la fianza y que pueden afectar al fiador consumidor. En segundo lugar, esta información debida debe incluir los riesgos específicos derivados de la concreta situación financiera del acreedor (71); es decir, el acreedor debe suministrar al fiador una completa descripción del estado financiero del deudor (72), aunque esta solo puede referirse a la información que, efectivamente, tiene el acreedor (73). Como aclaración debe-

---

mente o con la información adecuada, el acreedor tiene la obligación de asegurarse de que el garante haya recibido un asesoramiento independiente. (3) Si la información o el asesoramiento independiente exigido en el párrafo anterior no han sido proporcionados al menos cinco días antes de que el garante firme su oferta o contrato de garantía, la oferta puede ser revocada o el contrato anulado por el garante dentro de un plazo razonable de tiempo después de haber recibido la información o el asesoramiento independiente. A estos efectos se considera razonable un plazo de tiempo de cinco días, a menos que las circunstancias sugieran otra cosa. (4) Si de forma contraria a lo establecido en los apartados (1) y (2), no se proporciona ni la información adecuada ni el asesoramiento independiente, la oferta puede ser revocada o el contrato anulado por el garante sin límite de tiempo. (5) Si el garante revoca su oferta o anula el contrato de acuerdo con los apartados anteriores, la devolución de los provechos obtenidos por las partes se regulará por el Libro IV (Enriquecimiento injusto)."

(71) La información debida por el acreedor sobre el estado financiero del deudor no es una novedad del DCFR. Aunque con distintos matices, está presente en muchos de los ordenamientos jurídicos de los países miembros (y de otros países no miembros, como Israel). Sobre el contenido de la obligación de información del acreedor previa a la realización del contrato de garantía en Derecho comparado, DROBNIG: "Recent legislative trends in the field of personal security", cit., pp. 518 y 519.

(72) *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario al artículo IV.G.-4:102 (1) b), p. 2766.

(73) "according to the information accessible to the creditor", matiza A. CARRASCO PERERA: "The DCFR-Guarantee and personal security contract", *European Review of Contract Law*, V-4, Issue 3, 2008, cit., p. 409.

mos precisar que no se le está pidiendo al acreedor que investigue para el fiador, simplemente que no oculte información y que comunique toda de la que él dispone. Finalmente, si el acreedor tiene motivos para saber que, como consecuencia de la relación de amistad entre deudor y fiador, el primero no hubiera informado, correctamente, al fiador o que este no está actuando libremente (impulsado por sus afectos o amistad con el deudor), el DCFR obliga al acreedor a asegurarse de que ha recibido una información independiente (74).

Ya en el ámbito del deber de información del acreedor durante la vigencia del contrato, el artículo IV.G.-2:107 (75) establece, de forma expresa, una obligación de informar al fiador, al igual que el

(74) Apunta CARRASCO PERERA: "The DCFR-Guarantee and personal security contract", cit., p. 409, que esta obligación del acreedor tiene sus orígenes en un case law inglés relativo a un supuesto de una garantía que emite el esposo de la deudora.

(75) "(1) El acreedor debe notificar sin retraso injustificado al fiador cualquier incumplimiento o imposibilidad de pago del deudor, así como de cualquier ampliación en el plazo de vencimiento para el cumplimiento de la obligación garantizada; esta notificación debe incluir información relativa a las cantidades de la obligación principal, intereses y otras obligaciones accesorias debidas por el deudor en la fecha en que se proporciona la información. No será necesaria la notificación adicional de un nuevo incumplimiento antes de que transcurran tres meses desde la última notificación. No se requiere notificación si la falta de cumplimiento afecta únicamente a obligaciones accesorias del deudor, a menos que la cantidad total de todas las obligaciones garantizadas incumplidas importe el 5% de la cantidad principal en que consiste la obligación garantizada. (2) Además, en el caso de una fianza general, el acreedor debe notificar al garante cualquier incremento acordado: a) en el momento en que ese incremento, desde que se prestó la garantía, alcance el 20% de la cantidad que fue garantizada originariamente; y b) en el momento en que la cantidad garantizada se continúe incrementando hasta un 20% de la cantidad garantizada en la fecha en que la última información, de conformidad con este párrafo, fue o debería haber sido facilitada. (3) Los apartados (1) y (2) no serán de aplicación, en la medida en que el fiador conociera o pudo razonablemente suponerse que conocía la información requerida. (4) Si el acreedor omite o se retrasa en la notificación exigida por este Artículo, sus derechos frente al fiador se reducirán en la cuantía necesaria para evitar a éste cualquier perjuicio derivado de dicha omisión o retraso."

Código Civil francés (76), con la finalidad de que el fiador pueda calibrar los riesgos que asume y ejercitar, si así lo estimara oportuno, la acción de relevación contra el deudor (77). La información debida se refiere no solo a los extremos propios del supuesto de que se trate, sino que también debe incluir el importe de la deuda a la fecha de la notificación; es evidente que esta obligación se incrementa en el caso de la fianza general (78). Su nacimiento tiene lugar, y según el texto del precepto, si el deudor no cumple la obligación debida, o se encuentra imposibilitado para ello; también, si el acreedor ejercita el derecho que le reconoce el artículo III.-3:103 (79), concediéndole al deudor un nuevo plazo de cumplimiento, siempre que el fiador no conociera la información (y así le consta al acreedor), o bien el acreedor suponía razonablemente que esta era conocida (aun cuando no la conociera).

La concesión de un nuevo plazo de cumplimiento al deudor, al que acabamos de hacer referencia, puede plantear algún problema, pues afecta, de lleno, a la posición jurídica del fiador, que ve cambiada o modificada su obligación accesoria al alterarse la principal de la que depende, solo por la voluntad del acreedor en el ejercicio de un dere-

(76) Artículo 2293,2 Código Civil francés.

(77) Comentario A al artículo IV.G.-2:107, *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, cit., p. 2633.

(78) El acreedor, y dado que la fianza general carece de una determinación inicial de la deuda garantizada, si se incrementa por encima del 20% de la cuantía original, deberá notificarlo al fiador, quedando obligado a hacerlo sucesivamente cada vez que esta aumente un 20% más a la cantidad que fue objeto del último informe. Esta nueva obligación informativa puede ser inagotable y situar al acreedor en una situación incómoda si el incremento fuera desmedido, quedando obligado a notificaciones en cadena. *Vid.* artículo IV.G.-2:106 (2).

(79) El precepto citado en el texto principal regula un derecho del acreedor que figuraba, con una redacción no idéntica, en el texto primitivo de los PECL, artículo 8:106, y que, al otorgar al deudor un plazo adicional de cumplimiento, le impedía, en dicho plazo, poder hacer uso de su derecho a resolver el contrato por incumplimiento. Conforme al número (2) del artículo III.-3:103, el acreedor, durante este período excepcional, deja en suspenso el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, si estas fueran recíprocas, o reclamar daños, aunque no puede hacer uso de otros remedios previstos para el incumplimiento.

cho legalmente reconocido y sin que él hubiera manifestado su voluntad al respecto. Para solventar ese obstáculo hemos de acudir a los artículos IV.G.-2:108 y 2:109, en cuanto contienen los límites temporales de la fianza, y que nos especifican, pues, hasta dónde se extiende en el tiempo la obligación del fiador de responder en garantía de la deuda principal. Estos preceptos nos permiten afirmar que si la fianza se encuentra temporalmente definida y el nuevo plazo no sobrepasa el inicialmente acordado de vigencia de la garantía, el fiador está obligado a responder en el nuevo plazo; no así, obviamente, si este sobrepasa el plazo señalado como de duración temporal de la obligación del fiador de responder, ya que, en este caso, la fianza habrá expirado cuando tenga lugar el plazo de cumplimiento de la obligación principal. En cambio, si la fianza fuera temporalmente indefinida, mientras no se limite o concrete el plazo de duración (situación prevista en el artículo IV.G.-2:109), la alteración del plazo de cumplimiento por voluntad del acreedor no afectará a la situación jurídica del fiador, que continúa, pues, obligado a responder.

Si el acreedor incumple la obligación de notificar regulada en el artículo IV.G.-2:107, bien porque la omitió o bien porque lo hizo de forma defectuosa, el citado precepto opta por un "*remedy*" ya previsto en los PECL: la pérdida de derechos del incumplidor como sanción (80). Como dice el apartado (4), el acreedor ve reducido sus derechos de cobro frente al fiador a fin de que con dicha reducción se vea compensado el perjuicio derivado de la omisión o defectuosa notificación. Claro está, solo tendrá lugar esta reducción o pérdida de derechos si el incumplimiento ha generado un perjuicio, no como consecuencia automática del incumplimiento.

La obligación de información del acreedor aumenta si el fiador tuviera la cualidad de consumidor. Efectivamente, el artículo IV.G.-4:106 (1) así lo prevé, refiriéndose a una obligación anual nueva con

(80) STORME, M.: "Information requirements and remedies in the principles of European Contract Law", http://www.storme.be/PECLinformation-Trier.pdf, en las pp. 1 y 2 del pdf clasifica en cuatro los "remedies" previstos en los PECL ante el incumplimiento total o defectuoso de la obligación de informar. En concreto, dice lo siguiente: "*A third possible remedy is that a party loses certain Rights it would have had if it had fulfilled the information requirements.*"

un objeto concreto: "la cuantía adeudada de la obligación principal, los intereses y las otras obligaciones accesorias debidas por el deudor en la fecha de la información". Sin embargo, hemos de puntualizar que una no sustituye a la otra. La información debida por el acreedor ex artículo IV.G.-2:107 a cualquier fiador, consumidor o empresario, siempre que concurran los supuestos de hecho previstos en la norma, surge de forma automática, sin que dependa de acto de voluntad alguno y, como dice el precepto, debe hacerse efectiva "sin retraso justificado". Ahora bien, si el fiador fuera consumidor y condicionado a que el deudor así lo consienta (consentimiento irrevocable una vez se ha emitido), nace para el acreedor la obligación de información del artículo IV.G.-4:106, con todo su contenido, amplitud y periodicidad. El incumplimiento de esta obligación genera iguales efectos por remisión expresa del artículo IV.G.-4:106 al régimen del artículo IV.G.-2:107 (4), así como la liberación del acreedor cuando el fiador conociera o hubiera podido conocer el objeto de la información debida, remitiéndose, en este punto, al párrafo (3).

Si bien acabamos de hacer mención de la obligación de información que forma parte del contenido obligatorio del acreedor como una obligación concreta y con un contenido delimitado, además, el DCFR obliga al acreedor a tener un especial cuidado o diligencia, demandándole un comportamiento adecuado a los parámetros de buena fe, que, si bien, son exigibles a todo sujeto de una relación jurídica, a él, en el caso de la fianza, con una mayor precisión. La justificación de este nivel de exigencia se ubica en que, no en vano es el sujeto más favorecido por la existencia de una garantía personal de cumplimiento. En esta línea, el artículo IV.G.-2:110 (81) toma

(81) "(1) Si, y en la medida en que, debido a la conducta del acreedor el fiador no puede subrogarse en los derechos del acreedor frente al deudor, y en las garantías personales o reales prestadas por terceras personas, o no puede ser totalmente reembolsado por el deudor o por terceros fiadores, en su caso, los derechos del acreedor frente al fiador se reducen en la medida que sea necesaria para evitar que éste resulte perjudicado como resultado de la conducta del acreedor. Si el fiador ya ha cumplido, tiene el correspondiente derecho de reembolso frente al acreedor. (2) El apartado (1) es de aplicación sólo si la conducta del acreedor no alcanza el grado de diligencia que podría esperarse de las personas que gestionan sus negocios con razonable prudencia."

como punto de partida el comportamiento del acreedor no adecuado a la diligencia media exigible, sobre la base del ya comentado principio de buena fe, conectando consecuencias perjudiciales a este, a modo de sanción, siempre que haya ocasionado un daño al fiador. De esta forma indirecta le compele a ser particularmente cuidadoso en su comportamiento, debiendo tomar las medidas necesarias (dentro de lo "normalmente exigible") para evitar que, de su negligente comportamiento, se vea perjudicado el derecho del fiador de subrogarse en los derechos que ostenta contra el fiador o no pudiera este último ser plenamente reembolsado en lo pagado. So pena de que, como dice el precepto, los derechos del acreedor frente al fiador se reduzcan "en la medida que sea necesaria para evitar que éste resulte perjudicado como resultado de la conducta del acreedor." Previendo, además, una acción de reembolso del fiador contra el acreedor si este ya hubiera cumplido y a fin de ser plenamente resarcido por el detrimento sufrido por causa del acreedor.

2. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL FIADOR

Las obligaciones que pesan sobre el acreedor generan, a su vez, derechos al fiador, sujeto, qué duda cabe, más débil, más perjudicado y que ostenta una posición jurídica más desfavorecida en la relación garantista, pues debe asumir el cumplimiento de una deuda en caso de incumplimiento de la deuda a la que garantiza. En consecuencia, el DCFR dispensa un tratamiento protector al fiador con la finalidad de reforzar su posición y equilibrándola con respecto al acreedor.

En esta línea y para proteger al fiador antes del pago de un más que posible incumplimiento del deudor que llevaría consigo la exigibilidad de la garantía por el acreedor, regula el DCFR en el artículo IV.G.-2:111 (82) la conocida acción de cobertura y relevación de la

(82) "(1) El fiador que ha prestado una fianza a petición del deudor o con su consentimiento expreso o tácito puede solicitar la relevación por el deudor: (a) si el deudor no ha cumplido la obligación garantizada llegado su vencimiento; (b) si el deudor no está en disposición de pagar o sus bienes han disminuido sustancialmente; o (c) si el acreedor ha ejercitado una acción para hacer valer la fianza frente al fiador. (2) La relevación puede tener lugar mediante la prestación de una garantía adecuada."

fianza, clásica en los códigos europeos. Se nos presenta configurada como una única acción que el fiador dirigirá contra el deudor, pudiendo este optar entre la relevación de la fianza o la prestación de una garantía suficiente que cubra la deuda (83). Ostenta un carácter cautelar y solo puede interponerse antes de que el fiador hubiera pagado, ya que, en caso contrario, lo procedente es la acción de reembolso y no la de relevación. De forma expresa afirma este precepto que solo está legitimado el fiador que ha prestado la garantía a petición del deudor o con su consentimiento. Ello implica que el fiador que garantiza una deuda sin el consentimiento o sin el conocimiento del deudor, lo hace de forma gratuita (84), asumiendo, necesariamente, el riesgo que comporta que el deudor no pueda o no quiera responder de la deuda garantizada.

Los supuestos contemplados en el artículo IV.G.-2:111 y que legitiman al fiador para interponer la acción, pueden calificarse como de incumplimiento real o potencial. Ciertamente, el deudor no puede relevar al fiador de la fianza sin el consentimiento del acreedor, pudiendo, únicamente, pagar la deuda o garantizarla, a fin de que el fiador tenga cubierta la prosperidad de la acción de regreso, lo que solo tendría lugar si el deudor tuviera bienes suficientes para ello. En cualquier otro caso la acción de relevación carecería de éxito alguno.

Pero no todos son derechos para el fiador. Así como el artículo IV.G.-2:107 regula las obligaciones del acreedor en la relación jurídica fiduciaria que demandan los principios de cooperación y buena fe, el artículo IV.G.-2:112 (85), con un esquema semejante, describe

---

(83) Así, el término "*relief*" del texto en inglés del artículo IV.G.-2:111 interpreta en un sentido amplio, aclarado en el apartado (2), de tal suerte que "*relief*" significa tanto la "relevación" técnica de la fianza, como la prestación de garantía (cobertura de la fianza).

(84) "*As a gift to the debtor*", dicen los comentaristas del DCFR, Comentario A al artículo IV.G.-2:111, *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, cit., p. 2668.

(85) "(1) Antes de cumplir frente al acreedor, el fiador debe notificar al deudor y requerir información sobre la cantidad debida por la obligación garantizada así como sobre cualquier excepción o derecho disponible contra él. (2) Si el fiador no cumple con los requisitos exigidos en el apartado (1) o se descuida en la interposición de las excepciones comunicadas por el deudor o que hubiera podido conocer por otros medios, los derechos del fiador

las obligaciones del fiador en relación al deudor antes del cumplimiento de la obligación de pago. En este sentido el apartado (1) regula esta obligación en una doble manifestación. Por un lado, el fiador tiene la obligación de notificar al deudor su intención de pagar la deuda con la finalidad de evitar el doble pago. En segundo lugar, debe solicitar información del deudor sobre el importe de la deuda, para evitar un pago de lo indebido, así como las excepciones o derechos que el deudor pudiera hacer valer frente al acreedor en la medida que él pudiera valerse de estos en su defensa.

La sanción prevista para el caso de incumplimiento de lo preceptuado también se encuentra en concordancia con la contenida en el artículo 2:107 (4) para el acreedor, y que hemos calificado como un *remedy* clásico en Derecho contractual europeo: la pérdida (o reducción) de derechos del incumplidor. La finalidad de esta sanción no es otra que evitar que el deudor pudiera verse perjudicado como consecuencia de la negligencia del fiador, por lo que no deberá responder frente al fiador en la medida en que se le reclame el perjuicio. Añaden, en buena lógica, los comentaristas del DCFR, que si la información facilitada por el deudor fuera incorrecta o incompleta, no sería de aplicación este precepto (86), por lo que no habría lugar a la reducción de derechos del fiador que no ha incumplido, pues, obligación alguna.

VI. LA DEFENSA DEL FIADOR

Una vez fuera exigible la fianza de acuerdo con los parámetros expuestos diferenciando entre solidaria o subsidiaria (87), y así lo hiciera el acreedor, dirigiendo, pues, su reclamación al fiador, el artículo IV.G.-2:103 del DCFR se ocupa de establecer los medios que

---

a dirigirse frente al deudor según lo establecido en el artículo IV.G.-2:113 (Derechos del fiador después del cumplimiento) se reducen en la extensión necesaria para evitar que éste resulte perjudicado como resultado de dicho incumplimiento o negligencia. (3) Los derechos que el fiador tenga frente al acreedor no se verán afectados."

(86) Comentario B al artículo IV.G.-2:112, *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, cit., p. 2675.

(87) *Vid.* apartado IV de este trabajo.

el fiador puede oponer en su defensa frente al acreedor (88). Estos no son otros que aquellas excepciones de las que pudiera disponer el deudor (89); incluso si el deudor no pudiera oponerlas, siempre, claro está, que, al momento de constituirse la fianza, dichas excepciones fueran oponibles por el deudor (90). A estas excepciones se suman aquellas que el fiador pudiera oponer al deudor con causa en la relación jurídica que les une, que quedan fuera de las relaciones acreedor y deudor principal y, por tanto, excluidas para el fiador ante la reclamación del deudor. También podrá hacer valer, naturalmente, las excepciones propias de su relación jurídica con el acreedor, que no podría hacer valer, en su caso, el deudor.

El DCFR se refiere en el artículo IV.G.-2:103 a dos tipos de excepciones, las relacionadas con la obligación garantizada (en los apartados 1 y 2) y las llamadas excepciones personales, aludidas en los apartados (3), (4) y (5).

---

(88) "(1) El fiador puede oponer frente al acreedor cualquier excepción del deudor relativa a la obligación garantizada, incluso si el deudor no puede ya oponerlas como consecuencia de actos u omisiones propios que hayan tenido lugar después de que la fianza se hiciera efectiva. (2) El fiador tiene derecho a negarse a cumplir la obligación garantizada si (a) El deudor tiene derecho a resolver el contrato con el acreedor conforme al Capítulo 5, Libro II (Derecho a la resolución). (b) El deudor tiene derecho a suspender el cumplimiento según lo establecido en el artículo III.-3:402 (Derecho a suspender el cumplimiento de las obligaciones recíprocas). (c) El deudor tiene derecho a terminar el contrato con el acreedor a tenor de lo dispuesto en la Sección 5, del Capítulo 3, del Libro III (Terminación). (3) El fiador no puede alegar la falta de capacidad del deudor, sea una persona física o jurídica, o la inexistencia del deudor, en el caso de persona jurídica, si los hechos relevantes eran conocidos por el fiador en el momento en que se prestó la fianza. (4) Si el deudor estuviera legitimado para anular el contrato del que nace la obligación garantizada debido a una causa distinta de las mencionadas en el apartado anterior y no ha ejercitado ese derecho, el fiador estará legitimado para negarse a cumplir. (5) El apartado anterior se aplicará con las debidas adaptaciones en caso de que la obligación garantizada sea susceptible de compensación".

(89) Drobnig, U.: "Recent legislative trends in the field of personal security", *European Business Organization Law Review* 2, 2001, pp. 511 a 524, p. 512.

(90) En el comentario B al artículo IV.G.-2:103, *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, cit., p. 2597.

Como excepciones que tienen su causa en la obligación principal (excepciones objetivas), en primer lugar, podrá invocarse por el fiador la invalidez o inexistencia de la obligación principal, la extinción de esta, total o parcial, como consecuencia del pago de la misma (o por otra causa, condonación, transacción...), sea por el propio deudor o por un tercero, o la improcedencia del cumplimiento de la deuda, por no haberse cumplido la condición a la que estaba sometida o no haberse cumplido el plazo, entre otras. Entre estas, pudiera el fiador valerse de la excepción de prescripción, aun cuando el deudor hubiera renunciado a la prescripción ganada, ya que el DCFR evita que el fiador quede vinculado por actos nacidos de la voluntad del deudor posteriores al nacimiento de la fianza y siempre que no hubieran sido aceptados, expresamente, por él. Igualmente, tampoco se verá afectado por los acuerdos entre deudor y fiador que alteren el plazo de prescripción realizados al amparo del artículo III.-7:601, a no ser que fueran más beneficiosos para el fiador. Otra fórmula de defensa dentro de este primer tipo de excepciones consiste en legitimar al fiador para negarse a cumplir por concurrir circunstancias concretas en las que el deudor puede evitar el pago, ejercitando determinadas medidas previstas en el DCFR, lo que conllevaría la no procedencia de la reclamación efectuada al fiador. Esta negativa puede, efectivamente, manifestarse a modo de excepción cuando el pago es requerido al fiador vía judicial, aunque también es factible hacerla valer ante reclamaciones extrajudiciales del acreedor contra el fiador. Los supuestos contemplados en la norma que permiten al fiador negarse a pagar la deuda son tres. El primero de ellos es el regulado en el capítulo 5, Libro II, traducible al castellano como un derecho de desistimiento unilateral "*ad nutum*", que se ejercita conforme a las normas contenidas en el capítulo indicado, caracterizado por el corto período de tiempo en el que este puede ejercitarse, pasado el cual no operaría la negativa del fiador al pago. El segundo se refiere a la posibilidad que tiene el deudor de suspender el cumplimiento de la obligación debida, en el caso de obligaciones recíprocas, sinalagmáticas o bilaterales, cuando el acreedor-deudor no haya cumplido lo que le incumbe o haya garantizado su cumplimiento, o cuando resulte evidente que no va a cumplir lo que le corresponda [IV.G.-2:103 (2) b) con remisión al III.-3:401]. Finalmente, también puede negarse el fiador a pagar cuando el deudor principal tiene

derecho a resolver el contrato, conforme a los supuestos de "*termination*" expresamente regulados en la sección 5 del capítulo 3 del Libro II.

Así como las excepciones objetivas o propias de la deuda se pueden hacer valer sin restricciones, habida cuenta que la accesoriedad de la fianza y su dependencia así lo demandan, el régimen de las excepciones personales es más restrictivo (no en vano son medios de defensa relacionados o propios del deudor principal y de sus características y peculiaridades). En verdad, el DCFR permite al fiador alegar la falta de capacidad de la persona física a la que garantiza o la inexistencia de la persona jurídica garantizada si los hechos no fueran conocidos por el fiador al momento de constituirse la fianza. No obstante, y tal y como ya hemos visto, el fiador que, no pudiendo alegar la falta de capacidad en los términos expuestos, paga, podrá dirigirse contra el deudor en vía de regreso en reclamación de lo que se hubiera enriquecido por el pago (91). En cambio es más permisivo en relación a otro tipo de excepciones personales. En este sentido, si el contrato fuera ineficaz por existir un vicio de consentimiento o como consecuencia de imposibilidad inicial, el fiador podrá hacer valer siempre estas excepciones personales negándose al pago frente al acreedor. También puede valerse en su defensa de la excepción de compensación, negándose a cumplir si la obligación debida por el deudor podía extinguirse, total o parcialmente, como consecuencia de la compensación conforme al régimen previsto en los artículos III.-6:101 y ss., y el deudor no ha ejercitado este derecho.

VII. LOS DERECHOS DEL FIADOR DESPUÉS DEL CUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA

Siguiendo un esquema clásico regula el artículo IV.G.-2:113 (92) los dos mecanismos propios de esta relación jurídica que le permiten al fiador dirigirse contra el deudor a fin de recuperar lo pagado. En

(91) Artículo IV.G.-2:113 (4).

(92) "(1) El fiador tiene derecho de reembolso frente al deudor si y en la medida en que el fiador haya cumplido la obligación garantizada. Además el fiador se subroga en esta misma medida en los derechos del acreedor frente al deudor. El derecho de reembolso y los derechos adquiridos por la

primer lugar la acción de reembolso, por medio de la cual el fiador reclama del deudor lo abonado y cuyo nacimiento no está condicionado al hecho de que la deuda se encuentre pagada en su integridad. No especifica el DCFR, de forma expresa, el contenido de esta acción de reembolso, es decir, cuánto puede reclamar el fiador al deudor que ha garantizado, y en cuyo defecto, ha cumplido. Aparte, claro está, del importe de la deuda satisfecha, según el artículo III.-2:113 (93) se incluirían, también, los gastos causados al fiador como consecuencia del cumplimiento de la obligación así como los daños y perjuicios cuando estos procedan [art. III.-3:701 (94) y 3:702 (95)].

---

subrogación son concurrentes. (2) En caso de cumplimiento parcial, los derechos parciales restantes que tenga el acreedor frente al deudor tienen prioridad sobre los derechos en los que se haya subrogado el fiador. (3) Por virtud de la subrogación a la que se refiere el apartado (1), las fianzas y garantías autónomas personales y reales se transfieren por ministerio de la ley al fiador, sin perjuicio de cualquier otra restricción contractual o pacto de no ceder acordado con el deudor. Los derechos frente a otros garantes sólo pueden ser ejercitados dentro de los límites del artículo IV.G.-1:108 (Pluralidad de garantes: derecho de regreso). (4) En los casos en que el deudor no responda frente al acreedor por razón de incapacidad, el fiador que paga la obligación garantizada puede, sin embargo, exigir el reembolso al deudor en la medida del enriquecimiento de éste. Esta regla se aplica también si el deudor era una persona jurídica que no ha llegado a existir".

(93) *"(1) The costs of performing an obligation are borne by the debtor. (2) In the case of a monetary obligation the debtor's obligation to pay includes taking such steps and complying with such formalities as may be necessary to enable payment to be made".*

(94) *"(1) The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused. (2) The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur. (3) «Loss» includes economic and non-economic loss. «Economic loss» includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. «Non-economic loss» includes pain and suffering and impairment of the quality of life."*

(95) *"The general measure of damages for loss caused by non-performance of and obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived".*

El segundo de estos mecanismos consiste en la subrogación automática y "*ex lege*" en los derechos que el acreedor tuviera contra el deudor y que se hubieran generado desde y durante la relación contractual afianzada, incluyéndose las garantías personales o reales de las que se pudiera valer el acreedor como garantía adicional al cumplimiento de la deuda, siempre que estas sean transferibles o su transferibilidad no haya sido limitada por las partes. Esta acción subrogatoria le concede al fiador la posibilidad de colocarse en la situación jurídica del acreedor, para hacer uso de todos los derechos y acciones que hubiera disfrutado el acreedor para hacer valer su pretensión. Al igual que es admisible la acción de reembolso en caso de pago parcial de la deuda por el fiador, también, en este caso, cabría la subrogación aun cuando no se hubiese pagado la totalidad de la deuda. Aunar ambas acciones, como admite de forma expresa este precepto al calificarlas como "*concurrent*" (96), facilita y refuerza la posición del fiador, de manera que el ejercicio conjunto de ambas le legitima, al mismo tiempo, para reclamarle al fiador lo pagado (reembolso) desde la posición jurídica del acreedor (subrogación); es decir, valiéndose, si fuera necesario, de los derechos del acreedor disponía frente al deudor como consecuencia de la relación jurídica obligatoria que les unía.

El DCFR condiciona, en uno y otro caso, la plenitud de estos emolumentos al cumplimiento diligente por el fiador de las obligaciones de notificación y requerimiento exigidos en el artículo IV.G.-2:112 (1).

Finalmente, y para el supuesto de pago parcial de la deuda, se da preferencia de cobro sobre el patrimonio del deudor al crédito pendiente, frente a los derechos en los que se hubiera subrogado el fiador que cumple parcialmente la obligación incumplida del deudor. De

(96) Se apunta en el comentario B al artículo IV.G.-2:113 *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, cit., p. 2683, que la opción del DCFR por dotar a estas acciones con el carácter de "*concurrent*" es contraria a la fórmula elegida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, que optan por dotarle un uso alternativo. Sin embargo, esta opción a la que se alude en estos comentarios es más una opción de la doctrina y la jurisprudencia al interpretar los preceptos relativos a los derechos del fiador contra el deudor, a que, expresamente, el legislador lo prohíba. Así, por ejemplo, no figura prohibido en el CC italiano (arts. 1949 y 1959), ni en el francés (arts. 2305 y 2306).

este modo se protegen los intereses del acreedor nacidos del contrato principal, que pasan a ser prevalentes a los derechos adquiridos "*ex lege*" por el fiador sobre la base de un contrato subsidiario como es el de fianza. No quiere ello decir que el fiador no quede subrogado de forma legal y automática como consecuencia del pago parcial, simplemente que para dirigirse contra el deudor a fin de ser reembolsado, este reembolso no podrá llevarse a cabo hasta que el deudor pague el total de la deuda, o bien lo haga el fiador en cumplimiento de la relación jurídica de garantía que le une con el acreedor. En uno u otro caso, el interés del acreedor en el cumplimiento total de la deuda se encuentra garantizado y protegido, pues a él le es indiferente recibir la deuda del obligado principal o el obligado en garantía (fiador).

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Después de estas líneas en las que, no sin dificultad, hemos pretendido ordenar y sistematizar el régimen jurídico de las garantías personales dependientes en el DCFR, podríamos preguntarnos la utilidad, no solo del texto en sí, sino del estudio que hemos llevado a cabo.

Nuestra primera pretensión con este trabajo es dar a conocer el texto y hacerlo, no como se nos presenta (una relación de preceptos en los que no se aprecia un orden sistemático), sino buscando el hilo lógico de sus reglas, de forma que se pueda construir, a partir del mismo, el régimen jurídico aplicable a la fianza que el DCFR ofrece. Con esta finalidad comenzamos el estudio y así lo anunciamos en el inicio de estas líneas. A lo largo de su desarrollo, hemos ido comentando dichas normas, y resolviendo los problemas interpretativos que su aplicación pudiera suscitar. Con ello ofrecemos al lector una información novedosa y de primera mano de este importante texto, que supone el primer intento de regulación integral de las garantías personales dependientes, con vocación europea y elaborada sobre la base y teniendo en cuenta las normas comunitarias así como los códigos de los países donde pudieran aplicarse. Estamos seguros de que este, si no llegara a convertirse en el texto definitivo, sí es un embrión de esa futura regulación unitaria anhelada por muchos e

impulsada desde la Unión Europea y que, de tener lugar, va a diferir poco de la actual propuesta de Marco Común de Referencia.

Solo nos queda, ahora, reflexionar sobre la aplicación de las normas que hemos expuesto y comentado, a la luz de los distintos códigos europeos de los países donde pudieran aplicarse, vía convenio. Con toda seguridad, será preciso realizar modificaciones y/o adaptaciones de aquellas normas imperativas que pudieran contravenir las contenidas en el DCFR. Asumo, pues, el encargo de hacerlo con relación a nuestro Código Civil, pero eso será en otro trabajo que espero vea pronto la luz.

EL REGLAMENTO (CE) NÚMERO 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 17 DE JUNIO DE 2008, SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES (ROMA I)

Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal

(Segunda parte) (*)

Josep M.ª Fugardo Estivill
Notario

SUMARIO

Primera parte

1. INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO "ROMA I"

2. ÁMBITO OBJETIVO DEL REGLAMENTO (ART. 1 REGLAMENTO ROMA I)

3. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO (ART. 3 REGLAMENTO)
   - 3.1. Procedimientos para la determinación de la Ley aplicable
   - 3.2. Contratos sin Ley aplicable
   - 3.3. Contratos objetivamente internos
   - 3.4. Los límites de la autonomía de la voluntad y las normas de aplicación necesaria. Referencia a la normativa sobre negocios relativos a bienes inmuebles

(*) Publicamos en este número de la Revista la segunda parte del trabajo (epígrafes 6 a 9).

4. CONCEPTOS JURÍDICOS VARIOS EN RELACIÓN CON EL REGLAMENTO ROMA I

5. LA NORMA DE CONFLICTO A FALTA DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE
   5.1. El artículo 4 del Reglamento Roma I
   5.2. Puntos de conexión previstos en el artículo 4 del Reglamento Roma I
   5.3. Ley contractual basada en la "prestación característica del contrato"
   5.4. Ley contractual basada en la existencia de "vínculos manifiestamente más estrechos con otro país"

Segunda parte

6. LA PROPIEDAD Y SU RÉGIMEN LEGAL EN EL DERECHO INTERNO Y COMUNITARIO. EL TÍTULO Y EL MODO EN LA TRANSMISIÓN DE BIENES INMUEBLES
   6.1. Referencia a las fuentes legales configuradoras del régimen de la propiedad
   6.2. La contratación inmobiliaria internacional

7. LA LEY APLICABLE A LOS NEGOCIOS Y CONTRATOS SOBRE DERECHOS REALES INMOBILIARIOS
   7.1. Derechos reales y derechos personales
   7.2. Ámbito material de la expresión "derecho real inmobiliario"
   7.3. La aplicación de la Ley del lugar donde radiquen los inmuebles

8. REFERENCIA A LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES

9. ACTOS Y CONTRATOS REFERENTES A DERECHOS REALES SOBRE BIENES INMUEBLES Y ARRENDAMIENTOS
   9.1. Contratos incluidos
   9.2. Otros actos y negocios sobre derechos reales inmobiliarios
   9.3. Otros actos o contratos relacionados con los bienes inmuebles

Tercera parte

10. LAS NORMAS DE VALIDEZ FORMAL APLICABLES AL CONTRATO (ART. 11 REGLAMENTO ROMA I)

11. LA FORMA EN RELACIÓN CON LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 11 DEL REGLAMENTO "ROMA I"

11.1. Contratos bilaterales o sinalagmáticos (art. 11, apdos. 1 y 2 Rglto.)
11.2. Acto jurídico unilateral (art. 11.3 Rglto.)
11.3. Contratos que entren en el ámbito material de aplicación del reglamento sobre "contratos de consumo" (arts. 11.4 y 6 Rglto.)
11.4. Regla general de forma para los contratos referentes a derechos reales sobre bienes inmuebles y arrendamientos de bienes inmuebles (art. 11.5 Rglto.)
11.5. La forma en relación con otros supuestos negociales
11.6. Otros supuestos relativos a la adopción de determinada forma en materia de bienes muebles y derechos de crédito

12. ESPECIAL REFERENCIA A LA ESCRITURA PÚBLICA NOTARIAL EN RELACIÓN CON LOS MEDIOS DE PAGO EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA Y COMO FORMA DE CONTROL

13. ESQUEMA-RESUMEN

14. BIBLIOGRAFÍA

Anexo documental
TEXTO OFICIAL DEL REGLAMENTO ROMA I

SEGUNDA PARTE

6. LA PROPIEDAD Y SU RÉGIMEN LEGAL EN EL DERECHO INTERNO Y COMUNITARIO. EL TÍTULO Y EL MODO EN LA TRANSMISIÓN DE BIENES INMUEBLES

6.1. REFERENCIA A LAS FUENTES LEGALES CONFIGURADORAS DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD

El artículo 33 de la Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, y señala que la "función social" de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos sino por causa

justificada y de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de acuerdo con lo dispuesto por las leyes.

En el ámbito del Derecho comunitario, por lo que se refiere al régimen de los actos sobre transmisión de la propiedad y derechos reales inmobiliarios, debe tenerse presente que el artículo 345 (antiguo art. 295 TCE) de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE, 9 de mayo de 2008) dispone que *"Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros."*

Siempre que ello no produzca afectación directa sobre la vigencia, aplicación y respeto de las libertades comunitarias básicas, el citado artículo veda que la Unión Europea pueda intervenir en el régimen legal de la propiedad y la problemática referente a las nacionalizaciones o privatizaciones. La previsión establecida en el TCE significa que mientras no se proceda a unificar o armonizar el Derecho de propiedad en la Unión Europea, cada Estado miembro "puede establecer el régimen jurídico que estime conveniente en relación con la propiedad y su publicidad" (167) y como consecuencia de dicho artículo, el Derecho comunitario debe respetar los distintos sistemas de acceso a la propiedad vigentes en los diferentes Estados miembros.

La tutela del derecho de propiedad se halla prevista en el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece lo siguiente: *"Derecho a la propiedad.* 1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual" (168).

---

(167) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 749.

(168) La protección de la propiedad aparece recogida en el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) y su Protocolo Adicional (París, 20 de marzo de 1952) como sigue:

> "Artículo 1. *Protección de la propiedad.* Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

Sin perjuicio de su función social y económica y de las limitaciones al dominio que de ello resultan, el reconocimiento del derecho de la propiedad se considera un derecho fundamental común a todas las constituciones nacionales y ha quedado consagrado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por vez primera, en la sentencia Hauer (de 13 de diciembre de 1979, Rec. 1979, p. 3.727).

Como consecuencia del citado artículo 295 TCE, "la cuestión de decidir en qué casos y con qué condiciones se produce la transmisión de la propiedad sobre los bienes se regula por la Ley del Estado donde tales bienes están situados (criterio de la *lex rei sitae*). Así lo indica el artículo 10.1 del Código Civil español. Idéntico criterio se sigue en Derecho alemán, en Derecho francés y, en definitiva, en todos los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros" (169).

Por lo que respecta al régimen legal de los bienes inmuebles, en nuestro derecho, el artículo 10.1, primer párrafo, CC, dispone que "La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen."

Como señala la SAP Palma de Mallorca, Sec. 5.ª: "Los derechos regulados son los de naturaleza real, aunque no se diga expresamente, y la publicidad a la que se hace referencia es tanto la registral como la de otra índole requerida para facilitar el tráfico jurídico y evitar dificultosas averiguaciones de titularidad. La elección del lugar de situación del bien como punto de conexión ofrece una serie de ventajas: permite hacer coincidir la localización jurídica con la localización material y física de los bienes, refleja el interés del Estado por controlar la creación, transmisión y modificación de los derechos reales sobre los bienes situados en su territorio, y es la expresión en Derecho Internacional Privado de la tutela de la seguridad del tráfico jurídico, ya que es en el lugar de situación del bien donde se manifiesta el elemento patrimonial que induce a terceros a confiar en el crédito de su poseedor o propietario y donde, por regla general, tiene lugar la inscripción registral. Cuestiones ajenas son al ámbito de aplicación del art. 10.1 a) La capacidad para adquirir dere-

---

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas."

(169) J. C. MARTÍN ROMERO, 2007, p. 601.

chos reales y las formas y solemnidades de los actos y contratos relativos a bienes muebles e inmuebles, se rigen por los arts. 9.1 y 11.1 in fine y 11.2 b) El título de adquisición de los derechos reales." (FJ 6).

"La doctrina suele admitir que la ley del lugar de situación de la cosa regula los siguientes extremos: a) Clasificación general de los bienes, y bienes susceptibles de constituir el soporte material del derecho real; b) Clases de derechos reales y límites a la autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales en un sistema de *numerus apertus* como el español; c) Contenido del derecho real, efectos entre las partes y oponibilidad a terceros; d) Modos de adquisición y transmisión de los derechos reales; e) Formas de publicidad. La aplicación de la ley del lugar de situación a los aspectos formales y sustantivos de la publicidad inmobiliaria apenas precisa justificación: la publicidad de las titularidades relativas a los bienes inmuebles se instrumentaliza a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad siendo el Registro competente el de la circunscripción territorial donde radica el inmueble (art. 2.º LH)..." (FJ 6).

La remisión al régimen legal de la propiedad propio de cada Estado miembro y en concreto al ordenamiento interno español, aparece prevista en la "Opinión de la comisión de asuntos jurídicos" del Parlamento Europeo de 20 de febrero de 2009, que señala que "... la adquisición de bienes inmuebles en España se realiza de conformidad con la legislación nacional y cualquier supuesta infracción de esta legislación debe resolverse ante las autoridades judiciales españolas competentes [véase el asunto C-182/83, Fearon/Irish Land Commission, Rec. 1984, p. 3677 (170)]. Sólo en última instancia, una vez agotadas las vías de recurso nacionales, será posi-

(170) En relación con esta sentencia, el TJCE dispuso que: "11. Il convient donc de répondre a la question posée par la Suprême Court d'Irlande que l'article 52 du Traité n'interdit pas a un état membre de subordonner l'immunité contre les mesures d'expropriation décrétées en vertu d'une législation régissant la propriété foncière rurale a une obligation de résidence, sur un fonds de terre ou a proximité de celui-ci, dans le chef des ressortissants des autres états membres ayant participé à la constitution d'une société propriétaire de biens fonciers, lorsque cette obligation de résidence existe aussi pour les ressortissants de cet état membre et que les pouvoirs d'expropriation ne sont pas exercés de manière discriminatoire."

En sus observaciones escritas la Comisión dijo: "5 ... la Commission soutient tout d'abord que le système d'expropriation publique fait partie du

ble presentar el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos" (171).

En el mismo sentido se pronuncia la resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009 (172), que, en su Considerando J, dice lo siguiente: "según lo dispuesto en el artículo 295, el Tratado CE: «no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros»; que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha disposición sólo reconoce la competencia de los Estados miembros para establecer el régimen de la propiedad; que dicha jurisprudencia ha confirmado que esa misma competencia debe ejercerse siempre en conexión con los principios fundamentales del Derecho comunitario, como son la libre circulación de bienes, personas, servicios y capital [véase la Sentencia de 22 de junio de 1976 en el asunto Terrapin/Terranova (C-119/75, Rec. p. 1039)" (173)].

---

régime de la propriété et que l'article 222 du Traitée, aux termes duquel "Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres", justifierait donc a lui seul une réponse négative a la question posée par la juridiction nationale".

(171) Cfr. "Opinión de la comisión de asuntos jurídicos sobre el fundamento jurídico" del Parlamento Europeo de 20 de febrero de 2009, referente al impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (PE 416.354v02-00-A6-0082/2009).

(172) Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas [2008/2248(INI)].

(173) En la sentencia citada, "La Cour, statuant sur la question a elle soumise par le *Bundesgerichtshof* par Ordonnance du 31 octobre 1975, dit pour droit: Il est compatible avec les dispositions du Traité relatives a la libre circulation des marchandises qu'une entreprise établie dans un Etat membre s'oppose, en vertu d'un droit de marque et du droit au nom commercial, protégés par la législation de cet Etat, a l'importation de produits d'une entreprise établie dans un autre Etat membre et revêtus, en vertu de la législation de cet Etat, d'une dénomination prêtant a confusion avec la marque et le nom commercial de la première entreprise, à condition cependant qu'il n'existe entre les entreprises en cause aucune sorte d'en-

La doctrina que antecede evidencia que, no obstante lo previsto en el antes citado artículo del Tratado, ello no es óbice para que los principios que inspiran la constitución de la Unión Europea, el propio Derecho Comunitario y la jurisprudencia comunitaria, puedan incidir en numerosos aspectos que, directa o indirectamente, afectan, o configuran el estatuto jurídico de la propiedad de todos los Estados miembros, la utilización, uso y disfrute de la propiedad en sus distintas formas de materialización y los derechos, prestaciones y regulación de determinados contratos sobre bienes inmuebles.

La aplicación de las normas comunitarias que procedan debe tener en cuenta su correspondiente naturaleza jurídica, pues, como se ha examinado en otro lugar, sin perjuicio de su distinto grado de eficacia y efectos de aplicabilidad, las Directivas deben ser adaptadas y cumplidas por los Estados miembros por medio de las correspondientes normas de adaptación al derecho interno y, en cambio, los Reglamentos constituyen normas de aplicación general y directa.

Sin perjuicio de lo previsto en el propio Reglamento Roma I en materia de obligaciones contractuales, arrendamientos y derechos reales inmobiliarios, a título de ejemplo, cabe referirse a las normas de Derecho Comunitario –Directivas y Reglamentos– que se citan seguidamente, que pueden afectar, en forma más o menos intensa, a los aspectos relativos a los procesos de planeamiento y desarrollo urbanístico, la protección y modulación del estatuto del derecho de la propiedad inmobiliaria y a algunos de sus actos o negocios jurídicos preparatorios, antecedentes, ligados, accesorios o principales o referentes al ejercicio de determinadas acciones (174):

— Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

---

tente restrictive de la concurrence ou de rapport de dépendance, juridique ou économique, et que leurs droits respectifs aient été crées indépendamment les uns des autres."

(174) La mayor parte de las Directivas que se citan aparecen recogidas en la citada resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009, y tienen especial incidencia a la hora de configurar el planeamiento urbanístico referente a urbanizaciones masivas.

— Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

— Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

— Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

— Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.

— Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

— Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de personas del medio político y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada.

— Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

— Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (DO L 197 de 21.7.2001, p. 30).

— Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior ("Directiva sobre las prácticas comerciales desleales").

— Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

— Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

— Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, que modifica la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa.

— Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de

un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (175).

— Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio.

— Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

— Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

6.2. LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA INTERNACIONAL

Como se ha indicado, el artículo 4.1.*c)* Reglamento prescribe que, a falta de elección de la Ley aplicable, el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario (176), "se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble".

En el tráfico jurídico inmobiliario internacional debe distinguirse entre la validez obligacional (Ley reguladora del *titulus adquirendi*) o justificación causal de la adquisición del derecho y la eficacia real del contrato (*modus adquirendi*) o momento de la transferencia y adquisición real del derecho.

La primera cuestión se relaciona con la validez del contrato (*lex contractus*). Este aspecto no se limita exclusivamente al pacto de elección de la Ley aplicable al contrato, sino que deben considerarse otras muchas cuestiones, como pueden ser las circunstancias personales y de derecho matrimonial, familiar o sucesorio y el estatuto jurídico y capacidad dispositiva de cada una de las partes contratantes y, en su caso, de sus representantes legales o voluntarios; el idioma de redacción del contrato; la situación jurídico-real del bien

(175) Esta Directiva está derogada por la nueva Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, y ha sido desarrollada en el derecho interno por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de regulación de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, pero la transposición de la nueva Directiva debe hacerse, a más tardar, el 23 de febrero de 2011.

(176) O un arrendamiento inmobiliario, salvo la especialidad prevista en la letra *d)* del mismo artículo.

en sus aspectos de derecho privado y público, estado de cargas y derechos reales que puedan afectarle, el contenido mínimo del contrato y cláusulas obligatorias que debe contener, y los correspondientes requisitos formales y de derecho adjetivo tributario que procedan.

Como observa la doctrina, las partes son libres para elegir una Ley distinta a la Ley del lugar de situación del bien para que rija el contrato o una parte del mismo (fraccionamiento o *dépeçage*), pero en la mayoría de los casos, por razones prácticas y de seguridad jurídica, y ante la importancia y complejidad de los requisitos legales y normas imperativas y de policía que son de aplicación necesaria a esta clase de contratos, la solución más interesante consistirá en aplicar –de forma expresa o en consideración a lo previsto en la citada letra *c)*– la regulación legal del país de situación del inmueble (177).

Por otra parte, la remisión a la Ley del lugar de situación del bien también tiene especial incidencia en relación con el cumplimiento del contrato o su cumplimiento defectuoso. Según el artículo 12 Reglamento, la Ley aplicable al contrato regirá su interpretación, el cumplimiento de las obligaciones que genere, los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo, y las consecuencias de la nulidad del contrato, pero en lo que se refiere a las modalidades de "cumplimiento" y a las medidas que se deben tomar en caso de "cumplimiento defectuoso", "*se tendrá en cuenta* la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento". En nuestro derecho, en la transmisión de bienes inmuebles el cumplimiento del contrato consiste en la entrega del bien, lo que constituye el lugar de la prestación característica del contrato, por lo que ello precisa la observancia de los requisitos del *titulus* y del *modus adquirendi*.

La segunda cuestión, conforme se acaba de exponer, se halla ligada a la perfección y ejecución de los efectos reales o transmisivos

(177) En nuestro derecho, además del régimen de Derecho Civil Común existen siete Comunidades Autónomas que disponen de amplia competencia legislativa en materia de Derechos Civiles o Forales propios. Asimismo, las diecisiete Comunidades Autónomas del Estado español y las dos Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla gozan de amplias competencias en materia de derecho urbanístico.

según la *lex rei sitae* (transmisión y adquisición del dominio) y en su caso, su inscripción registral. Según se examina más adelante, ambas fases pueden producirse simultánea o separadamente.

Por último, tampoco cabe obviar los aspectos referentes a los requisitos de validez formal y de eficacia real respecto de terceros. En relación con la validez formal, el artículo 11 Reglamento prevé de modo preciso la Ley aplicable a la forma del contrato, que debe ajustarse a las leyes imperativas del lugar de situación del bien inmueble, independientemente del lugar de perfección contractual y de la Ley de fondo aplicable al contrato.

Como consecuencia de todo ello, en nuestro derecho, en relación con el Derecho internacional privado, en la transferencia y cesión de derechos reales, la doctrina señala que procederá distinguir entre los siguientes aspectos (178):

a) Los "aspectos obligacionales" del contrato, que se rigen por la Ley determinada según las normas del Reglamento Roma I.

b) Los "aspectos reales" que pueden derivar del contrato, que se rigen por la *Lex rei sitae* (art. 10.1 y 2 CC), pues cuando el derecho es transferido y respecto de terceros, la Ley obligacional no contribuye a definir las prerrogativas del titular del derecho real (179).

---

(178) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, pp. 746-747.

(179) Es decir, dentro de los amplios márgenes de autocomposición de intereses que en cada caso sean admisibles, esta Ley es la que precisa los límites de contenido o facultades inherentes al derecho de propiedad, por ejemplo, los derechos del usufructuario y del nudo propietario, las modalidades del derecho de realización del bien objeto de garantía, los privilegios y derechos de preferencia crediticia, la inembargabilidad de ciertas categorías de bienes, etc. Análoga sistemática se prevé en otros textos internacionales. Por ejemplo, el Convenio sobre la Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento (hecho en La Haya el 1 de julio de 1985), prevé en su artículo 15 que el Convenio no obsta la aplicación de las disposiciones de la Ley designada por las normas de conflicto del foro cuando estas disposiciones no puedan excluirse en virtud de una manifestación de voluntad, en particular, entre otros supuestos, respecto de "la transmisión del dominio y de las garantías reales", "la protección de los acreedores en caso de insolvencia", "la protección, a otros respectos, de terceros de buena fe", y el artículo 16 prevé que "el Convenio no impedirá la aplicación de aquellas

c) Por último, los llamados "requisitos polifuncionales", cuyo cumplimiento puede ser necesario tanto para la validez del contrato como para la constitución, transmisión o inscripción del derecho real.

Determinada la validez del contrato según la *lex contractus,* la *lex rei sitae* regirá todos los aspectos reales relativos al modo de adquisición del derecho real (cumplimiento), a su contenido y efectos (180).

En el plano del derecho material, los antedichos requisitos pueden exigir la aplicación de aquellas normas de derecho interno que con abstracción de la Ley aplicable al contrato no pueden excluirse mediante acuerdo (tradición, normas imperativas, limitaciones legales dispositivas, forma constitutiva u obligatoria del negocio); otro tanto cabe afirmar en relación con el aspecto formal o validez formal del acto o contrato, en aquellos supuestos en que, sin perjuicio de la eventual validez del acto o negocio desde el punto de vista del derecho material u obligacional o como elemento añadido o integrado a éste, es necesario el cumplimiento del requisito de determinada forma pública con independencia del país donde se celebre el contrato y de la Ley que rija el contrato cuando dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo, como sucede, por ejemplo, en el supuesto del requisito de forma pública para los actos o negocios sujetos a inscripción registral o cuando el requisito de forma tenga alcance constitutivo (181).

En el derecho español, en las transmisiones de la propiedad a título oneroso por acto entre vivos, es de aplicación la teoría del *título* y el *modo,* siendo claro el rechazo del modelo francés, por lo que no es suficiente la mera celebración del contrato causal, sino que es necesaria la existencia de "tradición" o *"traditio"* [arts. 609 y

---

disposiciones de la ley del foro que deban aplicarse incluso a las situaciones internacionales, cualquiera que sea la ley designada por las normas de conflicto de leyes".

(180) J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, 2009, pp. 584-585.

(181) A título de ejemplo, para la validez del contrato de hipoteca en el derecho español (art. 1875.1 CC), señala J. Carrascosa González (2009, II, p. 746) que "La *Lex Contractus* indicará si la falta de dicho requisito afecta a la validez, perfección o ejecución del contrato, y en qué medida. Y la *Lex Rei Sitae* indicará si tal requisito afecta al nacimiento, constitución o transmisión del derecho real y en qué medida (art. 10.1 y 2 CC)".

1095 CC (182)] y tampoco rige el sistema abstracto previsto en el derecho alemán.

En suma, la perfección del contrato de compraventa no produce *per se* efectos reales porque, además, requiere la tradición en cualquiera de sus formas, y para poder transmitir es preciso que el tradente sea propietario, que es un requisito no de validez ni eficacia del contrato, sino de eficacia de la tradición (183). El derecho personal atribuye un señorío sobre la cosa, pero tiene como objeto directo no la cosa, sino la conducta o comportamiento exigible, el *dare*, la transmisión que debe efectuar el vendedor; el derecho real, en cambio, tiene como objeto directo la misma cosa sin la mediación de persona alguna (184).

La *tradición* significa todo traspaso posesorio que se realiza con la voluntad del anterior poseedor o todo medio de adquisición derivativa de la posesión (185). Esta investidura de la condición de poseedor en el adquirente se puede realizar en forma real y efectiva (tradición real) o mediante el cumplimiento de determinadas formalidades legales (tradición más o menos espiritualizada, simbólica o *ficta*).

La tradición real se equipara a la entrega de la cosa (puesta de la cosa en poder y posesión del adquirente, *ex* art. 1462 CC), existe un *corpus* y un *animus possessionis*. La tradición simbólica sustituye la ocupación o aprehensión por un juego de actos que la simbolizan o que la sustituyen, como la entrega de llaves (art. 1463 CC), o poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, en los bienes incorporales (art. 1464 CC). En la tradición *ficta* el genuino traspaso posesorio se sustituye por la investidura de la posesión que resulta de un puro acuerdo o conformidad de las partes (art. 1463 CC) o

(182) Artículo 609 CC. "La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción".

"Artículo 1095 CC. El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada."

(183) J. M.ª Miquel González, 1993, I, pp. 1546 y ss.

(184) M. Peña Bernaldo de Quirós, 1986, p. 14.

(185) L. Díez-Picazo, 2008, III, pp. 710-714.

del otorgamiento de una escritura pública ("cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultase o se dedujere claramente lo contrario", art. 1462.2 CC).

En consecuencia, es la Ley del Estado en que se halla sito el bien inmueble la que rige la transmisión del bien inmueble y determina los requisitos legales necesarios para la transmisión de la propiedad o de cualquier derecho real. En la compraventa, el contrato genera obligaciones, pero si la *traditio* exigida con carácter esencial y de orden público por la ley de la transmisión no se cumple (art. 609 CC), no se producirán los "efectos reales", por lo que el bien permanecerá en poder del vendedor (186).

En el supuesto de que el contrato se formalice en un documento privado que no reúna los requisitos exigidos por el ordenamiento interno, las partes podrán compelerse recíprocamente al cumplimiento de los requisitos legales que procedan (art. 1279 CC). La *traditio* podrá producirse por cualquiera de las formas antes expresadas. Asimismo, de acuerdo con el citado artículo 1462.2 CC, además de los restantes efectos jurídicos específicos a esta clase de documentos, en el supuesto de otorgamiento de escritura pública el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa si de la misma escritura no resultase o se dedujere claramente lo contrario. Cuando el contrato se haya otorgado en el extranjero sin cumplir los requisitos legales de derecho material o formal exigidos en el derecho interno español o sin que se haya producido la tradición, el contrato deberá elevarse a público por medio de escritura pública (art. 1462.II CC).

En aquellos casos en que el contrato se formalice por notario extranjero competente, la escritura deberá contener los requisitos y menciones similares exigidas en el derecho interno español y merecer la calificación de "documento público" (art. 1216 CC), pues de lo contrario dicho documento no podrá considerarse formalmente equivalente a la escritura pública de derecho interno. Si

(186) En relación con la inscripción de un supuesto de titularidades meramente fiduciarias regulada por el derecho inglés, señala la RDGRN de 16 de junio de 2009 que su inscripción "iría absolutamente en contra de aquellos principios esenciales –y de orden público– que configuran y disciplinan, tanto la transmisión del dominio (cfr. art. 609 del Código Civil) como nuestro vigente sistema de publicidad registral...".

no se diera esta equivalencia, las partes deberán ratificar o elevar a público ante notario español el acto o contrato, completándolo o complementándolo, en lo que fuere menester, de conformidad con los requisitos sustantivos, adjetivos, de control y formales exigidos en el derecho interno material y documental español.

Por lo que atañe a los requisitos legales y formales que rigen la inscripción registral de esta clase de actos, cabe pronunciarse en términos análogos.

Las cuestiones relativas a la propiedad y los derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España que deben ser objeto de inscripción en un Registro de la Propiedad español, se rigen por la Ley española (art. 10.1 CC). Como señala la RDGRN de 20 de noviembre de 2006: "... el acceso al Registro de la Propiedad, así como la publicidad de los derechos reales se rige, siempre, por la legislación española, dado que los bienes y derechos reales en él inscritos están sujetos a la *lex rei sitae*". Por otra parte, el artículo 149.1.8 CE establece que "la ordenación de los registros e instrumentos públicos" es una competencia exclusiva del Estado.

La transmisión o los actos referentes a los derechos reales inmobiliarios de bienes sitos en territorio español podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad cuando su contenido pueda incardinarse dentro de las categorías que enumera el artículo 2 LH. Por lo que atañe a los derechos reales, el artículo 2, apartado 2.º, LH enumera los distintos derechos reales susceptibles de inscripción y, en cuestión que se analiza con más detalle en otro lugar de este trabajo, sigue el sistema de *numerus apertus* ("... y otros cualesquiera reales"), lo cual, como observa la doctrina, plantea la necesidad de calificar la naturaleza de derecho personal o real del derecho que se pretende inscribir y su conformidad o equivalencia con las figuras y principios que rigen el derecho material español.

En concordancia con esta doctrina, en el supuesto de inscripción en el Registro de la Propiedad de derechos constituidos en el extranjero referidos a bienes inmuebles, la DGRN pone de relieve la necesidad de que el derecho que se pretende inscribir sea homologable con la regulación material o procesal de derecho interno (RRDGRN de 23 de enero de 2004 y 20 de noviembre de 2006).

— La resolución de 23 de febrero de 2004 denegó la inscripción de un mandamiento expedido por autoridad judicial alemana en la que se

acordaba la constitución de una hipoteca asegurativa, documento que había sido previamente presentado para su exequátur (certificación en la terminología del Reglamento) de conformidad con el Reglamento (CE) número 44/2001 y debidamente traducido y apostillado.

La Dirección General advierte que, a pesar de que dicho Reglamento constituye un hito en el desarrollo del principio de confianza mutua en los respectivos sistemas judiciales, el Reglamento no está exento de límites de carácter material exigidos por la propia naturaleza de las jurisdicciones, de lo que "resulta que en materia de derechos reales inmobiliarios serán competentes los Tribunales de los Estados miembros donde el inmueble se hallare sito, norma que a nuestros efectos se complementa con el apartado tercero del mismo precepto, que remite a los Tribunales del Estado miembro donde se encuentre el Registro todo asunto relativo a la validez de las inscripciones en los registros públicos".

La resolución señala que "la interpretación histórica, lógica y sistemática de esta norma conduce a una hermenéutica distinta y más amplia que la que resultaría de la mera utilización de las categorías de derecho español", por lo que a efectos comunitarios y especialmente el Reglamento Bruselas I, "por derecho real inmobiliario debe entenderse cuanto derecho subjetivo o facultad atribuya a su titular un derecho exclusivo o preferente sobre un bien inmueble, ya sea propiedad, disfrute, o cualquier otra facultad sobre el mismo susceptible de ser respetada por terceros y amparada por el ordenamiento jurídico que debe otorgar su protección".

Sin embargo, en el presente caso, "el derecho asegurativo debatido, no puede incluirse en una mera consecuencia de la ejecución decretada en forma general por el Tribunal alemán, sino que atribuye un auténtico derecho real inmobiliario en el sentido del artículo veintidós del Reglamento comunitario". En consecuencia, la Dirección General desestima el recurso interpuesto y confirma la calificación registral, al entender que las funciones de colaboración entre los órganos jurisdiccionales comunitarios pueden implicar que se ordenen medidas de garantías sobre inmuebles situados en España, pero "cuando se pretende con ella especiales efectos jurídico-reales y registrales y en suma, una especial eficacia ejecutiva, el Juez habrá de atenerse a las exigencias del ordenamiento español tal como imponen los artículos 8.2, 10.1 y 10.19 del Código Civil (Cfr. además, Resolución de 13 de mayo de 1992)".

— La RDGRN de 20 de noviembre de 2006, por entender que carecía de trascendencia real y no estaba amparada en el artículo 42.º LH, denegó la práctica de una anotación preventiva de demanda sobre una finca perteneciente a deudores de un préstamo personal, dictada como medida cautelar en un procedimiento que se seguía en Illinois (EEUU). El recurrente alegaba que en el derecho norteamericano dicha solicitud tenía carácter real, porque el acreedor personal podía accionar directa-

mente contra los bienes del deudor y en el caso de obtener sentencia a su favor adquirir directamente la propiedad sobre tales bienes.

La DGRN afirma que el artículo 42.1 LH permite que sean anotadas en el registro no sólo las demandas en que se ejercita una acción real, sino también aquellas otras mediante las que se persigue la efectividad de un derecho personal cuyo desenvolvimiento lleve aparejada una mutación jurídico-real inmobiliaria, pero entiende que en el caso examinado, la acción era puramente de reclamación de cantidad y aunque prosperase, salvo en los supuestos específicos previstos en los Derechos civiles especiales o forales, por ser el pacto comisorio inadmisible nunca podrían los bienes sobre los que se pretende practicar pasar directamente la propiedad del acreedor, para que conforme al derecho español (art. 10.1 CC) "exista un acto de trascendencia real susceptible de reflejo registral, será preciso esperar a que se adopte la correspondiente afección del bien a través de su embargo o medida cautelar restrictiva de la disponibilidad de bienes (cfr. arts. 42.2 y 4 de la Ley Hipotecaria) o se produzca su adjudicación [véase resolución de 12 de marzo de 2004 (187)]".

— La resolución de 12 de mayo de 1992 rechazó la extensión de una anotación preventiva de embargo consistente en una "inscripción hipotecaria judicial provisoria" dictada por un tribunal de comercio francés, por no precisar el asiento y la extensión del derecho objeto del mismo con la precisión exigida por el principio de especialidad.

— Por último, respecto de la denominada "hipoteca de propietario", la R. de 12 de febrero de 1988 se muestra contraria a su admisibilidad, al señalar que la admisión de la hipoteca "en garantía de cualquier deuda futura" equivaldría a la admisión de esta clase de hipoteca, "figura que, en principio, no acepta el Ordenamiento español", tesis igualmente afirmada en la R. de 29 de abril de 1988, que recuerda que la Ley de Reforma de 1944 fue contraria a su admisión porque "se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *res sua servit* y del tradicional carácter accesorio de nuestra hipoteca" (188).

---

(187) Esta resolución denegó el mandamiento de anotación preventiva de demanda en la cual se reclamaba una cantidad de dinero procedente de un juzgado español, pues "a lo más que puede llegar el Registro es a admitir una pretensión que pueda tener alguna trascendencia registral, pero no puede extenderse su ámbito a aquéllas que sólo pueden desembocar en el pago de una cantidad de dinero, las cuales pueden ser objeto de una anotación de embargo, si se dan los requisitos para ello".

(188) Según la doctrina de derecho comparado, el interés práctico de la hipoteca de propietario es limitado: "Both the *non-accessory* (e.g. Germany) and the *middle ground systems* (e.g. Sweden) allow for a mortgage

No obstante, respecto de esta figura conviene tener presente que el nuevo artículo 153 bis LH (Ley 41/2007, de 7 de diciembre) ha flexibilizado el ámbito objetivo de las hipotecas de máximo (o hipoteca flotante, ómnibus o global) referente a las garantías en favor de las entidades financieras y administraciones públicas, que las admite como "garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas", lo que diferencia estas hipotecas de las hipotecas previstas en los artículos 142 y 153 LH.

Desde el punto de vista de su validez formal, los títulos sujetos a inscripción, se hayan otorgado o no en el extranjero, deben cumplir el requisito de forma pública (arts. 4 LH y 36 RH). Con tal que se cumpla en grado suficiente con el requisito de equivalencia, no existe pues discriminación para la inscripción de los documentos de procedencia extranjera en los registros públicos. Así se pronunció el Estado español en relación con una pregunta efectuada sobre esta cuestión, en relación con las escrituras procedentes de los notarios alemanes [DOUE, C/51 E/4, de 26 de febrero de 2004 (189)], en la que, por un lado, se afirma que aunque en el derecho español la inscripción es voluntaria, a través de la misma la propiedad puede darse a conocer a terceros, y en el supuesto en cuestión, a efectos de su inscripción, los documentos públicos deben certificarse por medio de una "escritura pública" otorgada ante notario alemán, pero que estos efectos no pueden producirse en el supuesto de

---

to be created for the land owner himself as both mortgagee and mortgagor –which «of course» is not possible in a strictly accessory system (because nobody can be his own creditor) (impossible e.g. in France, Portugal, Spain). The practical importance is quite limited. Basically, the mortgage for the land owner is used in two situations:

— Either, the owner wants to *reserve priority* for a mortgage, but does not know yet who would be his creditor (and future mortgagee).

— Or the owner does not want to have the name of the mortgagee registered in the land register. He can *avoid registering the name of the mortgagee*, if he sets up a certificated mortgage for himself *(Eigentümerbriefgrundschuld)* which he may transfer without registering the new mortgagee" (C. U. Schmid *et al.*, 2005, p. 92).

(189) Respuesta complementaria resumida, no exenta de cierta falta de claridad, del Sr. Bolkestein en nombre de la Comisión.

documentos privados procedentes de Alemania que no posean un certificado notarial o no consten en escritura pública.

En todo caso, es necesario que el documento público tenga reconocida esta condición en su país de origen, esto es, "que tenga fuerza en España con arreglo a las leyes" (art. 4 LH), que contenga "la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España" (art. 36 RH) y como no puede ser de otro modo, que reúna los requisitos legales de derecho material y formal que procedan, y que serían igualmente exigidos para los documentos públicos de producción interna.

En el ámbito registral, cuando la Ley Hipotecaria se refiere a la autenticidad en España, la Ley no sólo se refiere a la autenticidad corpórea o formal del documento, sino también a la autenticad ideológica, de fondo, de contenido, de control de contenidos o control de legalidad, se trata de la autenticidad precisa para operar conforme a la Ley española. Lo que antecede conlleva que solamente deben considerarse auténticos aquellos documentos en que el fedatario haya cumplido las exigencias inherentes a la escritura pública (art. 17 bis LN), concepto que coincide con el que el abogado general La Pergola, en la sentencia TJCE de 17 de junio de 1999 (asunto C-260/97 Unibank), fija para los verdaderos *"actes autentiques"*, a saber: "Que resulte de la actividad intelectual y apreciativa de un funcionario público, es decir, que emane de los poderes públicos" y que "goce de las presunciones de exactitud y certeza que deriva de las actuaciones realizadas por funcionarios públicos especializados".

> Como observa la doctrina, "Si no concurre [en el documento público extranjero] dicha «fuerza legal» en España y sólo en ese caso, el acceso al Registro de la Propiedad español es imposible."
>
> "La lógica implica que la forma, el vehículo a través del que se exterioriza la voluntad, tiene que ser pública en el país del notario que autoriza, anudado al hecho de que tal carácter público implique, como mínimo, lo mismo que en España desde la perspectiva del notario español, como funcionario público que por delegación del Estado ejerce una función pública" (190).

Lo que en todo caso no parece defendible es que aquellos documentos extranjeros que no cumplan los requisitos tanto de forma

(190) J. C. MARTÍN ROMERO, 2007, p. 572.

como de control sustancialmente equiparables a los requisitos exigidos para los documentos públicos de derecho interno sean admisibles a dichos efectos, pues ello iría contra la legalidad constituida, supondría el incumplimiento y exclusión de normas de derecho necesario material y formal no disponible por las partes, podría incurrir en fraude de ley internacional (actos *in fraudem legis*) y contrariedad al orden público y, evidentemente, en todo caso, incidiría negativamente en la calidad intrínseca y seguridad jurídica del contenido de los actos que deben acceder al registro y en la consiguiente eficacia y garantías que se esperan de éste (191).

En suma, con independencia de la Ley aplicable al contrato, en relación con los actos y negocios relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles y su acceso al Registro de la Propiedad, la calificación para determinar si se trata o no de derechos reales deberá efectuarse según el derecho español (192); la legislación y la doctrina registral exigen que el derecho real inmobiliario extranjero se haya constituido o sea compatible con arreglo a la Ley española; la inscripción de los títulos debe respetar las leyes imperativas, las leyes de policía y las leyes que no pueden excluirse mediante acuerdo; en materia de validez formal, el acto o negocio debe adecuarse al principio de titulación pública y ésta debe observarse con análogo rigor y garantías que las que son exigidas en el derecho

(191) En materia que excede del objeto del presente estudio, la inscripción en los Registros públicos de documentos autorizados por notario extranjero suscita una problemática específica y actualmente se halla pendiente de la doctrina que el Tribunal Supremo pueda establecer en relación con el requisito de su equivalencia funcional y su acceso registral.

En relación con esta cuestión, cfr. RRDGRN de 15 de marzo de 2000, 7 de febrero de 2005, 20 de mayo de 2005, contradicha la segunda por la SAP de Santa Cruz Tenerife de 22 de noviembre de 2006, recurrida ante el Tribunal Supremo, y S. Juzgado de 1.ª instancia de Alicante de 5 de julio de 2007, contraria a la R. de 20 de mayo de 2005. Entre la doctrina que se ha referido a estas cuestiones, cfr. *a.e.*, E. Brancós Núñez, 2007, pp. 119-149; 2009, pp. 123-148; I. Espiñeira Soto, 2006; J. Carrascosa González, 2009, II, pp. 748-751; J. C. Martín Romero, 2007, pp. 567-607; R. Cabanas Trejo, R. Bonardell Lenzano, 2007, pp. 350-373; S. Sánchez Lorenzo, 2006; C. Jerez Delgado, 2009, pp. 2531-2559.

(192) Lo que no excluye el reconocimiento del principio de *numerus apertus.*

interno; por último, en materia de bienes inmuebles radicados en España, la competencia judicial internacional recae con carácter exclusivo en los tribunales españoles [arts. 22.1 LOPJ, 22 Convenio de Lugano (193) y 22.1 Reglamento (CE) núm. 44/2001 (194)].

La remisión a la regulación de la ley del lugar donde se halle sito el bien inmueble para determinar el contenido y modalidades del derecho real y los requisitos de acceso a los registros públicos, se halla asimismo prevista, de *lege ferenda,* en la "propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio

---

(193) Nuevo Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007:

"Artículo 22. Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio:

1) En materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado vinculado por el presente Convenio donde el inmueble se hallare sito.

No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los tribunales del Estado vinculado por el presente Convenio donde estuviere domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario fuere una persona física y que arrendador y arrendatario estuvieren domiciliados en el mismo Estado vinculado por el presente Convenio;

2) ..."

(194) Reglamento (CE) número 44/2001:

"Artículo 22. Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio:

1) En materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito.

No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario fuere una persona física y que propietario y arrendatario estuvieren domiciliados en el mismo Estado miembro,

2) ..."

La norma se considera de interpretación estricta. Ha de tratarse de un derecho real oponible y tener como objeto principal un *ius ad rem.*

europeo" (195), que en el comentario al Capítulo I, artículo 1, señala lo siguiente (ep. 4.1): "el Reglamento se aplica a la adquisición por vía sucesoria de un derecho real sobre un bien, pero no al contenido de dicho derecho. El Reglamento no afecta al *numerus clausus* de derechos reales de los Estados miembros, a la cualificación de los bienes y derechos ni a la determinación de las prerrogativas del titular de tales derechos. Por consiguiente, no es válida, en principio, la constitución de un derecho real no reconocido por el ordenamiento jurídico del lugar de situación del bien. La legislación sucesoria no puede tener como consecuencia la introducción en el Estado del lugar en que está situado un bien de un fraccionamiento o una modalidad de derecho de propiedad no reconocido por dicho Estado. A título de ejemplo, no es posible introducir un usufructo en un Estado que no reconozca esa figura. En cambio, la excepción no se aplica a la transferencia por vía sucesoria de un derecho real reconocido en el Estado miembro en el que está situado el bien".

Se excluye igualmente la publicidad de los derechos reales, en particular el funcionamiento del registro de la propiedad y los efectos de la inscripción o no inscripción en dicho registro.

Por su parte, el Considerando (10) de la propuesta de Reglamento señala lo siguiente: "Si bien en el presente Reglamento se ha de abordar la forma en que se adquiere un derecho real sobre los bienes corporales e incorporales tal como prevé la ley aplicable a la sucesión, deben ser las normas nacionales de conflictos de leyes las que establezcan la lista restrictiva (*numerus clausus*) de derechos reales que reconoce el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, cuestión que se rige, en principio, por el principio de *lex rei sitae*. También debe excluirse del ámbito de aplicación del Reglamento la publicidad de estos derechos, en particular el funcionamiento del registro de la propiedad inmobiliaria y los efectos de la inscripción o no inscripción en el mismo, aspectos que regula igualmente la legislación local."

7. LA LEY APLICABLE A LOS NEGOCIOS Y CONTRATOS SOBRE DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

7.1. DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES

Con carácter previo al examen y ámbito del concepto "derecho real inmobiliario" conviene referirse al significado y diferencias que

(195) *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:ES:PDF*

se derivan de los conceptos contrapuestos "derecho real" (de *res:* cosa) y "derecho de crédito", y a determinadas figuras próximas o intermedias.

Los derechos "personales" o "de crédito" atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión; su paradigma es el derecho del acreedor a reclamar, por ejemplo, una suma de dinero. En el campo de los derechos personales o de crédito, se sitúan el derecho a una prestación de servicios (un hacer o un no hacer de otra persona), el derecho a obtener de otra persona la entrega de una suma de dinero, una cosa genérica o una cosa concreta o determinada.

En su concepción clásica, la expresión "derecho real" indica aquella categoría de derechos patrimoniales que se caracteriza por consistir en un poder inmediato del titular sobre una cosa que está protegido frente a todos (*erga omnes*) y su paradigma es la propiedad (196). "Los derechos reales son derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto cosas" (197). En su concepción obligacionista o personalista, el derecho real permite al sujeto activo de la relación derivar utilidad de una cosa prohibiendo o impidiendo a los demás que interfieran en el goce o derivación de la utilidad. En el campo de los derechos reales se sitúan la propiedad sobre los bienes materiales, que es el derecho real total y pleno. La propiedad puede ser plena en acto: propiedad plena, y plena sólo tendencialmente: propiedad gravada; también existen derechos reales no plenos o de poder limitado, como los de utilización y disfrute de cosas ajenas: el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la enfiteusis y el derecho de superficie; las cargas reales (censos) y los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis).

La diferencia entre la propiedad y los derechos reales limitados se halla en su contenido. Los últimos sólo facultan a un dominio parcial de la cosa, mientras que el primero "proporciona el máximo señorío posible [...]. De los actos de señorío privado que el derecho permite, la propiedad los abarca todos, el derecho limitado sólo se refiere a algunos" (198). El derecho subjetivo de propiedad "se diferencia de las demás situaciones jurídicas de carácter real por-

(196) L. Díez-Picazo, 2007, I, pp. 75 y ss. 2008, III, p. 113.
(197) M. Peña Bernaldo de Quirós, 1986, p. 13.
(198) M. Wolff, 1971, p. 329.

que concurren en aquél las notas de unidad, perpetuidad, abstracción y elasticidad" (199).

Es muy discutido en la doctrina establecer si rige o no en nuestro derecho el principio de *numerus clausus* de derechos reales. En el derecho comparado la tendencia claramente mayoritaria se inclina por negar su posibilidad, pues frente a la tesis favorable basada en que es imposible que la norma legal prevea todas las figuras que satisfagan las múltiples exigencias de la realidad, la tesis contraria estima que con un sistema tipificado y cerrado se clarifica ventajosamente el estatuto de la propiedad, que es lo que interesa al orden público y económico, pues de otro modo se dificultarían el tráfico y la explotación de los bienes.

Según el profesor DÍEZ-PICAZO, el sistema de *numerus clausus* tiene vigencia en Alemania, Austria, Argentina, Japón, Finlandia, Holanda, Portugal, Suiza y Suecia. En Francia se discute cuál es el sistema adoptado por la ley y en Italia, después del Código de 1942, la doctrina es prácticamente unánime a favor del *numerus clausus.* No menciona dicho autor ningún sistema que admita decididamente el *numerus apertus* (200). En Escocia existe una versión *"soft"* de dicho principio. En Inglaterra, la doctrina señala que "the *numerus clausus* principle is not recognised. Even though a statutory cap was imposed in 1925, is was ignored by the courts. Thus, they have crea-ted a new proprietary interest called *proprietary estoppel* (meaning that someone who relied on the expectation about a right created by another person will become entitled to that right) and a *right of rectification of a document* to make it conform to the preceding agreement among the parties" (201). Con todo, CLARKE y KOHLER advierten que "in this jurisdiction at least it makes the courts extremely reluctant to recognise new types of property interest, as we see in *Hill* v. *Tupper...*" (202).

En el derecho comparado la doctrina señala que "The reason for the *numerus clausus* rule is plain: Since the real rights are enforceable *erga omnes,* the rights have to be clearly defined in such a way that third parties can know and understand without difficulty the limitation of the ownership. This ratio is, however, accommodated even in those European

(199) E. PÉREZ PÉREZ, 2009, I, p. 3.

(200) L. DÍEZ-PICAZO, 2008, III, pp. 133-135.

(201) C. U. SCHMID *et al.,* 2005, p. 15.

(202) A. CLARKE y P. KOHLER, 2005, p. 160. Sobre esta cuestión en relación con el *civil law* y el *common law,* cfr. S. VAN ERP (2003).

countries in which jurisprudence has created new rights. Ultimately, the important distinction is not, probably, whether the *numerus clausus* rule applies or not, but whether the existing real rights are flexible enough to fit different situations and new needs. Generally, in this respect rights to use (servitudes and easements) give more contractual freedom to the parties than mortgages" (203).

En nuestro derecho, los argumentos a favor del sistema de *numerus apertus* se apoyan en los artículos 2.2.º LH y 7 RH y en la doctrina de la DGRN (204), pero también se pone de relieve que la publicidad registral opera con mucha dificultad en un sistema abierto y la función atributiva del derecho de cosas acaba por confundirse con la función configuradora de la autonomía privada.

En relación con esta cuestión, concluye la doctrina que en nuestro derecho existe un amplio juego para la autonomía de la voluntad a la hora de establecer la regulación legal de los derechos reales típicos, lo que significa que cabe "inventar" nuevos tipos de derechos reales, pero dada su significación económica y política y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, se entiende que esta libertad de creación tiene que ajustarse a determinados límites y respetar normas estructurales o imperativas del estatuto jurídico de los bienes, sin que el principio de libre autonomía de la voluntad pueda funcionar con la misma intensidad que en la configuración de los derechos de crédito.

La cuestión no es tanto en decidir si el número de derechos reales es abierto o cerrado, cuanto en buscar los auténticos límites de la voluntad y la libertad individual al respecto. En este sentido, debe tenerse presente que un derecho real "innominado" no puede contradecir principios reputados de orden público, como el de la libre circulación de los bienes (por ej., amortización de la propiedad con vinculaciones perpetuas o superiores a los límites temporales autorizados); que los derechos que se constituyan han de estructurarse

(203) C. U. SCHMID *et al.*, 2005, p. 15.

(204) RRDGRN, entre otras, de 11 de abril de 1930; 27 de octubre de 1947; 20 de noviembre de 1966; 1 de abril de 1981; 14 de mayo de 1984; 10 de abril, 20 de mayo, 5 de junio de 1987; 28 y 31 de octubre de 1988; 5 de abril, 16 de julio y 5 de diciembre de 2002; 18 de julio de 2005 y 30 de octubre de 2009.

de tal modo que sea posible ejercitarlos en su realidad física material; y que debe imperar el principio de subsidiaridad en el sentido de que no deben admitirse derechos reales atípicos que vengan a satisfacer un interés que ya está reconocido en un derecho real conocido y típico (205).

Según el profesor DÍEZ-PICAZO, el examen de la jurisprudencia registral sobre esta cuestión permite establecer las siguientes conclusiones: "*a)* la voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles; *b)* hay que respetar los preceptos que impiden la amortización de la propiedad; *c)* la manifestación o declaración de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos; *d)* las orientaciones limitativas encierran innegables ventajas porque facilitan la labor de los registradores, favorecen los cálculos de los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos; *e)* para constituir un derecho real es menester que se dé en ello un interés serio y legítimo" (206).

En la reciente resolución de la DGRN de 2 de noviembre de 2009 se trata sobre esta cuestión en los siguientes términos:

"3. Está admitido de manera casi unánime en la actualidad que en nuestro Derecho se sigue el sistema del «numerus apertus». Ello quiere decir que existe libertad entre los contratantes para crear derechos reales innominados o atípicos siempre que el derecho creado tenga las características esenciales del derecho real. Ello, como ha dicho la doc-

(205) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1986, pp. 18-20; J. E. GOMÁ SALCEDO, 2004, pp. 525-528. A este respecto, sin perjuicio del amplio margen existente para el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia, la antigua RDGRN de 11 de abril de 1930 precisa lo siguiente: "... la doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad puede configurar actuaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble, ni justifica la creación de tipos contradictorios de servidumbres, dirigidos de un lado a facilitar el rendimiento industrial de una Empresa y de otro, favorecedores de su desorganización, ni ampara oscuridades [... lo cual] no permite al tercero, por la vaguedad o indeterminación en la expresión de las minas pertenecientes a la Sociedad, determinar sin vacilación ni duda el alcance de los respectivos derechos".

(206) L. DÍEZ-PICAZO, 2008, III, p. 150.

trina más autorizada, supone que se pueden crear derechos reales nuevos, los cuales en su mayoría serán combinaciones o variaciones sobre los existentes. Todo ello tiene como consecuencia que si los contratantes no quieren someterse a una figura de derecho real típica, no existe obstáculo para que se aparten de ella, siempre que no contravengan una prohibición legal. Por ello nada impide que pueda constituirse como servidumbre la figura que en la escritura se configura, sobre todo, teniendo en cuenta que en el campo de las servidumbres donde el Código Civil refleja el reconocimiento en nuestro Derecho del sistema de «numerus apertus» (cfr. artículo 594).

4. Además de ello, en la servidumbre que se constituye no existe la dualidad elementos privativos-elementos comunes típicos de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios, por lo que haría falta una configuración distinta, a la que no se puede obligar, para que los derechos y deberes resultantes pudieran subsumirse en una u otra figura. Del hecho de que la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007 establezca que cuando se superpongan propiedades podrá constituirse complejo inmobiliario no cabe deducir que forzosamente los derechos resultantes hayan de subsumirse en dicha figura.

5. Por otro lado, las consecuencias de los derechos que se crean son distintas que las que derivarían de la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que no cabe obligar a los interesados, en una materia dejada a la autonomía de la voluntad, a aplicar una concreta figura jurídica cuyas consecuencias son distintas a las queridas por ellos."

Otro concepto a considerar en el ámbito de los derechos reales, que lleva fama de ser un "insoluble enigma" [DÍEZ-PICAZO (207)], es el que se refiere a la *posesión* y si puede calificarse como derecho real o no, pues la determinación de su naturaleza jurídica ha sido objeto de numerosas polémicas. El criterio mayoritario de la doctrina se inclina por "admitir la posesión como un hecho productor de consecuencias jurídicas" (208), pero la posesión puede responder a situaciones jurídicas totalmente diversas: la posesión puede configurarse como simple hecho, no subordinada a los derechos; como derecho subjetivo; como derecho real o no distinto de los otros y de naturaleza particular y de cada una de estas situaciones cabe obtener cierta protección jurídica y pueden producirse determinados efectos.

(207) L. DÍEZ-PICAZO, 2008, III, p. 613, con referencia a Meischelder.
(208) J. M.ª CHICO Y ORTIZ, 2000, II, p. 887.

La posesión supone la protección de los bienes en un plano provisional, con independencia de si existe o no un derecho definitivo sobre ellos, por lo que su poseedor puede ser mantenido y reintegrado en el pacífico ejercicio de la misma. En cambio, por medio de la propiedad y demás derechos reales se protege la atribución de los bienes en un orden definitivo. La posesión tiene funciones conectadas con la propiedad y con los demás derechos reales y es necesaria para adquirir la propiedad por ocupación, por tradición y por usucapión.

En relación con el objeto del presente trabajo, la posesión como simple hecho debe regularse por la normativa de derecho interno; en el supuesto de posesiones amparadas en negocios jurídicos, habrá que estar a la regulación del correspondiente supuesto negocial o derecho real que la ampare. En materia registral, la antigua Ley Hipotecaria daba cierto reconocimiento real a la posesión, admitiendo la inscripción de la misma, pero en el derecho vigente esta posibilidad ha desaparecido (art. 5 LH) (209). Lo que antecede significa que no son inscribibles los pactos de posesión en precario o temporal que pueda reservarse el transmitente o que concedan las partes y se entiende sin perjuicio de las presunciones posesorias inherentes al derecho inscrito (arts. 35 y 38.1 LH).

Tradicionalmente el derecho de retener y de recobrar la posesión se protegía por medio de las acciones interdictales. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no regula estas instituciones, pero entre las demandas que han de seguir los cauces del juicio verbal se hallan "las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute" (art. 250.1.4.º LEC). Estas demandas no se admiten si se interponen transcurrido el plazo de un año, a contar desde el acto de la perturbación o el despojo (art. 439 LEC) y la decisión del órgano jurisdiccional no producirá el efecto de cosa juzgada (art. 447.2 LEC). Por otra parte, según se examina más adelante, el artículo 22 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de

(209) Según NÚÑEZ LAGOS, las relaciones entre posesión y Registro enfrentan dos figuras antípodas y antagónicas, una perteneciente al mundo jurídico de los derechos y otra al de la realidad avasalladora de los hechos, lo que genera un constante rechinar de sus piezas al ponerse en contacto (J. M.ª CHICO Y ORTIZ, 2000, II, pp. 887-888).

diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, las acciones referentes a la posesión son de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado donde el inmueble se hallare sito.

Junto a las figuras tipo del derecho real y el derecho de crédito, la doctrina también se refiere a determinadas *figuras intermedias* o mixtas en que hay derecho de crédito con trascendencia real o derechos reales que pueden tener un contenido obligacional (210).

Entre las primeras, aunque en ciertos supuestos la doctrina señala que estas situaciones también pueden resolverse sin salirse de los conceptos tradicionales de derecho real y personal, cabe referirse a las siguientes: la eficacia del derecho del comprador (derecho personal) frente al segundo comprador (art. 1473 CC), o la eficacia *erga omnes* de un derecho personal anotado en el Registro de la Propiedad (art. 42.1.º LH); el derecho de arrendamiento, especialmente en el supuesto de arrendamientos inscritos o regidos por la legislación especial (LAU, LAR), en que parte de la doctrina lo califica como derecho real, y determinadas facultades de ciertos derechos de crédito como el llamado derecho retención o privilegios.

Entre las segundas, se sitúan los derechos reales *in faciendo* u obligaciones *propter rem*. El ejemplo más aludido en el primer caso se refiere a la servidumbre de apoyo o de carga (*oneris ferendi*), en que la conservación en buen estado del muro o columna incumbe al dueño del predio sirviente, pero la figura es muy cuestionada porque la propia servidumbre exige no lesionar el derecho ajeno a través del modo de tener la cosa propia. En el segundo caso, la existencia de obligaciones puede observarse en determinadas situaciones reales, como la obligación de contribuir a los gastos de la copropiedad y en el régimen de la propiedad horizontal, la de pagar la pensión en los censos, las obligaciones derivadas del usufructo o la de contribuir a los gastos de reparación en los muros medianeros.

Por último, respecto a la naturaleza personal o real de los arrendamientos de bienes inmuebles, la doctrina se halla dividida, defendiéndose dicho carácter de "realidad" o de "apariencia real" para los inscritos frente a la regla general del CC, pues la inscripción deter-

(210) M. Peña Bernaldo de Quirós, 1986, pp. 20-23; J. E. Gomá Salcedo, 2004, pp. 518-523.

mina la persistencia y vinculación del derecho del arrendatario frente al nuevo dueño. No obstante, la persistencia del arrendamiento –incluso respecto de los no inscritos regulados por leyes especiales– no significa que el arrendatario se halle investido de un derecho real, pues la prórroga forzosa significa algo distinto que la reipersecutoriedad. Con todo, aunque este derecho se califique de derecho personal debido a que estos arrendamientos suponen una ampliación del efecto vinculante del contrato, este efecto tiene una fuerte incidencia en la cosa y convierte al nuevo dueño en un obligado *propter rem* (211).

Como observa P. GARRIDO, "In theory, the rights of the tenant are not rights *in rem* or encumbrances, but purely personal rights, and the property itself continues to belong to the landlord. However, the effectiveness of these rights against third parties is so great that they are frequently seen as a *ius ad rem,* or a *tertium genus,* between personal rights and encumbrances. Whenever the property rented out for residential use is sold within the first five years of the rental contract, the buyer must respect the contract until it comes to an end. In other cases (that is, if the housing has been rented out for more than five years, or if the property is used for something other than residential purposes), the buyer need only respect the tenant's rights if they are registered in the Land Registry" (212).

La doctrina de derecho comparado señala lo siguiente: "The distinction ratione materiae introduced here between *full ownership rights* and *limited (subordinate) rights,* that category being subdivided into rights of use, security interests and pre-emption rights, is able to accommodate virtually all rights in rem to be found in European systems today. However, on the margin of real property rights, one finds similar rights which do not enjoy full proprietary status, but have functions analogous to those of property rights. To this Group belong firstly (continental) *lease contracts,* in particular agricultural, residential and commercial ground leases. Under the generally recognised principle *«emptio non tollit locatum»,* i.e. that the sale of premises does not affect existing lease contracts (see e.g. § 566 BGB = § 571 BGB old version). The position of the lessee (tenant) is particularly strong in Swedish law where leases may be registered and, under that condition, prevail even over mortgages in executionary sales.

(211) J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, 1999, II, p. 118.

(212) P. GARRIDO, 2005, p. 7.

Another equivalent instrument to ownership rights are *corporation law constructs* according to which people do not own houses, but shares in companies which are the registered owners. Such constructs play a huge rule ex-Communist systems such as Poland (even though they are gradually replaced by ownership there) and, by tradition, in Scandinavia" (213).

Una vez se han examinado en sus rasgos básicos los conceptos derecho real/derecho de crédito y ciertas figuras o instituciones intermedias, volviendo ahora a la regulación prevista en el artículo 4.1.*c)* Reglamento Roma I, en materia de bienes inmuebles y a falta de elección de la Ley aplicable realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, la norma aplicable es la siguiente: *"el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble".*

Por su parte, la letra *d)* del mismo artículo establece una excepción a la Ley aplicable a los arrendamientos, al disponer que *"el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en este mismo país".*

7.2. ÁMBITO MATERIAL DE LA EXPRESIÓN "DERECHO REAL INMOBILIARIO"

Señala BIONDI que la distinción entre bienes muebles o inmuebles según puedan transportarse de un lugar a otro o por fuerza propia o por hecho del hombre, física e intuitivamente, no presenta dificultad. La clasificación entre bienes muebles e inmuebles se presenta casi en todos los pueblos y en todas las épocas. En la Glosa la distinción entre *mobiles* e *immobiles* se convierte en la *summa divisio* de las cosas. Pero si el suelo siempre es considerado bien inmueble y la noción de inmuebles que se identifica con el terreno es antigua, hay bienes que aun siendo físicamente muebles por razones particulares pueden ser declarados inmuebles por la Ley,

(213) C. U. SCHMID *et al.*, 2005, p. 19.

de aquí que la inclusión en una u otra categoría no es obra de interpretación, sino de la voluntad legislativa (214).

> La doctrina de derecho comparado señala que "There is no uniform and generally accepted classification of real property rights in Europe. Ratione materiae, one may however distinguish between the *full ownership rights* and *limited (subordinate) rights* on the land of another person such as *rights to use* (e.g. usufruct, servitudes, habitation rights, trust life rents in England and Scotland, and different kinds of easements or, synonymously, servitudes) *security rights interests* (i.e. mortgages, liens, charges and rent charges), and *pre-emption rights* established by contract or statute (such as pre-emption rights in favour of local governments).
>
> In England, the primordial distinction between common law and equity leads to a somewhat different overall situation: not only the direct equivalents to *full ownership, freehold and commonhold estates,* but also limited rights conferring absolute possession such as leaseholds and equitable beneficial interests under trusts are regarded as (time-limited) ownership rights. Finally, there are everywhere subordinate rights which enjoy limited proprietary status only" (215).

Para determinar el ámbito material de la expresión "derecho real inmobiliario" contenida en el citado artículo 4.1.*c)* Reglamento Roma I, conviene referirse a la doctrina interna, el derecho positivo comparado y comunitario y determinadas referencias jurisprudenciales.

1. *Doctrina de derecho comparado.* Como sea que pueden existir derechos que se consideran "reales" en un país y que no lo son en otro, para situar el concepto "derecho real inmobiliario" en la doctrina de derecho comparado se mantienen dos tesis diferentes:

---

(214) B. Biondi, 2003, p. 102. En nuestro derecho un caso singular es el que prevé el artículo 1 de la Ley de 21 de agosto de 1893 de Hipoteca Naval, que para el solo efecto de la hipoteca naval "se considerarán tales buques como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de Comercio". En el derecho holandés las colmenas se califican de bienes muebles y en el derecho francés de bienes inmuebles por destinación.

(215) C. U. Schmid *et al.*, 2005, p. 15.

a) La tesis conflictual o "tesis Schlosser". La Ley del país de situación del inmueble es la que debe establecer el carácter de derecho real de la relación jurídica contemplada. Esta tesis se justifica por la importancia de la regla *lex rei sitae.*

b) La tesis de la interpretación autónoma o "tesis Gothot/ Holleaux". El concepto de derecho real debe definirse a partir del propio Reglamento y no debe tomarse de un derecho nacional concreto. Con esta tesis se pretende lograr una aplicación propia y autónoma de la norma comunitaria. A pesar de ello, esta tesis tampoco puede desconocer la importancia de los principios generales y rasgos que caracterizan el derecho de la propiedad y los derechos reales.

La tendencia jurisprudencial del TJCE favorece la aplicación de una interpretación autónoma, pero respecto de los bienes registrables cabe afirmar que esta tesis no puede formularse obviando las instituciones y normativa legal básica o imperativa existente en los respectivos derechos internos, lo que puede afectar a la calificación de la naturaleza mueble o inmueble del bien y del derecho inscribible y a los requisitos de derecho material, preferencias y normas de procedimiento que rigen su acceso registral.

2. *Doctrina y normativa de derecho interno.* En relación con el ámbito material de la expresión es de interés la afirmación contenida en la anteriormente citada resolución DGRN de 23 de febrero de 2004, que a efectos comunitarios y especialmente respecto del Reglamento Bruselas I, dice que por *"derecho real inmobiliario debe entenderse cuanto derecho subjetivo o facultad atribuya a su titular un derecho exclusivo o preferente sobre un bien inmueble, ya sea propiedad, disfrute, o cualquier otra facultad sobre el mismo susceptible de ser respetada por terceros y amparada por el ordenamiento jurídico que debe otorgar su protección"* (216).

(216) Por otro lado, en la propuesta armonizadora de reglas comunes para un Registro de la Propiedad europeo, el artículo 1:103 define el derecho real inmobiliario como sigue: *"Se entiende por derecho real inmobiliario el que, conforme a la legislación sustantiva que en cada caso resulte aplicable, permite imponer el poder jurídico que corresponde a su titular, que se refiere a una finca concreta y determinada, a cualquier persona que posea ésta o de cualquier modo perturbe su ejercicio."* Cfr. P. DE PABLO *et al.*, 2009, p. 677). Esta definición parece inclinarse por la remisión a la

En el derecho interno, y en relación con los bienes inmuebles, el artículo 10.1.1, primer párrafo, CC, establece que "La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen". El artículo 333 CC dispone que "Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles". El concepto de cosa debe entenderse como todo aquello que es susceptible de ser adquirido o transmitido por hallarse "dentro del comercio de los hombres" (art. 1271 CC). A su vez, el artículo 334 CC establece una clasificación de distintos bienes a los que atribuye dicha naturaleza (217).

A partir de la clasificación de bienes prevista en el citado artículo, la doctrina jurídica española, con ligeras matizaciones, establece los siguientes cuatro grupos de bienes inmuebles:

a) Inmuebles por naturaleza: El suelo o "tierras", las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanezca unida al yacimiento, y las aguas vivas y estancadas (arts. 334.1.º y 8.º CC).

b) Inmuebles por incorporación: Los "edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo"; "los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formando parte integrante de un inmueble"; "todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse

---

Ley del lugar y respecto del objeto correlaciona el derecho real respecto de "una *finca* concreta y determinada".

(217) La Ley del Patrimonio Histórico Español prevé la siguiente clasificación de bienes inmuebles:

"Artículo 14. 1. Para los efectos de esta Ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su entorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos.

2. Los bienes inmuebles integrados en el Patrimonio Histórico Español pueden ser declarados Monumentos, Jardines, Conjuntos y Sitios Históricos, así como Zonas Arqueológicas, todos ellos como Bienes de Interés Cultural."

de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro de su objeto" (arts. 334.1.º, 2.º y 3.º CC). En su caso, la adscripción a este grupo se produce desde el momento de su incorporación al suelo y cesa con su separación.

c) Inmuebles por destino: Se trata de muebles por naturaleza que son destinados por su propietario al servicio de inmuebles y siguen sus vicisitudes. En este grupo se incluyen los siguientes bienes: "Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo"; "Las máquinas, vasos e instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación, que se realice en un edificio o heredad y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de la explotación misma"; "Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente", "Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse" (arts. 334.4.º, 5.º, 6.º y 7.º CC). En este grupo se incluyen las denominadas "pertenencias", categoría que incluye aquellos bienes que sin tener un ligamen de tipo material tienen un vínculo económico y jurídico por hallarse al servicio u ornamentación de otra cosa. Esta categoría ha sido denostada por la doctrina, pero la doctrina jurisprudencial recurre a ella en numerosas ocasiones.

d) Inmuebles por analogía: Se trata de bienes que no son intrínsecamente inmuebles, pero que en virtud de esta disposición legal se asimilan a éstos a efectos de recibir su régimen jurídico. En este grupo se incluyen "Las concesiones administrativas y demás derechos reales sobre bienes inmuebles" (art. 334.10.º CC).

En materia urbanística, el artículo 17 de la Ley del Suelo (218) se refiere a los conceptos de *finca* y *parcela*: La "finca" consiste en "la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la

(218) Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral", y la "parcela" consiste en la "unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente".

En la esfera del derecho administrativo-tributario, el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (BOE de 8 de marzo de 2004), distingue entre bienes inmuebles urbanos y rústicos y de categorías especiales (219). La referencia catastral es el identificador oficial y obligatorio de los bienes inmuebles y consiste en un código que es asignado por el Catastro de manera que todo inmueble debe tener una única referencia catastral. La referencia catastral permite la localización e identificación de los bienes inmuebles

(219) "Artículo 6. *Concepto y clases de bien inmueble.*

1. A los exclusivos efectos catastrales, tiene la consideración de bien inmueble la parcela o porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita, a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios *pro indiviso* y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño, y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble.

2. Tendrán también la consideración de bienes inmuebles:

a) Los diferentes elementos privativos de los edificios que sean susceptibles de aprovechamiento independiente, sometidos al régimen especial de propiedad horizontal, así como el conjunto constituido por diferentes elementos privativos mutuamente vinculados y adquiridos en unidad de acto y, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, los trasteros y las plazas de estacionamiento en «pro indiviso» adscritos al uso y disfrute exclusivo y permanente de un titular. La atribución de los elementos comunes a los respectivos inmuebles, a los solos efectos de su valoración catastral, se realizará en la forma que se determine reglamentariamente.

b) Los comprendidos en el artículo 8 de esta Ley.

c) El ámbito espacial de un derecho de superficie y el de una concesión administrativa sobre los bienes inmuebles o sobre los servicios públicos a los que se hallen afectos, salvo que se den los supuestos previstos en las letras anteriores.

3. A cada bien inmueble se le asignará como identificador una referencia catastral, constituida por un código alfanumérico que permite situarlo inequívocamente en la cartografía oficial del Catastro."

en la cartografía catastral y por medio de la misma se conoce de qué bien inmueble se trata en los negocios jurídicos que les afecten, lo que, entre otros fines, redunda en una mayor seguridad y facilita las actuaciones de recaudación, verificación y control de las haciendas públicas.

En el derecho registral inmobiliario, en virtud del principio de especialidad o determinación, considerado básico en nuestro sistema registral, como consecuencia de la llevanza del Registro por el sistema de folio real, se afirma que la "finca" constituye la base física que abre folio registral y que el Registro se llevará por fincas, abriendo uno particular a cada una de ellas, donde se refleja su historial jurídico (arts. 8 y 243 LH).

No obstante, la definición del concepto de finca no es fácil, pues no siempre es posible asimilar el concepto de finca con el de bien inmueble, según este último está configurado en el citado artículo 334 CC y "a lo más que podría llegarse es a considerar que toda finca es un inmueble, pero no todo inmueble es una finca" (220), lo que ha motivado que la doctrina haya propuesto diferenciar entre "cosas registrables" y "no registrables". En todo caso, la clasificación de las fincas, los requisitos que deben reunir éstas y los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, susceptibles de ser inscritos a favor de las personas titulares de los mismos en el Registro de la Propiedad, se hallan básicamente regulados en la Ley y Reglamento Hipotecario.

En este sentido, la doctrina distingue entre finca en sentido material y en sentido registral:

— En sentido *material* "la finca no pasa de ser una superficie delimitada que forma una unidad en el tráfico jurídico, estando siempre en el mismo sitio y respondiendo a una determinación geográfica. A esa imagen de la horizontalidad, propia del campo rústico, es necesario añadir el de la verticalidad que implica un «volumen» que penetra en la superficie que sobresale de la misma, que nos permite ubicar fincas urbanas" (221).

— En sentido *registral,* la finca no se identifica en el concepto anterior, sino que se determina por la posibilidad de ser considerada

(220) J. M.ª Chico y Ortiz, 2000, I, p. 459.

(221) J. M.ª Chico y Ortiz, 2000, I, p. 463.

en forma autónoma, como un ente independiente. Técnicamente es finca, en el sentido registral, todo lo que abre folio especial (222). Para el Registro, señalan LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, "la finca no es necesariamente una superficie delimitada por los cuatro puntos cardinales, o individualizada por signos físicos: al contrario, la cualidad de *finca registral* la determina una circunstancia puramente formal, como es la de figurar una cosa o un derecho inmueble como objeto de un folio registral: es finca todo lo que abre folio en el Registro [...] Por consiguiente, una finca registral puede ser parte de una material o comprender, en todo o en parte, varias materiales, o referirse a bienes que, aunque cuando se les permite figurar en el Registro como *finca,* no se consideran tales en el concepto vulgar ni se adaptan a la regulación legal de las fincas rústicas o urbanas" (223). Por su parte, GARCÍA GARCÍA define la finca registral como "un bien inmueble consistente en el espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con una titularidad unitaria, y que es objeto de tráfico jurídico como una unidad, y por ello, susceptible de abrir folio registral, conforme al principio de especialidad" (224).

La distinción en el derecho patrimonial privado entre bienes muebles e inmuebles prevista en el derecho comparado más próximo es conforme, fundamentalmente, con el esquema acabado de exponer.

En el *Codice Civile italiano* revisten especial interés lo previsto en los artículos 812 y 813 de este cuerpo legal:

> "Artículo 812. *Distinzione dei beni.*
>
> Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo.

(222) Para una relación de fincas registrales especiales, cfr. S. TAMAYO HAYA, 2009, pp. 414-422.

(223) J. L. LACRUZ BERDEJO, F. de A. SANCHO REBULLIDA, 1968, pp. 73-74.

(224) Citado en J. M.ª CHICO Y ORTIZ, 2000, I, p. 465. Por otra parte, en el ámbito registral existe el denominado "Identificador Único de Finca Registral" (IDUFIR), que consiste en un número que identifica la finca de forma inequívoca en cualquier Registro de la Propiedad de España, y no sólo en el Registro de origen. Este número no tiene nada que ver con el número de finca registral.

Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo o sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione.

Sono mobili tutti gli altri beni."

"Artículo 813. *Distinzione dei diritti.*

Salvo che dalla legge risulti diversamente, le disposizioni concernenti i beni immobili si applicano anche ai diritti reali che hanno per oggetto beni immobili e alle azioni relative; le disposizioni concernenti i beni mobili si applicano a tutti gli altri diritti."

En el derecho italiano, para que un derecho siga el régimen de los bienes inmuebles se precisan dos requisitos: *a)* que se trate de un derecho real, y sólo lo son aquellos derechos taxativamente establecidos por la Ley, quedando incluidas en esta categoría las concesiones administrativas (derecho de derivación de agua, de pesca, de almadraba, etc.), siempre que se desprenda de su contenido la posibilidad de hacer valer frente a quienquiera el respectivo derecho; *b)* que el derecho real tenga como objeto bienes inmuebles. La doctrina observa que estas normas no se refieren al derecho de propiedad, a pesar de ser el derecho real típico y más importante, pero esta omisión se justifica porque decir que derecho de propiedad sobre inmueble es inmueble, no tiene sentido. Es preferible referirse a la cosa en vez de al derecho y es la cosa la que constituye objeto de derechos (225).

Por lo que atañe a la Ley que rige el régimen estatutario de los bienes inmuebles, el artículo 51 de la "Ley de 31 de mayo de 1995, de Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado" establece lo siguiente:

"Artículo 51. *Possesso e diritti reali.*

1. Il possesso, la proprietà e gli altri diritti reali sui beni mobili ed immobili sono regolati dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano.

2. La stessa legge ne regola l'acquisto e la perdita, salvo che in materia successoria e nei casi in cui l'attribuzione di un diritto reale dipenda da un rapporto di famiglia o da un contratto."

Según la doctrina, este último inciso permite distinguir entre los aspectos puramente obligacionales de los reales, pero por remisión al apartado 1, la *lex rei sitae* siempre debe gobernar la transmisión del dominio.

(225) B. Biondi, 2003, p. 122.

Por último, en relación con el régimen de la publicidad registral, el artículo 55 dispone lo siguiente:

"Artículo 55. *Pubblicità degli atti relativi ai diritti reali.*

1. La pubblicità degli atti di costituzione, trasferimento ed estinzione dei diritti reali è regolata dalla legge dello Stato in cui il bene si trova al momento dell'atto."

En el derecho francés, el *Code Civil* prevé una enumeración de bienes inmuebles en forma análoga, y en algunos extremos, algo más detallista que la establecida en el artículo 334 del Código Civil y se halla prevista en los artículos 517-526 del *Code.*

Este cuerpo legal distingue explícitamente las distintas categorías de bienes inmuebles en el artículo 517, que dispone lo siguiente: "Los bienes son inmuebles, o por su naturaleza, o por su destino, o por el objeto al que se apliquen." Por su parte, el artículo 526 dispone que: "Son objetos inmuebles, por el objeto al que se aplican: El usufructo de los bienes inmuebles; Las servidumbres o servicios hipotecarios; Las acciones que tiendan a revindicar un inmueble."

Por lo que se refiere al estatuto de los bienes inmuebles, el artículo 3, párrafos primero y segundo, del *Code Civil,* disponen lo siguiente: "Las leyes de policía y las de seguridad obligan a todos los que se hallen en el territorio./ Los inmuebles, incluso los poseídos por extranjeros, se regirán por la ley francesa./..." (226).

En los artículos 94-97, el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch,* BGB) se refiere a los inmuebles de forma escueta, mientras que la regulación de los derechos reales de goce, uso, servidumbres y garantías reales inmobiliarias se halla en los artículos 1018 y siguientes del Código Libro III (Ley de Propiedades). El artículo 43.1 de la Ley Introductoria del Código Civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche,* EGBGB) prevé la aplicación de la regla *lex rei sitae* a los derechos reales.

(226) "Article 3. Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger."

"§ 94 *Wesentliche Bestandteile eines Grundstücks oder Gebäudes*

(1) Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Samen wird mit dem Aussäen, eine Pflanze wird mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks.

(2) Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes gehören die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen" (227).

"Art 43 *Rechte an einer Sache.*

(1) Rechte an einer Sache unterliegen dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet.

(2) Gelangt eine Sache, an der Rechte begründet sind, in einen anderen Staat, so können diese Rechte nicht im Widerspruch zu der Rechtsordnung dieses Staates ausgeübt werden.

(3) ..." (228).

La doctrina señala que el legislador alemán distingue dentro del derecho de cosas un derecho inmobiliario y un derecho mobiliario

---

(227) Fuente: http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html

Versión en lengua inglesa:

"Section 94. *Essential parts of a plot of land or a building*

(1) The essential parts of a plot of land include the things firmly attached to the land, in particular buildings, and the produce of the plot of land, as long as it is connected with the land. Seed becomes an essential part of the plot of land when it is sown, and a plant when it is planted.

(2) The essential parts of a building include the things inserted in order to construct the building."

Fuente: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html

(228) Fuente: http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html.

Versión en lengua inglesa:

"Art. 43. *Rights in rem*

(1) Interests in property are governed by the law of the country in which the property is situated.

(2) If an item, to which property interests attach, gets into another country, these interests cannot be exercised in contradiction to the legal order of that country.

(3) ..."

Fuente: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#BGBEGengl_000P43.

de contenido muy diverso, pero manteniendo, sólo en pocos aspectos, los principios iguales o coincidentes en lo principal. Por otra parte, las disposiciones que rigen respecto de las fincas son también aplicables a ciertos derechos sobre las fincas.

Finalmente, en el derecho anglosajón se distingue entre *"real property"*, que comprende los siguientes grupos de bienes: *"immovable properties that include ownership of land, building and many legal relationships between the owners of the real estate"*. Este concepto se contrapone con el *"personal property"*, también conocido como *"chattles"*, que se refiere a los bienes tangibles e intangibles, como las acciones, los bonos bancarios, patentes y marcas.

No obstante, a pesar de que la distinción entre bienes muebles e inmuebles se halla nítidamente admitida en el derecho comparado, según se ha indicado, no existe una clasificación de los derechos reales inmobiliarios que sea uniformemente aplicable a todos los ordenamientos jurídicos. De ello se sigue que para calificar si determinado negocio puede incardinarse o no en el concepto "derecho real inmobiliario" y aplicar al supuesto de hecho sus lógicas consecuencias, habrá que tener presente la correspondiente regulación de derecho interno, sus efectos en relación con la cosa y frente a terceros y, en su caso, su tratamiento registral.

3. *Derecho comunitario.* El artículo 22 del Reglamento núm. 44/2001 comprende únicamente las acciones reales relativas a inmuebles, pero no alcanza a las acciones personales –con la excepción del arrendamiento– ni a las mixtas –como las acciones de anulación, rescisión o resolución de un contrato de venta de inmuebles.

Según la doctrina del TJCE sólo se incluyen en dicho ámbito las acciones "destinadas a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes y a garantizar a los titulares de tales derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos" (auto TJCE de 5 de abril de 2001, asunto Gillard; STJCE de 10 de enero, asunto Reichert I) (229). De acuerdo con la doctrina del TJCE y de la DGRN antes citada, "un «derecho real» es aquel que

(229) A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, 2009, I, p. 126.

surte efectos con respecto a todos, mientras que el «derecho personal» únicamente puede invocarse contra el deudor" (230).

7.3. LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL LUGAR DONDE RADIQUEN LOS INMUEBLES

Según se ha indicado, en nuestro derecho, el artículo 10.1 CC establece que "La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles", y esta solución también responde a la tesis tradicionalmente seguida en el derecho comparado y sigue la tendencia seguida en los países de *common law.* Como observa B. AUDIT, "Les droits réels, principaux et accesoires, sont universellement soumis en principe à la loi du lieu de situations des biens".

La remisión a la Ley del país donde se halle sito el inmueble conlleva que el contrato –sin perjuicio de la amplia modulación obligacional y real al amparo del principio de autonomía de la voluntad según se halle prevista en el respectivo ordenamiento– y los derechos reales que puedan derivar de aquél, queden sujetos a la misma Ley estatal.

El principio de remisión a la Ley del lugar del inmueble se explica por razones históricas, prácticas y de seguridad jurídica, y satisface tanto los intereses de los particulares, los intereses públicos y los del comercio internacional.

En el supuesto de bienes inmuebles, entre las ventajas de seguridad jurídica de la regla *"lex rei sitae",* la doctrina se refiere a las siguientes (231): facilidad de precisión de la Ley aplicable; previsibilidad de la Ley aplicable tanto para las partes como para los terceros, lo que conduce a la seguridad de las transacciones; armonía internacional de soluciones, por tratarse de la solución acogida en la mayoría de los sistemas estatales de DIPr.; y garantías del efecto útil de la legislación del país en cuyo territorio se

(230) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, I, p. 128. También se refiere al "derecho real" el artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, en texto que se cita más adelante.

(231) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, pp. 719 y ss.

hallan los bienes. Como observa la doctrina de derecho comparado al referirse a la fuerza del estatuto real en los bienes inmuebles: "L'enracinement de l'immeuble induit son enracinement juridique. Cette notion de rattachement indéfectible de l'immeuble à la loi de situation est chère au droit international privé" (232), o en otros términos, "Acquisition of real property means taking roots in a certain territory; thus, one can justifiably be required to acquaint oneself with the applicable local legislation. What, after all, is more territorial than rights affecting territory?" (233). En suma, "The lex rei sitae rule applies to the transfer of immovable property without any exception everywhere in Europe"; "«Lex rei sitae» is probably the oldest and most universally recognised principle of international private law. Everybody understands that a different set of land law rules might apply for land situated in another state" (234).

En los Estados de derecho, esta conexión también se justifica por razones de eficiencia económica: generalmente, el lugar donde se encuentra el bien designa las relaciones de oponibilidad y policía referentes al bien; generalmente, dicho lugar determina la Ley previsible para las partes que contratan, adquieren o transfieren derechos sobre dicho bien; la aplicación de la Ley donde radique el bien evita costes de información excesivos acerca de su estatuto jurídico y las cargas, afecciones, gravámenes, derechos y tributos que pueden afectarle, pues a cualquier operador le bastará con consultar el ordenamiento del lugar de situación del bien; en su caso,

---

(232) M. F. BRULE-GADIOUX, E. LAMOTHE, 2005, p. 249. Por su parte, B. AUDIT (2008, p. 141) pone de relieve que "Les «intérêts du commerce international» n'ont en cette matière qu'un rôle très restreint. Le caractère international des échanges dont les immeubles peuvent faire l'objet ne tient pratiquement qu'à la nationalité des personnes ou au lieu de conclusion des actes. Aucun de ces facteurs ne pèse sérieusement face à la localisation du bien. Les particuliers qui procèdent à des opérations sur les immeubles, lors même qu'ils sont étrangers au pays où les biens son situés, ont pour souci premier la sécurité de leurs droits et doivent savoir que celle-ci es assurée par la respect de la loi locale. Quant aux États, ils n'ont guère d'intérêt à vouloir étendre l'application de leur loi hors de leur territoire; une considération élémentaire de réciprocité leur commande de s'en tenir au principe que chacun doit rester maître chez soi."

(233) O. REMIEN, 2005, p. 3.

(234) C. U. SCHMID *et al.*, 2005, pp. 82 y 8.

dicho lugar generalmente posibilitará determinar los antecedentes referentes a la cadena de titularidades y transmisiones anteriores y conocer la información catastral y registral disponible necesaria para establecer el *status* fáctico y jurídico-real del mismo (235). Todo este conocimiento y efectos difícilmente podrán producirse con la misma intensidad y eficiencia partiendo de situaciones que excluyan la aplicación de la *lex rei sitae,* lo que supondría la introducción de factores desconocidos de aleatoriedad y riesgo que irían en sentido contrario a los principios básicos en los que se fundamentan los intereses generales, la seguridad jurídica, estática y dinámica, de la propiedad, la protección del tráfico y la eficiencia de las transacciones económicas.

Por lo que se refiere a la Ley aplicable, la versión anterior del Reglamento de Roma I, el artículo 4.3 del Convenio de Roma, establecía a título de presunción que en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble *"se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble".*

Actualmente, doctrina y Reglamento dejan abierta la posibilidad de que la Ley aplicable al contrato pueda ser distinta a la Ley donde se halle el inmueble, pero aun en el supuesto de que ello sea así, esto no significa que la Ley del país donde se halle sito el bien y reguladora de la transmisión pueda soslayarse o quedar excluida o marginada, pues cabe deducir que en todos los casos, la transmisión y el estatuto jurídico de la propiedad deberá adecuarse al modelo o sistema legal de transmisión existente y cumplir las normas legales del país que la regulan en lo que atañe a las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo, normas imperativas, normas de policía y orden público y de acceso a los registros públicos, y, en su caso, requisitos de validez formal, de aquí la vigencia multisecular, tanto en el derecho interno como en el derecho comparado, de la regla o principio *lex rei sitae* y las ventajas conflictuales y de seguridad jurídica que cabe inferir de la adopción de este principio.

En el supuesto de que las partes prevean una Ley aplicable al contrato inmobiliario distinta a la Ley del país donde el inmueble se halle radicado, cabe afirmar que esta regulación solamente

(235) J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, 2009, p. 584.

puede alcanzar al ámbito obligacional referente al derecho dispositivo, sin que ello pueda incidir en elementos nucleares del negocio que afecten la protección de terceros o que sean contradictorios con la seguridad jurídica de la contratación o con las normas imperativas y de orden público o económico del país donde el bien se halle situado.

Sin excluir las amplias posibilidades de configuración negocial ofrecidas por el respectivo ordenamiento, el ejemplo que ofrece BRANCÓS NÚÑEZ es muy ilustrativo al respecto y evidencia los inconvenientes e inseguridades que se generarían en el tráfico jurídico en el caso de no reconducir en sus aspectos nucleares o básicos la regulación de la transacción inmobiliaria a la Ley del lugar de situación del bien inmueble (236).

Si la venta de un inmueble sito en territorio español se sujetase al derecho francés, la propiedad de la finca se entendería transmitida *solo consensu,* o sea, por el solo acuerdo de las partes; si la venta se sujeta al derecho español, la transmisión se producirá cuando concurran el contrato (título) y la *traditio* (modo); si se sujetara al derecho alemán, la transmisión se producirá cuando la *Auflassung* (*"dimissio possessionis"*) se inscriba en el Registro de la Propiedad. Imaginemos que un acreedor del deudor embarga la finca del vendedor después de la celebración del contrato. En el primer caso, no cabría el embargo, puesto que la finca es ya de un tercero; en el derecho español triunfaría el acreedor si todavía no se ha producido la *traditio;* en el tercer caso, el plazo se extendería hasta el momento de la inscripción. Este orden de prioridades sería inverso si se tratase de un acreedor del comprador. El ejemplo podría complicarse llegando a extremos kafkianos, a medida que se introdujeran nuevos sistemas transmisivos. Si la venta se sometiese al derecho inglés, en que pueden aparecer *actual occupants* protegidos por *overriding interest* o estableciendo para transmitir un inmueble situado y registrado en suelo español que tuviera que recurrirse a la doctrina de la *notice* que impone la averiguación de las titularidades precedentes.

De ello cabe concluir, siguiendo al autor citado, "que el Reglamento Roma I sólo pretende regular relaciones entre partes, pero frente a terceros tiene que ceder el terreno a una única norma que,

(236) E. BRANCÓS NÚÑEZ, 2009, p. 129.

por descontado, no puede ser electiva. Las prioridades frente a terceros no pueden «excluirse mediante acuerdo» de las partes" (237).

Esta solución es igualmente coherente con lo previsto en el artículo 22 del "Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", que atribuye competencia exclusiva, "sin consideración del domicilio: 1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito" (238), y el propio Reglamento Roma I, en su Considerando (7), pone de relieve que "El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)".

La competencia judicial exclusiva se justifica por entenderse que no existe mejor órgano jurisdiccional para conocer sobre estas materias que los jueces que estas normas designan (TJCE, sentencia de 14 de diciembre de 1977, Asunto Sanders c. van der Putte, 73/77) (239), en consideraciones de buena administración de la justicia (S. de 17 de mayo de 1994, asunto Webb c. Webb, 194/92,

---

(237) E. Brancós Núñez, 2009, p. 129. En suma, "la elección de la ley aplicable puede alcanzar a las obligaciones contraídas en relación a un «contrato que tenga por objeto un bien inmobiliario» pero sin que ello permita alterar «el modelo organizativo diseñado por el legislador español»" (ibídem, p. 131).

(238) Por excepción, el párrafo segundo de esta norma reconoce competencia concurrente a los tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, siempre que el arrendatario fuere una persona física y que propietario y arrendatario estuvieren domiciliados en el mismo Estado miembro.

(239) Esta sentencia se refiere al artículo 16.1 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de deci-

apt. 16), y en la existencia de un vínculo particularmente estrecho entre el objeto de la demanda y el territorio en el cual el tribunal reside [Asunto Sanders, 73/77, aptdo. 17 (240)].

También cabe recordar, en sentido concordante, lo previsto en los artículos 8 y 5 del "Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia", que

---

siones en materia civil y comercial, que sitúa el concepto en sus términos estrictos y razona como sigue:

"6. que Sanders a été débouté aux motifs que, dans le contrat en cause, l'accent n' était pas tant mis sur le loyer ou la location d ' un immeuble, que sur l' exploitation d' un commerce, et qu'en cette matière ne jouait pas la justification se trouvant a la base de la compétence exclusive prévue audit article 16,1, selon lequel les baux et loyers d'immeubles sont généralement régis par des dispositions législatives particulières rendant preferable l'application de ces dernières par les juges du pays ou elles sont en vigueur;

[...]

13. qu'en effet, les litiges concernant des droits réels immobiliers sont a juger selon les règles de l'état ou l'immeuble est situé, et que les contestations entrainent, en effet, fréquemment des vérifications, des enquêtes, et des expertises qui doivent être faites sur place, de sorte que l'attribution d' une compétence exclusive répond a l'intérêt d' une bonne administration de la justice;

14. que les baux immobiliers sont généralement régis par des règles particulières, et qu'il est preferable que l'application de ces dispositions ne relève, notamment en raison de leur complexité, que des juges du pays ou elles sont en vigueur;

15. que ces considérations expliquent l'attribution en matière de baux d' immeubles proprement dits, c' est-à-dire notamment de contestations entre bailleurs et locataires relatives a l'existence ou a l'interprétation de baux ou a la réparation de dégâts causés par le locataire et a l'évacuation des locaux, d' une compétence exclusive aux tribunaux du pays ou l 'immeuble est situé;

16. que les mêmes considérations ne s'appliquent pas lorsque l'objet principal du contrat est d'une nature différente, notamment lorsqu'il concerne l'exploitation d'un fonds de commerce."

(240) "17. qu'en outre, l'attribution, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'une compétence exclusive aux tribunaux d'un état contractant dans le cadre de l'article 16 de la convention, a pour effet de priver les parties du choix du for qui autrement serait le leur, et, dans certains cas a les attraire devant une juridiction qui n'est la juridiction propre du domicile d' aucune d'entre elles."

remiten la regulación de los derechos reales y del derecho sobre la adquisición de un bien inmueble y los derechos reales a la Ley del país del lugar en que se halle sito el bien (241).

Este Reglamento establece disposiciones armonizadas relativas a los procedimientos de insolvencia, destinadas a evitar el desplazamiento de haberes o de procedimientos judiciales de un Estado miembro a otro para poder acogerse a la mejor situación desde el punto de vista jurídico en detrimento de los acreedores ("forum shopping" o foro de conveniencia). El Considerando (25) justifica la remisión a la regulación de la Ley del lugar como sigue: "Hay una necesidad particular de una referencia especial divergente de la Ley del Estado en la que se abre procedimiento existe (sic) para los derechos reales, puesto que éstos son de considerable importancia para la concesión de créditos. El fundamento, la validez y el

(241) "Artículo 8. Contratos sobre bienes inmuebles. Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre un contrato que otorgue un derecho de uso o de adquisición de un bien inmueble se regularán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el inmueble."

"Artículo 5. *Derechos reales de terceros.*

1. La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho real de un acreedor o de un tercero sobre los bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles –tanto bienes determinados como conjuntos constituidos por colecciones de bienes indefinidos que varían de tanto en tanto– que pertenezcan al deudor y que, en el momento de apertura del procedimiento, se encuentren en el territorio de otro Estado miembro.

2. Los derechos contemplados en el apartado 1 son, en particular:

a) el derecho a realizar o hacer realizar el bien y a ser pagado con el producto o los rendimientos de dicho bien, en particular, en virtud de prenda o hipoteca;

b) el derecho exclusivo a cobrar un crédito, en particular, el derecho garantizado por una prenda de la que sea objeto el crédito o por la cesión de dicho crédito a título de garantía;

c) el derecho a reivindicar el bien y reclamar su restitución a cualquiera que lo posea o utilice en contra de la voluntad de su titular;

d) el derecho real a percibir los frutos de un bien.

3. Se asimilará a un derecho real el derecho, inscrito en un registro público y oponible frente a terceros, que permita obtener un derecho real en el sentido del apartado 1.

4. Lo dispuesto en el apartado 1 no impide el ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad contempladas en la letra m) del apartado 2 del artículo 4."

alcance de dichos derechos reales deberían determinarse por ello con arreglo al derecho del lugar de establecimiento y no verse afectados por la incoación del procedimiento de insolvencia. El titular del derecho real debería poder así seguir haciendo valer su derecho a la detracción y separación del objeto de garantía..." (242).

En suma, la *lex rei sitae* rige los siguientes aspectos (243):

— La adquisición de los derechos reales y el momento de transferencia de la propiedad del transmitente al adquirente (mero consentimiento; mediante la entrega; a través de formas simbólicas de *traditio*; en el momento de documentar en escritura pública el contrato; en el momento de inscribir el título en el registro; etc.).

— El límite de los derechos subjetivos del titular del derecho de propiedad y el contenido del derecho real (dominio; usufructo; servidumbres; hipoteca, y demás derechos reales que delimiten, limiten o graven el dominio).

— Los efectos, posibilidad y condiciones de oponibilidad de los derechos reales frente a terceros: Efectos frente a terceros adquirentes *a non domino;* alcance y exigencia del requisito de la buena fe; carga de la prueba; condiciones de la posesión; supuestos excluidos de la protección posesoria; momento de adquisición del derecho; orden de los privilegios reales; requisitos de acceso y efectos de la publicidad registral.

---

(242) Por otra parte, el artículo 9.2.a de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), prevé que los Estados miembros pueden prever la no aplicación de celebración de contratos en vía electrónica respecto de los contratos de "creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento", lo que evidencia nuevamente el reconocimiento de la competencia del Estado miembro respectivo respecto de materias referentes a la regulación del derecho de propiedad inmobiliaria.

(243) J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, 2009, pp. 585-588. Cfr., asimismo, P. Garrido, 2005, pp. 33-34.

8. REFERENCIA A LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES

Los sistemas que regulan la transmisión de la propiedad pretenden ofrecer una respuesta adecuada, con arreglo a determinados criterios de política jurídica, para dar solución a un problema jurídico complejo: asegurarse de que quien transmite tiene un buen título de propiedad, que puede disponer de su derecho y que desea hacerlo; garantizar, mediante determinados signos sociales, la transmisión y que tanto el adquirente como los terceros puedan confiar en la validez y eficacia del acto transmisivo; cuál es el contenido y ámbito de facultades que confiere el derecho y qué tipo de cargas, derechos, limitaciones y preferencias adquisitivas recaen sobre dicho bien; sobre quién pesa la responsabilidad por daños causados a la cosa por terceros; si dicho bien es utilizado por terceros o constituye una garantía para los acreedores del transmitente; si la cosa perece, quién debe soportar el riesgo de perecimiento; si existe una doble transmisión, quién adquiere la propiedad; y en qué momento temporal el bien pasa al adquirente (244). Todas estas cuestiones están fundamentalmente ordenadas en consideración al estatuto constitucional y legal de la propiedad en el lugar donde radique el bien.

Por otro lado, la transmisión podrá venir rodeada de mayores o menores requisitos y en algún momento del *iter* transmisivo la regulación de la transmisión deberá establecer el instante en que el bien es transmitido, esto es, el momento exacto o fase en que el bien entra ya como tal derecho de propiedad en poder del adquirente. Este momento viene determinado en cada sistema jurídico en función de la regulación del acto transmisivo.

Según el ordenamiento jurídico que se considere, la seguridad jurídica del acto transmisivo puede ser considerada como un objetivo primigenio de política jurídica o responder a criterios de seguridad económica basados en el sistema de seguro de títulos. En el primer sistema, el objetivo buscado es garantizar la seguridad del acto y la prevención de situaciones de conflicto; en el segundo sistema dichos objetivos no se postulan con la misma intensidad, y en el supuesto de frustración del acto transmisivo, sin perjuicio de las

(244) U. MATEI, 2009, pp. 123 y ss.

responsabilidades que procedan, solamente se prevé una indemnización siempre que el siniestro obedezca a un riesgo cubierto por el seguro y dentro de los límites del interés económico asegurado.

Por otra parte, la implementación de la seguridad jurídica debe prever y ordenar, con mayor o menor énfasis, sobre la regulación de dos intereses jurídicos distintos que tienen que ver con los aspectos dinámico y estático del derecho de propiedad. En el primer caso, debe atender la protección de los intereses del adquirente en el momento en que se produce la mutación subjetiva jurídico-real; en el segundo caso, debe tutelar los derechos del titular dominical frente a los actos de perturbación, despojo o pérdida de su derecho, y, en ambos casos, no debe perderse de vista el necesario equilibrio, armonía o justificación de soluciones que debe presidir la protección de derecho que proceda, pues una misma persona generalmente se encontrará o puede encontrarse, en instantes diferentes, en alguna de dichas situaciones.

En otro orden de ideas, mientras que en los contratos, en general, no es preciso adoptar una particular forma para obligarse y puede bastar un acuerdo verbal, en cambio, los sistemas jurídicos desarrollados suelen considerar que en la transmisión de inmuebles esta solución es claramente insuficiente e ineficiente y requieren la existencia de forma escrita y el cumplimiento de determinadas formalidades y requisitos. Este tratamiento diferencial se justifica por las siguientes razones: por la importancia o especial trascendencia, personal, familiar o patrimonial, de este tipo de transacciones, por el valor psicológico de la forma, por la necesidad de protección de las partes implicadas, la tutela del crédito territorial y los terceros, y en aras a la protección de la paz social, de los intereses generales privados y públicos, la seguridad jurídica y el mantenimiento del orden público jurídico y económico.

En relación con el supuesto general tipo referente a la transmisión *inter vivos* y onerosa de un bien inmueble, si el acto transmisivo se ordena en tres fases sucesivas –que consideradas en su conjunto, configuran un *continuum*–, el momento transmisivo puede establecerse en alguno de los siguientes momentos (245):

(245) Análoga problemática se suscita en la transmisión de la propiedad mobiliaria, habiéndose puesto de relieve por la doctrina que la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías renuncia a es-

a) Cuando se firma el acuerdo o contrato preliminar en que se pacta la transmisión del bien y en el que generalmente se acuerda el pago de determinada cantidad de dinero, que puede ser guardado como garantía o incluirse como parte del total precio acordado.

b) Cuando en un momento posterior se acude a un profesional, notario u oficial público, momento en que se procede a un examen más detallado del título del disponente y el estado de cargas del bien, se paga todo o parte de su importe y se procede a la entrega de llaves o se entrega físicamente el inmueble mediante una declaración formal del anterior propietario, que renuncia a cualquier tipo de interferencia física con la propiedad; o, por último

c) Cuando el nuevo título es registrado de acuerdo con el sistema de registro de propiedad inmobiliaria establecido en el lugar donde se halle radicado el inmueble.

En el derecho europeo los principales sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria se ajustan a alguno de los sistemas indicados y prevén el momento transmisivo con arreglo a los siguientes esquemas:

— En Francia y otros países que siguen este modelo, como los ordenamientos belga, italiano y portugués, se sigue el sistema consensualista, es decir, el simple acuerdo de voluntades provoca de por sí el efecto transmisivo (sistema *solo consensu*) y la transmisión de la propiedad (*effet translatif*) se produce en la primera fase (246).

---

tablecer los cauces de carácter jurídico-real a través de los cuales la propiedad debe ser transmitida, cuestión que queda remitida a las normas del Derecho interno, cuyas prescripciones formales deberán ser observadas por la parte vendedora. Observa la doctrina que esta exclusión puede sorprender en relación con los sistemas de transmisión por simple contrato, pero es comprensible respecto a otras soluciones existentes en el derecho comparado y en particular en relación con los sistemas que no otorgan a la venta dicha eficacia (Derecho alemán) o sólo se la otorgan en concurrencia con otros requisitos (Derecho español, austríaco, holandés o suizo). Cfr. F. GALGANO, 2000, pp. 187-195, M.ª del R. DÍAZ ROMERO, 2009, pp. 89 y ss.

(246) "Artículo 1138 CCFr: La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes.

Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya toda-

En este caso se aplica el sistema de causalidad, siendo suficiente para producir la transmisión la existencia de una causa, que se justifica en un contrato apto para producir el efecto traslativo.

— En otros sistemas jurídicos la transmisión de la propiedad se produce en la segunda fase y requiere requisitos adicionales al acuerdo (tradición). Este modelo se sigue en el derecho español y holandés y se considera intermedio entre los sistemas francés y alemán, pues obedece a un sistema traditorio causalista en el que deben darse el contrato (título) junto a la *traditio* (modo). Con arreglo a la doctrina, la tradición es, ante todo, un modo de adquirir la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles; constituye una institución integral del derecho civil patrimonial, que no tolera ruptura entre los dos campos del derecho patrimonial y vincula obligaciones y los derechos reales entre el ámbito del contrato, del derecho real, del Registro, así como la posesión; es un acto obligado de cumplimiento, la tradición transmite el dominio y cumple una obligación anterior, la de entrega (247).

— En el derecho anglosajón se sigue un sistema complejo denominado *"conveyancing"*, que se compone de tres etapas, aunque en algunos países existe la necesidad de inscribir el título en el Registro de la Propiedad para consumar el proceso adquisitivo (248).

— Por último, en el modelo alemán, seguido en otros ordenamientos influidos por él (como el griego), por influjo de la obra de SAVIGNY se sigue la teoría del contrato real abstracto. En este supuesto la transmisión de la propiedad se transmite sólo en la fase tercera, en el momento en el cual el contrato se inscribe en el Regis-

---

vía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de este último."

"Artículo 1583 CCFr.: Se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado."

http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=41&r=1881.

(247) M. ALONSO PÉREZ, 2009, pp. 174-175.

(248) En el Reino Unido existen distintos ordenamientos jurídicos: Inglaterra y Gales comparten el mismo sistema legal; Escocia sigue un sistema muy próximo al "civil law"; Irlanda del Norte sigue un sistema próximo al de Inglaterra y Gales (L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, 2009, pp. 99-101).

tro de la Propiedad (distinción entre el negocio jurídico real abstracto *-Abstraktionsprinzip-* para la transmisión-*Auflassung-* y el negocio obligacional subyacente, y la inscripción es de naturaleza constitutiva *-Eintragung im Grundbuch-*) (249).

Respecto de las cualidades que ofrecen los distintos sistemas transmisivos, la doctrina pone de relieve que el sistema causalista previsto en nuestro Código Civil tiene una fundamentación muy sólida, al basar el *iter transmisivo* en la *iusta causa* traslativa. Por eso, "los vicios, deficiencias y la misma acrecencia del título o causa se propagan a la *tradición* y la infecta con todas sus consecuencias. Por el contrario, su validez y limpieza son garantías de la adquisición correcta" (250), y sin la entrega o tradición real o *ficta* no hay constitución o transmisión de la propiedad o del derecho real.

El mantenimiento del sistema del título y modo permite contar "con un mecanismo transmisivo en el que, sin merma de la seguridad del tráfico [...] se salvan la realidad de los *iure in re* y la fundamentación en justicia y en Derecho de su transmisión voluntaria. La realidad de los *iura in re,* porque no llega a adquirirlo el que no es puesto, mediante la tradición o entrega, en la posesión de la cosa. La fundamentación de su transmisión, porque se hace depender ésta del negocio que remota o indirectamente lo justifica" (251). Todo ello sin perjuicio de las acciones de protección impuestas por las normas legales, las resoluciones judiciales o la protección del tráfico por parte de quienes confiaron de buena fe en la apariencia posesoria.

El sistema basado en el puro consensualismo se apoya en la progresiva espiritualización de la entrega como dación de posesión inmediata y en la creciente relevancia del contrato como categoría fundamental del derecho de la razón (*Vernunftrecht*), convirtiendo

(249) U. Matei, 2009, pp. 123 y ss.; L. M. Martínez Velencoso, 2009, pp. 74 y ss.; H. Coing, 1996, II, pp. 490-493; M. Ebers, 2009, pp. 277 y ss., que observa que los redactores del BGB concibieron el derecho alemán de bienes "como una materia compacta, con unidad propia, encerrada dentro de sus propios límites e inmune a influencias externas".

(250) M. Alonso Pérez, 2009, p. 169.

(251) M. Alonso Pérez, 2009, pp. 168-169, con cita de A. Gordillo Cañas.

la *iusta causa traditionis* en título y modo a la vez. Donde rige el consensualismo, el vendedor cumple con la obligación de entregar una cosa que ya es propiedad del comprador (252).

El reduccionismo de este sistema, ya que conlleva una radical fusión entre los efectos obligacionales o *inter partes* –obviando la relatividad del contrato– y los efectos reales (oponibilidad a terceros), rompiendo el dualismo derecho de crédito-derecho real, ha motivado la necesidad de introducir importantes correcciones o mitigaciones. En unos casos, se retrasa el efecto real por acuerdo de las partes o por la naturaleza de la cosa transmitida, y con el fin de proteger a los terceros se prevén determinadas formalidades consistentes, en el supuesto de bienes muebles, en la transmisión posesoria, o bien, en el supuesto de inmuebles, en la exigencia de determinadas formalidades de publicidad (253).

En el derecho alemán se distingue entre el negocio causal y el negocio abstracto (254). La causa no es requisito del contrato ni es necesaria para la transmisión de la propiedad, pero a diferencia del sistema consensualista, no basta el solo consentimiento y la propiedad se adquiere sólo en el momento de la entrega de la cosa enajenada (255).

Existen dos negocios distintos: *a)* El *negocio causal* tiene la finalidad como contenido: En la compraventa, el intercambio de la propiedad y posesión del bien y el pago del precio. Ningún negocio causal puede ser válido sin la estipulación de la finalidad; *b)* El *negocio abstracto* se desvincula de la causa (finalidad convenida) y produce efectos jurídicos con independencia de la existencia de una causa. Mediante el principio de abstracción se separan el negocio causal y el negocio abstracto ("principio de separación"). Aunque ambos negocios forman parte de la misma transacción económica, la eficacia del negocio abstracto (negocio con efectos reales, negocio de cumplimiento, negocio de atribución o negocio ejecutivo) es independiente de la suerte del negocio obligatorio (negocio fundamental o causal).

---

(252) M. Alonso Pérez, 2009, p. 176; F. Galgano, 2000, p. 190.

(253) M. Alonso Pérez, 2009, pp. 179-180.

(254) H. Kronke, 2000, pp. 195 y ss.; W. Flume, 1998, pp. 216 y ss.; M. Ebers, 2009, pp. 280-283.

(255) F. Galgano, 2000, pp. 187-189.

En suma, si el contrato de compraventa fuera nulo o fuera anulado posteriormente, la transmisión de la propiedad seguirá siendo válida, porque el negocio de cumplimiento o "contrato real" es abstracto. Y viceversa, el vicio de nulidad del contrato abstracto no afecta al contrato obligatorio, la compraventa. Por ejemplo, si un contrato de compraventa viciado por un error obstativo -que tiene una amplia consideración en el derecho alemán- se cumple conforme al § 929 BGB, su anulabilidad -debido al efecto traslativo que nace del negocio abstracto- no afectará a la transmisión de la propiedad, pues el efecto traslativo nace del negocio abstracto y más concretamente del acuerdo (§ 929 BGB). Este efecto impide que pueda ejercitarse la acción de reivindicación (§ 985 BGB), por lo que hay que recurrir a la acción del enriquecimiento sin causa para exigirle la devolución del bien trasmitido o si el bien ha pasado por título oneroso a terceros, para indemnizar al *solvens* su valor (§§ 812-822 BGB).

En la hipótesis de la transmisión de la propiedad de un inmueble, las exigencias de publicidad en el derecho alemán se rigen por la forma pública: el legislador prevé la forma pública para el contrato (obligatorio) de compraventa (§§ 433 y 313 BGB); a su vez, el contrato con efectos reales o negocio abstracto es redactado, con carácter imperativo e inexcusable, en forma pública y en lugar de la entrega, la Ley requiere la inscripción en el registro inmobiliario (§§ 873, 925 BGB) (256).

Este sistema se justifica por los seguidores de la jurisprudencia de intereses en aras a la protección de los intereses del tráfico, de la sencillez y de la seguridad probatoria, pero el sistema también tiene sus detractores y fue cuestionado, incluso por la propia doc-

(256) H. KRONKE, 2000, p. 206; M. ALONSO PÉREZ, 2009, pp. 182-183. La venta de un inmueble sólo puede convenirse en forma notarial. La promesa de venta en documento privado no es suficiente; la oferta y la aceptación deben revestir forma notarial. La transferencia de propiedad tiene lugar mediante el negocio de transferencia (*Auflassung*), que debe otorgarse ante notario alemán. Normalmente esta circunstancia se halla prevista en el contrato de compraventa (§ 313 BGB). El negocio de transferencia por sí solo es insuficiente si no va seguido de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, si el precio de venta es falso o si un pacto anexo no se ha incluido en el documento notarial, el contrato de venta es totalmente nulo (A. RENTERÍA, 2007, p. 941).

trina alemana, antes y después de la entrada en vigor del BGB, pues por medio del negocio abstracto pueden producirse injusticias e iniquidades. Por un lado, se considera que no se puede conferir una protección de forma absoluta e indiscriminada, debiendo ponderarse en cada caso los intereses en juego, lo que ha motivado algunas correcciones por la jurisprudencia de los tribunales; también se resalta la necesidad de conectar el derecho contractual con la propiedad interrelacionando el derecho de obligaciones y el de bienes; por último, se afirma que la abstracción casa mal en la esfera del derecho de consumidores, que exige causalismo y control de las condiciones generales y cláusulas de carácter real (257). Por otra parte, la seguridad jurídica también queda asegurada, sin precisar de la abstracción, mediante la regulación de la protección del tercero de buena fe y la presunción de la existencia y licitud de la causa, no obstante ser la "causa indiscreta", como así se evidencia en los sistemas causalistas (258).

A este respecto, en relación con la contratación mobiliaria, los esfuerzos armonizadores que se están produciendo en el ámbito del Derecho privado europeo resaltan la importancia del principio de consensualidad y se inspiran en la doctrina del *titulus* y el *modus adquirendi* (259), pero también debe tenerse en cuenta, como observa la Comisión en el Libro Verde sobre el CR, que el objetivo del proyecto "Derecho contractual europeo" no es, en el presente estadio del proceso, ni la uniformación del Derecho contractual de los Estados miembros, ni la creación de un Código Civil europeo, e incluso, en la hipótesis de una mayor armonización del Derecho contractual a escala comunitaria, en un futuro más lejano, probablemente ésta sólo se referirá a determinados aspectos, particularmente importan-

(257) F. GALGANO, 2000, pp. 200-204; M. ALONSO PÉREZ, 2009, pp. 189-193; M. EBERS, 2009, pp. 282-283. Como observa F. DE CASTRO Y BRAVO (2008, p. 295), "Para el común sentir del pueblo, no se enajena o grava, no se promete o reconoce una deuda, sino que ello se considera la consecuencia de, por ejemplo, una venta, una donación o de haber recibido un préstamo. Con la figura del negocio abstracto se violenta la presumible voluntad real de las partes y se crea un privilegio injustificado en beneficio de una de ellas («favor creditoris»)".

(258) F. DE CASTRO Y BRAVO, 2008, III, p. 295.

(259) M. EBERS, 2009, pp. 289-290; M. del R. DÍAZ ROMERO, 2009, pp. 105 y ss.

tes, de la materia, de modo que siempre habría que determinar la Ley aplicable respecto de los aspectos no armonizados. En consecuencia, "Las normas de Derecho internacional privado, siguen, por lo tanto, conservando toda su importancia para las transacciones transfronterizas comunitarias, hoy y en el futuro" (260).

Si esta cuestión se considera desde el punto de vista registral, aunque los diversos sistemas registrales europeos tienen como objetivo común la protección del tráfico inmobiliario, y funcionan razonablemente bien en la mayor parte de los países europeos, también existen diferencias entre ellos (261):

— En los sistemas denominados latinos (francés, italiano, belga, holandés...), la inscripción registral queda fuera del mecanismo de transmisión y la inscripción del derecho sobre el inmueble sirve para poder invocar la transmisión frente a terceros. Con todo, con el fin de que el Registro cumpla su función, se potencia la inscripción haciéndola obligatoria aunque no llega a ser constitutiva.

— En el derecho español, salvo en determinados supuestos (262), la inscripción de la transmisión no es constitutiva, sino declarativa de una transmisión ya efectuada de acuerdo con la teoría del título y el modo (contrato traslativo y entrega posesoria), y, en parte, se siguen ciertos rasgos del sistema alemán: la inscripción, con los requisitos previstos en la legislación hipotecaria, evita a quien inscribe que le pueda perjudicar o que pueda serle opuesto cualquier acto de su enajenante que sea contradictorio con su título; a partir de los dos años de la inscripción de la finca, el titular registral queda legitimado *erga omnes* para ejercitar y hacer valer su derecho inscrito (cfr., entre otros, arts. 28, 207, 35, 38 y 41 LH); mediante el principio de fe pública registral, si quien ha inscrito su derecho lo adquirió de buena fe de quien en el registro aparecía como su titular, será mantenido en su adquisición, aunque este último no fuera legítimo dueño o su titularidad se encontrare amenazada por cualquier causa de resolución que no constara en el registro (art. 34 LH).

---

(260) Libro Verde, p. 12.

(261) L. M. Martínez Velencoso, 2009, pp. 25 y ss.; L. Díez-Picazo, 2008, III, pp. 341 y ss.; J. M.ª Chico Ortiz, 2000, I, pp. 19 y ss.

(262) En relación con la hipoteca, la inscripción tiene carácter constitutivo a efectos de la oponibilidad a terceros (arts. 1857 CC y 145 LH).

— En los denominados sistemas germánicos, el registro asume un papel fundamental y pasa a ocupar el lugar antes reservado a la *traditio* o entrega de la posesión. En Alemania debe escriturarse el contrato mediante el cual una parte se obliga a transmitir o adquirir la propiedad de una finca (§ 311b BGB), y es preciso el acuerdo en forma pública de transmisión abstracto [§§ 873 y 925 BGB (263)]; en Suiza, debe existir un previo contrato causal con finalidad traslativa (arts. 657.I, 665, I, ZGB), pero en ambos casos, sin inscripción, ni el acuerdo ni el contrato consuman el efecto transmisivo (264).

— En los países anglosajones existen distintos ordenamientos jurídicos (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte) y debido a que la mayoría de los inmuebles se disfrutaban por los particulares en virtud de un derecho de uso derivado de un título arrendaticio o de un gravamen real, el desarrollo del sistema registral anglosajón presenta particularidades en relación con el sistema continental (265).

---

(263) Según el § 873 BGB "*Adquisición mediante acuerdo e inscripción.* (1) Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca, así como para la transmisión o gravamen de uno de éstos se requiere el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de tal modificación jurídica en el registro inmobiliario, salvo que la ley establezca otra cosa.

(2) Antes de la inscripción, las partes sólo quedan vinculadas por el acuerdo si las declaraciones de ambas se han realizado en instrumento notarial o si se han realizado ante la oficina del registro inmobiliario o han sido entregadas a ésta, o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de la inscripción de las previstas en la Ley del Registro Inmobiliario."

"§ 925 BGB *Acuerdo de transmisión.* (1) El acuerdo entre el enajenante y el adquirente, necesario para la transmisión de la propiedad de una finca según el § 873 (acuerdo de transmisión), debe ser declarado con asistencia simultánea de ambas partes ante una autoridad competente. Para recibir el acuerdo de transmisión es competente cualquier notario, sin perjuicio de la competencia de otras autoridades. El acuerdo de transmisión también puede recogerse en una transacción judicial o en un plan de insolvencia confirmado y firme.

(2) Un acuerdo de transmisión sometido a una condición o a una determinación de tiempo es ineficaz."

(264) U. DROGNIG, 2009, pp. 115 y ss.

(265) Antes de 1862 –excepto en las regiones de Yorkshire y Middlesex, en que existía un registro de títulos (*deeds*)– no existía un sistema de registro inmobiliario en Inglaterra y Gales. Durante el siglo XIX la *Land*

El registro constituye un archivo completo de las cargas y derechos que recaen sobre los inmuebles, pero antes de abril de 1998 solamente eran objeto de inscripción obligatoria las transmisiones que derivaban de la compraventa; actualmente, esta obligación se extiende a cualquier tipo de transmisión (266).

Como sea que los derechos de propiedad pueden ser legales o de equidad y la propiedad puede ordenarse en forma de *trust,* estas peculiaridades conllevan que los derechos de transmisión deban estar estrechamente controlados para asegurar que los derechos legales se transmiten adecuadamente, y aunque los actos dispositivos y la creación de cualquier nuevo interés jurídico (disposiciones inscribibles) no puede efectuarse sin que sean inscritos en el registro, todavía es posible crear de manera informal un *"equitable interest"* fuera del registro que no es objeto de inscripción (267).

Registry Act de 1862 tuvo limitada acogida e introdujo un registro voluntario de inmuebles. En 1897 se ordenó la base física a partir del mapa oficial del territorio y en 1899 se introdujo, por primera vez, la inscripción obligatoria de la venta. Posteriormente, la *Land Registration Act* de 1925 sentó las bases del registro vigente, y la Ley de 2002, con la misma denominación que la anterior, se propone como uno de sus objetivos la adaptación del registro a la sociedad de la información.

(266) L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, 2009, pp. 99-101. Según C. U. SCHMID *et al.,* 2005, "In England, under the old system, registration was not mandatory, but required only for third parties effect. The new law however requires registration. But in England it has come into force only in 2002 and it needs a trigger (such as a sale or another transfer of ownership) for mandatory registration. So there are still many unregistered land titles (some 15% in England). In Ireland, both systems still coexist".

(267) La doctrina se refiere a la incidencia del *"equitable interest"* en la propiedad de otro que contribuyó a la adquisición o comparte la propiedad con el único propietario legal. En el caso Banco de William Glyn's Ltd. v. Bolan (1981, AC 487), el sr. Boland compró una casa y su mujer contribuyó en un 25 por 100 en el precio de compra. Ante la ejecución de una hipoteca posterior constituida por el esposo, la esposa alegó que tenía un derecho del 25 por 100 del precio de venta, porque disponía de un *"equitable right"* sobre la casa. La sentencia fue favorable a la demandante, porque la Ley de 1925 del registro estableció que el derecho de cualquiera que ocupase el inmueble sería vinculante para el adquirente, incluso aunque éste no hubiera sido inscrito. Este problema se ha corregido con la norma conocida como *"overraching"*, que impide el ejercicio de los *"equitable rights"*, y por la realización de rigurosas

Esta circunstancia puede afectar a los derechos dominicales y conllevar que cualquiera de los denominados intereses predominantes (*"overriding interest"*) obliguen al adquirente, aunque aquellos no hayan sido inscritos (268).

Por otra parte, en relación con el título formal aportado al registro, cabe afirmar que los registros basados en la inscripción de documentos públicos (269) conllevan que los documentos que acceden a los registros respondan a los procedimientos y garantías de formación, formales y de fondo, exigidos en tales casos, lo que a su vez refuerza la eficacia y utilidades del registro.

En nuestro derecho, la escritura pública notarial como título auténtico implica identificación de los comparecientes, juicio de capacidad, legitimación, consentimiento informado y depuración de posibles vicios, adecuación de la voluntad de los contratantes al derecho positivo, control de legalidad jurídico-privada y pública y forma documental pública otorgada por un funcionario público competente designado por el Estado para la prestación de fe pública y la producción de específicos efectos jurídicos, registrales, ejecutivos y procesales.

---

investigaciones acerca de los ocupantes del inmueble y la solicitud de consentimientos anticipados de los posibles y conocidos titulares de derechos afectados para la transmisión (E. COOKE, 2009, pp. 168 y ss.).

(268) E. COOKE, 2009, pp. 165 y ss., que se refiere a algunos derechos públicos (órdenes de preservación de árboles u órdenes obligatorias de adquisición); a la vigencia de algún antiguo derecho feudal; a contratos de arrendamiento no registrados (de siete años o menos); a algunas servidumbres legales que pueden crearse informalmente, por ejemplo, por prescripción; y a los derechos de aquellos usucapientes que se encuentren actualmente en posesión del inmueble. El efecto básico de la inscripción es que el titular podrá disfrutar de los privilegios inherentes a ello pero sujeto a las cargas que consten en el registro, a los derechos dominantes (*overriding interest*) y a los derechos menores de que tenga noticia. Los *overriding interest* "son cargas a que la finca está sujeta con total independencia del registro, constituyendo por tanto una quiebra en el sistema registral" (A. M. SOLCHAGA LÓPEZ DE SILANES, 2006, p. 2848).

(269) Por ejemplo, limitando la cita a determinados países miembros de la Unión Europea y sin ánimo de agotar los supuestos posibles, en los derechos francés, holandés, luxemburgués, polonés, griego, belga, español, italiano y alemán.

Por otra parte, como consecuencia de la distinta regulación de la protección de la adquisición de la propiedad en los diferentes ordenamientos jurídicos y sistemas registrales, observa la doctrina que en el conflicto de titularidades en relación a un bien inmueble inscrito en un registro de la propiedad, la protección de los diferentes sujetos implicados se hallará en correspondencia con el respectivo ordenamiento jurídico que se contemple:

En el derecho alemán, quedará protegido, en todo caso, el adquirente registrado sólo con adquirir de quien ya es titular registral, sin más; en el derecho español, el adquirente según el registro quedará protegido si adquiere a título oneroso siempre que su adquisición sea válida y desconozca la existencia de un previo derecho a favor de un tercero; en el derecho inglés, el adquirente según el registro perderá su protección si su oponente ostenta una ocupación actual de la finca que hubiese podido descubrir con una "razonable inspección de la finca" independientemente de lo que diga el registro (270); en el sistema francés, el registro se basa en el sistema de transcripción y folio personal, los documentos que acceden al registro se archivan formando volúmenes, rige el principio de prioridad registral, pero el registro no identifica al titular cierto y último, pues no se produce una depuración *ex ante* de los documentos que deben ingresar en el registro; para obtener una titularidad definitiva y segura se acude a un sistema de "purga" y es preciso obtener por medio de una sentencia judicial la impugnación o la validez de los otros derechos inscritos.

Las reflexiones anteriores evidencian la importancia intrínseca del principio *lex rei sitae* en las transacciones inmobiliarias, lo que permite determinar en condiciones razonables de objetividad, previsibilidad, confianza y seguridad jurídica intrínsecas al correspondiente ordenamiento interno, el contenido de la protección de los diversos intereses jurídicos en juego de acuerdo con la regulación de derecho material y registral del lugar donde el inmueble se halla radicado, evitándose con ello el posible enfrentamiento entre ordenamientos, sistemas registrales y prioridades.

---

(270) Según E. BRANCÓS (2009, p. 126), "Como señala toda la doctrina británica, el *mirror principle* (principio del espejo) por el que se pretende que el *H. M. Land Registre* sea el único reflejo de la realidad jurídica [...] no es una realidad ni de lejos. *Mirror principle* y *notice* son como agua y aceite y la segunda todavía domina sobre el primero."

9. ACTOS Y CONTRATOS REFERENTES A DERECHOS REALES SOBRE BIENES INMUEBLES Y ARRENDAMIENTOS

En este apartado se hará una referencia a determinados contratos y negocios jurídicos referente a "derechos reales inmobiliarios" y "arrendamientos sobre bienes inmuebles", que cabe considerar incluidos, o no incluidos, en el ámbito material de aplicación del artículo 4, letras *c)* y *d)*, del Reglamento Roma I (271), y las disposiciones que pueden serles aplicables en función de la naturaleza del contrato y las normas legales imperativas, de policía o de aplicación necesaria que no pueden excluirse mediante acuerdo. Con carácter general, los actos y contratos a considerar serán todos aquellos que se refieran a negocios de constitución, reconocimiento, transmisión, modificación y extinción de derechos reales que supongan obligaciones contractuales y que se hallen dentro del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I.

9.1. CONTRATOS INCLUIDOS

9.1.1. Contratos de compraventa de bienes inmuebles rústicos y urbanos

Como se ha indicado en otro lugar, la propiedad de los bienes inmuebles está sujeta a determinados límites y limitaciones derivados unos de la naturaleza del dominio (actos de emulación y abuso de derecho, *ius usus inocui*) y otros basados en la existencia de limitaciones de la libre disponibilidad de los bienes y límites legales por razones de interés público y privado (272).

Las limitaciones sobre la libre disponibilidad de los bienes pueden ser de origen legal, judicial o administrativo. Respecto de las limitaciones de disponer impuestas por el transmitente, cabe señalar que la legislación hipotecaria admite su inscripción en los términos previstos en el artículo 26.3 LH (prohibiciones de disponer o enajenar,

(271) Solamente se procede a una selección de determinados contratos. Para una extensa referencia de contratos incluidos en el ámbito material del Reglamento Roma I y de la Ley aplicable a los mismos, cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 335 y ss.

(272) E. PÉREZ PÉREZ, 2009, I, pp. 127 y ss.

impuestas por el testador, donante, en capítulos matrimoniales y demás actos a título gratuito). En los supuestos relativos a actos o contratos no comprendidos en la norma anterior, estas limitaciones no tendrán acceso al Registro, pero sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento (art. 27 LH). En cada supuesto procederá examinar la naturaleza excluible o disponible de tales limitaciones.

Entre los límites legales por razones de interés público, merecen especial mención los siguientes supuestos:

Por razón de objeto, los bienes inmuebles están sujetos a las zonas de servidumbre de aguas y de policía de la Ley de Aguas, a los límites de protección del dominio público marítimo-terrestre, a las disposiciones sobre Patrimonio Histórico Español; por razón del destino o actividad, deben respetarse las limitaciones de las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, protección civil, medio ambiente y vías de comunicación.

Según el RDL 1265/1986, de 27 de junio, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Inversiones Extranjeras, la adquisición de bienes inmuebles sitos en España cuyo contravalor supere los 500 millones de pesetas (3.005.060,52 euros), o cuando con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, habrá de declararse al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda y si la inversión procede de paraísos fiscales dicha declaración ha de ser previa, sin perjuicio de la que haya que formular con posterioridad.

En materia urbanística, el artículo 17.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, dispone que "La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva. En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación

conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción. Los notarios y registradores de la propiedad harán constar en la descripción de las fincas, en su caso, su cualidad de indivisibles".

Las parcelaciones en suelo agrario contrarias a las normas vigentes están prohibidas y en ciertos supuestos pueden considerarse inválidas, en su modalidad de nulidad de pleno derecho (art. 6.3 CC). Según el artículo 13.2 RDL 2/2008, de 20 de junio "Están prohibidas las parcelaciones urbanísticas de los terrenos en el suelo rural, salvo los que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización en la forma que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística", aunque en otros supuestos la doctrina se inclina por considerar que se trata de actos anulables si puede obtenerse licencia *a posteriori* o puede sanarse la invalidez.

Por otra parte, el artículo 23.4 de la Ley 19/1995, de 4 de junio, de Modernización de Explotaciones Agrarias, regula la unidad mínima de cultivo y en su artículo 24, salvo las excepciones previstas en el artículo siguiente, regula su indivisión y establece que: "1. La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2. Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior. 3. La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por Ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos."

En los actos dispositivos que afecten a estas fincas se prevé el derecho de retracto a favor de los propietarios de fincas colindantes que sean titulares de explotaciones prioritarias en los términos regulados en el artículo 27 de la Ley citada. El artículo 28 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (D. 118/1973, de 12 de enero) prohíbe, sin autorización del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario u órgano administrativo que haya asumido sus competencias, desafectar todos o algunos de los elementos inmobiliarios que integren una explota-

ción familiar constituida o completada por el Instituto, agrupar o dividir dichas explotaciones, agregarles nuevos elementos inmobiliarios, transmitir o gravar todo o parte de cualquiera de ellos y transmitir *inter vivos* la explotación salvo en los supuestos legales previstos en la norma, salvo que la transmisión *inter vivos* tenga lugar una vez transcurridos ocho años, a contar desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública de transmisión de su propiedad, siempre que se haya satisfecho la totalidad del precio que pudiera haber quedado aplazado, debiendo constar los cambios de titularidad en escritura pública (disp. final 2.ª, Ley 19/1995, de 4 de julio).

En materia de montes, la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003 regula el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en el caso de transmisiones onerosas que se refieran a los supuestos previstos en el artículo 25 de dicha norma.

En materia de límites legales de interés privado, debe tenerse en cuenta la regulación de las relaciones de vecindad, construcciones en pared ajena o medianera, plantación de árboles, corte de ramas y raíces, derecho temporal de paso, vertiente natural de aguas, desagüe de tejados, luces y vistas y la posible existencia de servidumbres administrativas.

Otros supuestos que pueden presentarse son los referentes a la regulación de la concentración parcelaria, la permuta forzosa de fincas, la obligatoriedad de ciertas mejoras fundiarias, la prohibición de mantener improductiva la explotación agraria, el retracto de colindantes, y las limitaciones que pueden afectar a la facultad de disposición de tierras, normativa que por razones de protección del patrimonio familiar, en virtud de disposiciones de derecho sucesorio, o en aras a la mejora de la producción agraria o la transformación de las estructuras fundiarias, tradicionalmente ha sido objeto de un grado de intervención notablemente superior al que puede darse en otras clases de propiedad.

Por lo que atañe a la propiedad urbana, la doctrina se refiere a la inherencia "real" de los llamados "derechos y deberes urbanísticos" (273), lo que comporta la subrogación legal en cuanto a los derechos y deberes urbanísticos establecidos por la legislación urbanística y la regulación de las facultades de los propietarios según la naturaleza del suelo calificado por las normas urbanísticas

(273) E. PÉREZ PÉREZ, 2009, I, p. 441.

(suelo rural y urbanizado, transformación del suelo, actuaciones de dotación, etcétera) dictadas por las Administraciones públicas competentes en esta materia.

En materia de propiedad urbana debe tenerse presente, según se ha puesto de relieve en otro lugar, la naturaleza imperativa de la regulación del régimen de propiedad de casas por pisos o locales o la legislación sobre propiedad horizontal (Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal y Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960) o la legislación autonómica que proceda (274) y la regulación de las urbanizaciones privadas, complejos inmobiliarios y conjuntos inmobiliarios (275).

En relación con los negocios onerosos de adquisición de viviendas, cabe recordar las exigencias legales derivadas de la Ley 57/1968, de 27 de julio (276), reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que en su artículo 7 dispone que "Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables", estando condicionada la cancelación de las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista a la expedición de la correspondiente cédula de habitabilidad (art. 4), así como lo especialmente previsto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en materia de contratación obligatoria del seguro decenal en garantía de determinados daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos constructivos (art. 17 y disp. adic. sgda. L. 38/1999), sin que, de acuerdo con el artículo 20 de esta Ley, los notarios puedan autorizar escrituras públicas de declaración de final de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación este precepto, sin que se acredite y testimonie la constitución de dichas garantías.

En el derecho autonómico, en el supuesto de transmisiones de viviendas, el artículo 26, apartados 1 y 2, de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, prevé lo siguiente:

(274) Por ejemplo, Código Civil de Cataluña (Cap. III, Libro V, Derechos Reales).

(275) E. PÉREZ PÉREZ, 2009, I, pp. 969 y ss.

(276) Sobre esta cuestión, cfr., asimismo, disp. adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

"Artículo 26. *La cédula de habitabilidad* (277).

1. La cédula de habitabilidad y, en el caso de las viviendas de protección oficial, la calificación definitiva son los documentos específicos que acreditan que una vivienda cumple las condiciones de calidad establecidas por el artículo 22 y que, en consecuencia, es apto para ser destinado a residencia. Para ocupar una vivienda, es preciso haber obtenido previamente dicha acreditación.

2. En cualquier transmisión, por venta, alquiler o cesión de uso, incluidas las derivadas de segundas y sucesivas transmisiones, es preciso acreditar que la vivienda cumple las condiciones de calidad, mediante la entrega o disposición de la cédula de habitabilidad vigente, de cuya presentación puede exonerarse en los supuestos y con las condiciones que establece el artículo 132.a.

3. ..."

Asimismo, los artículos 62 y siguientes de la Ley prevén los requisitos legales que deben cumplirse para la transmisión y arrendamientos de vivienda.

Otro amplio y variado régimen normativo a considerar es el que se refiere a la legislación de viviendas de protección oficial (VPO) y viviendas de protección pública (VPP), materia que en aplicación del artículo 148.1.3.º CE corresponde regular a las Comunidades Autónomas, aunque el Estado también dispone de títulos competenciales para regular el mercado de las viviendas protegidas por un régimen financiado con fondos estatales.

El régimen legal de estas viviendas contiene una amplia regulación de las obligaciones de los promotores, propietarios y usuarios de las viviendas, y "además del régimen imperativo directamente dispuesto por la norma, la regulación prevé una continua intervención pública en la determinación de las condiciones de intercambio contractual entre promotores y adquirentes o usuarios" (278).

En particular, las VPO deben destinarse a domicilio habitual y permanente, y en ningún caso a segunda residencia o a otro uso (art. 3 RD 3148/1978), lo que constituye el régimen general para toda vivienda de protección pública, sin que puedan permanecer

(277) Sobre este requisito, cfr. Decreto 55/2009, de 7 de abril, sobre las condiciones de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad (Generalidad de Cataluña).

(278) A. Carrasco Perera *et al.*, 2008, p. 1040.

deshabitadas y deberán ser ocupadas en el plazo legal previsto a tal fin. El incumplimiento de estos requisitos permite que la Administración competente pueda desahuciar o sancionar administrativamente y conlleva la pérdida de determinados beneficios financieros o ayudas económicas directas recibidas. También existen prohibiciones de disponer para los adquirentes, adjudicatarios y promotores para uso propio, que no podrán transmitir *inter vivos* ni ceder el uso por ningún título de las viviendas protegidas, por cualquier régimen de protección, durante el plazo legal marcado. Determinadas obligaciones y limitaciones deben constar expresamente en las escrituras de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva, y en la escritura de formalización del préstamo hipotecario.

La legislación de VPO reconoce a favor de la Administración competente derechos de adquisición preferente para el caso de que el beneficiario de una financiación cualificada decida enajenar el bien que fue objeto de financiación, y competencia para establecer derechos de tanteo y retracto, a favor de las Administraciones, Agencias o Sociedades públicas de alquiler legalmente constituidas o a favor de los demandantes de dichos tipos de vivienda inscritos en los correspondientes registros públicos. Por otra parte, las transmisiones de estas viviendas habrán de consignar los datos previstos en su régimen regulador y ajustarse a las normas sobre precios máximos de venta, que son imperativos dentro del plazo legal marcado con prohibición de cualquier sobreprecio, prima o cantidad distinta a la legal, aunque se cobre o exija por un concepto distinto del de precio (279).

Por último, sin pretender agotar con ello las normas de aplicación necesaria que deben tenerse presentes en este ámbito, en relación con los actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la

(279) En relación con el sobreprecio en las VPO, la jurisprudencia ha evolucionado. Inicialmente se declaraba la nulidad de la cantidad pagada en exceso, pero modernamente se entiende que el supuesto no incide en el artículo 6.3 CC, ya que en el supuesto de contravención la normativa reguladora prevé los mecanismos de corrección oportunos en forma de sanciones administrativas específicas (multas, descalificación, reintegro) distintas de la propia nulidad.

contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, son de aplicación las previsiones legales sobre identificación fiscal y medios de pago de los artículos 23 y 24 LN y 21 y 254 LH, que se analizan más adelante, que fueron dictadas en la "Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal" (BOE 30 de noviembre de 2006).

9.1.2. Contrato de permuta de bienes inmuebles

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente sobre permutas forzosas de bienes inmuebles, en principio, la permuta tiene los mismos caracteres de la compraventa, por lo que salvo las normas específicas del caso rigen las disposiciones relativas a la compraventa.

En el supuesto de que los bienes permutados se hallen en distintos países, corresponderá aplicar las normas imperativas, las leyes de policía y las normas propias de la Ley del país en que el respectivo inmueble esté sito, siempre que sean independientes del país donde se celebre el contrato y de la Ley que lo rija y la norma no pueda excluirse mediante acuerdo.

9.1.3. Permuta de solar por edificación futura

Esta figura puede revestir diversidad de formas contractuales. Con arreglo a la doctrina, los negocios de permuta de solar por edificación futura se caracterizan "por el hecho de que el titular de un solar (normalmente un consumidor final) enajena de presente su propiedad o un derecho de vuelo a un tercero (promotor empresarial) a cambio de una contraprestación futura en especie, o mixta de especie y dinero, consistente en la entrega (normalmente en propiedad, pero puede ser en arrendamiento) de determinados pisos o locales en la construcción futura" (280).

El Preámbulo de la Ley catalana 23/2001, de 31 de diciembre, de Cesión de Finca o de Edificabilidad a cambio de Construcción Futura, dice que esta Ley "regula la cesión de una finca o de una determinada edificabilidad incluida en la finca de la persona cedente a cambio de la adjudicación de una construcción futura o resultante de rehabilitación",

(280) E. Carrasco Perera *et al.*, 2008, p. 305.

lo que "permite a los propietarios de terrenos o de fincas edificadas obtener viviendas, locales u otras construcciones, nuevos o rehabilitados, sin tener que intervenir directamente en el proceso de gestión y construcción de los mismos".

Las Administraciones Públicas centrales o autonómicas también pueden ceder bienes de su propiedad para esta finalidad [arts. 153-154 L. 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (281) y art. 89 Ley valenciana 14/2003, de 10 de abril (282)].

---

(281) Ley 33/2003, de 3 de noviembre:

"Artículo 153. *Admisibilidad*.

Los bienes y derechos del Patrimonio del Estado podrán ser permutados cuando por razones debidamente justificadas en el expediente resulte conveniente para el interés público, y la diferencia de valor entre los bienes o derechos que se trate de permutar, según tasación, no sea superior al 50 por 100 de los que lo tengan mayor. Si la diferencia fuese mayor, el expediente se tramitará como enajenación con pago de parte del precio en especie."

La permuta podrá tener por objeto edificios a construir.

"Artículo 154. Procedimiento para la permuta de bienes y derechos.

1. Serán de aplicación a la permuta las normas previstas para la enajenación de bienes y derechos, salvo lo dispuesto en cuanto a la necesidad de convocar concurso o subasta pública para la adjudicación.

2. No obstante, el órgano competente para la permuta podrá instar la presentación de ofertas de inmuebles o derechos para permutar, mediante un acto de invitación al público al que se dará difusión a través del *Boletín Oficial del Estado* y de cualesquiera otros medios que se consideren adecuados.

3. En el caso de presentación de ofertas a través del procedimiento previsto en el apartado anterior, la selección de la adjudicataria se realizará de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones previamente elaborado.

4. La diferencia de valor entre los bienes a permutar podrá ser abonada en metálico o mediante la entrega de otros bienes o derechos de naturaleza distinta."

(282) Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana:

"Artículo 89. *Permuta por cosa futura*.

1. La Generalitat podrá permutar bienes inmuebles patrimoniales a cambio de otros futuros, siempre que estos últimos sean determinados o susceptibles de determinación sin necesidad de nuevo convenio entre las partes y conste racionalmente que llegarán a tener existencia.

2. Será preciso en todo caso, que el permutante inscriba en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva en construcción y que preste aval suficiente como garantía de la operación, sin perjuicio de que puedan

La doctrina se muestra dividida a la hora de calificar esta clase de contratos. En todo caso, como señalan CARRASCO PERERA *et al.*, la disputa calificadora carece de consistencia, si se tienen en cuenta los siguientes argumentos: En primer lugar, que es posible conseguir el efecto deseado por medio de una pluralidad de procedimientos jurídicos (contrato de sociedad, contrato atípico *do ut des*, contrato de cesión o retención de derecho de vuelo con prestación mixta de obra, contrato mixto de permuta y sociedad, contrato atípico de permuta, contrato mercantil de cuentas en participación, permuta o reserva de derecho de vuelo sobre construcción futura, autopromoción en comunidad, contrato de obra con contraprestación en especie consistente en la entrega de unidades construidas, aunque cabe considerar como supuesto más frecuente el contrato de permuta); en segundo lugar "porque, cualquiera que sea la definición elegida, el régimen aplicable, tendrá que integrar normalmente, bien en virtud de pago, bien subsidiariamente, obligaciones y derechos propios de los contratos de transferencia de la propiedad (compraventa, permuta), con otros que son propios del contrato de obra (STS 7.4.1999, RA 2659)..." (283).

9.1.4. Derecho real de aprovechamiento por turno

Esta figura está regulada en la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. En este lugar solamente se hará una referencia sumaria a esta materia.

La Ley 42/1998 regula lo que antaño se venía denominando "multipropiedad", o según la Directiva comunitaria que inspira dicho texto legal, "tiempo compartido", expresiones que a propósito han sido evitadas por el legislador de derecho interno (284).

---

establecerse otras garantías. La cancelación del aval procederá cuando el bien futuro tenga existencia real y se hayan cumplido las obligaciones asumidas por las partes."

(283) E. CARRASCO PERERA *et al.*, 2008, p. 308. Cfr., asimismo, E. PÉREZ PÉREZ, 2009, II, pp. 920-943; G. MUÑOZ DE DIOS, 1980, pp. 20 y ss.; A. RUDA GONZÁLEZ, 2002, pp. 73-90.

(284) Según la Exp. M. de la Ley, la justificación de esta decisión de política legislativa se basa en lo siguiente: "El término «multipropiedad»

En el derecho autonómico, el artículo 554.1 del Código Civil de Cataluña regula la denominada "comunidad por turnos", que consiste en "el derecho de gozar del bien sobre el que recae, con carácter exclusivo, por unidades temporales discontinuas y periódicas" que debe constituirse en escritura pública e inscribirse con arreglo a los requisitos previstos en dicho texto legal. El turno consiste en "la unidad temporal, discontinua y periódica, no inferior a una semana, que sirve de módulo para atribuir el aprovechamiento exclusivo del bien y la contribución a los gastos generales" (art. 554.3.1 CCCat.) (285).

---

tenía la gran ventaja de haber calado en la opinión pública, hasta el punto de ser, con mucho, la forma más habitual de denominar entre nosotros a la institución, con independencia de que se hubiera constituido como una forma de propiedad o como una forma de derecho personal. Pero es precisamente ese carácter globalizador con el que normalmente se utiliza, por un lado, y el hecho de hacer referencia a una forma concreta de propiedad, por otro, lo que lo hacen un término inadecuado por equívoco.

Otra opción era utilizar la fórmula empleada en la Directiva: «tiempo compartido». Sin embargo, esta forma de denominar a la institución resulta también poco satisfactoria. En principio, parece un término más genérico que el de «multipropiedad», pero hay que tener en cuenta que «tiempo compartido» no es más que la traducción al español de la forma inglesa «*time-sharing*». La expresión «tiempo compartido» aunque no parece presentar serios inconvenientes para denominar con ella la forma societaria del derecho francés, no es adecuada para incluir cualesquiera otras fórmulas, tanto si son de derecho personal (el multiarriendo griego) o de derecho real (el derecho de habitación periódica portugués). Además, tiene el inconveniente de que parece dar a entender que, entre los titulares de estos derechos, lo que se comparte es el tiempo, cuando es precisamente lo contrario, puesto que los titulares lo son respecto de períodos de tiempo diferentes y excluyentes. Por ello, resulta preferible la expresión «derecho de aprovechamiento por turno», en primer lugar, porque es menos comprometida, en el sentido de ser una expresión más genérica y más descriptiva, y en segundo lugar, porque se ajusta perfectamente a la regulación que del mismo se hace. Nada obsta, sin embargo, a que se mantenga la utilización de esta denominación, o de cualquier otra, en particular a efectos promocionales, siempre que no contenga la palabra propiedad, o no pueda ser equívoca en cuanto al contenido del derecho a que se hace referencia."

(285) En su análisis de la nueva Directiva 2008/122/CE, advierte P. A. MUNAR BERNAT, 2009, p. 13, que la regulación del capítulo IV del Título V del Libro V del Código Civil de Cataluña, dedicado a regular en los doce núme-

También debe tenerse presente que como consecuencia de la nueva Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOCE L 33 de 3 de febrero de 2009), que ha derogado la Directiva 94/47/CE, el legislador español, antes del 23 de febrero de 2011, debe adaptar al derecho interno el contenido de la citada Ley 42/1998, de 15 diciembre. Esta Directiva es aplicable a las "transacciones entre comerciantes y consumidores" (art. 1.2 Directiva).

Con arreglo al artículo 4 de la Ley, el régimen de aprovechamiento por turno debe ser constituido por el propietario del inmueble y cumplir los requisitos previstos en la norma reguladora, sin que los notarios puedan autorizar la escritura correspondiente mientras no se les acredite el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos. Las condiciones de promoción, contenido mínimo del contrato y transmisión del derecho también están especialmente reguladas en dicha norma y la adquisición y transmisión de estos derechos podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad si el contrato se ha formalizado en escritura pública (286).

La norma configura el derecho de aprovechamiento por turno como derecho real limitado, excepto si se opta por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales, prevista en el artículo 1.6 de la Ley, que dispone lo siguiente: "Los

---

ros del artículo 554 la comunidad especial por períodos, se trata de un supuesto especial de copropiedad, que deja patente que queda fuera de su regulación la que se pudiera configurar sobre inmuebles turísticos. "Es decir, que deja en manos del legislador estatal la regulación del aprovechamiento por turno de naturaleza turística que es el que pretende regular la Directiva que ahora se analiza, por lo que en ningún caso parece verse afectada la normativa catalana por esta nueva norma europea, como tampoco incidía en ella la Directiva de 1994."

(286) La disposición final única de esta Ley dice lo siguiente: "Competencia constitucional. Esta norma se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6.a, 8.a y 14.a de la Constitución, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan."

contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Tales contratos deberán referirse necesariamente a una temporada anual determinada que se corresponda con un período determinado o determinable de esa temporada y a un alojamiento determinado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho."

Respecto de la imperatividad de la Ley 42/1998, debe tenerse presente el contenido del párrafo primero de la disposición adicional segunda de esta norma, que dispone lo siguiente: "Disp. adic. sgda. *Imperatividad de la Ley.* Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración". Según el artículo 1.7 de la Ley, "El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos."

Por lo que atañe a los contratos que se refieran a inmuebles situados en el extranjero, el párrafo segundo de la disposición adicional segunda establece que "Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3, 2 y 8 a 12 de la presente Ley. En tales casos el adquirente podrá exigir, además, que el contrato se le entregue redactado en alguna de las lenguas oficiales del Estado en que radique cuando éste sea miembro de la Unión Europea" (287).

(287) Este segundo párrafo fue introducido por el artículo 73.Diez de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2000).

En relación con esta Ley la doctrina señala que el legislador español ha ido más lejos de lo exigido por la Directiva 94/47 y que ello puede crear cierta problemática en relación con la aplicación del Reglamento de Roma sobre obligaciones contractuales. En este punto cabe recordar que en el supuesto de libertad de elección y según la situación conflictual a considerar, el Reglamento Roma I tiene presentes las limitaciones derivadas de las disposiciones de la Ley del país que no puedan excluirse mediante acuerdo o la aplicación de las disposiciones de Derecho Comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo (art. 3, aptdos. 3 y 4) y que en los contratos referentes a derechos reales inmobiliarios, a falta de elección, el contrato debe regirse por la ley del país donde esté sito el bien inmueble [art. 4.1.*c)*].

Por lo que se refiere a la regulación formal de estos negocios, el artículo 4 de la Ley prevé los requisitos que debe contener la escritura pública de constitución del régimen de aprovechamiento por turno, que debe ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, y dispone que los notarios no autorizarán la escritura correspondiente "mientras no se les acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo". Por lo que atañe a la adquisición y transmisión de derechos de aprovechamiento por turno, el artículo 14 de la Ley dispone que siempre que estos contratos se hayan celebrado o formalizado en escritura pública podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad. Si el contrato se celebra ante notario, éste advertirá del derecho de desistimiento que el artículo 10 establece a favor del adquirente, que podrá hacerse constar por acta notarial, y de los demás derechos que le reconoce la Ley reguladora. El apartado tercero de este artículo señala que "el notario no autorizará la escritura, ni el registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones exigidas en el artículo 9".

Por otra parte, en materia de contratos de consumo, el artículo 6.*c)* del Reglamento Roma I remite a la legislación especial de la Directiva 84/47/CE, que ha sido desarrollada por el legislador español por la Ley citada. Según la doctrina, nada hay que objetar cuando la regla *lex rei sitae* tiene por objeto la modalidad del derecho real de aprovechamiento por turno (art. 10 CC), pero la Ley citada también permite que se adopte la modalidad de arrendamiento por temporada, lo que significa que en el caso de aplicarse la normativa de un Estado no miembro deberá respetarse el nivel mínimo de pro-

tección establecido en la norma para el supuesto de contratos que tengan por objeto inmuebles sitos en su territorio.

La doctrina entiende que la citada Ley será de aplicación con carácter imperativo para los supuestos de tráfico interno (empresas españolas, consumidores españoles e inmuebles sitos en España); en el tráfico externo, la Ley será aplicable cuando el régimen conflictual designe el Derecho español (siempre en los aspectos jurídicos reales en el caso de inmueble sito en España) y en los aspectos obligacionales cuando se derive de la aplicación del Reglamento Roma I; en todo caso, se aplicarán los derechos y deberes previstos en la Directiva correspondiente, sea cual sea la Ley aplicable al contrato, si el inmueble se encuentra en España; y todo ello sin perjuicio de que las reglas que determinan los aspectos de forma o acceso a la actividad sean las del lugar donde radique el inmueble, que además son competencia de las CCAA (288).

Por lo que se refiere a la nueva Directiva 2008/122/CE, limitando su examen a la determinación de sus coordenadas básicas, pues habrá que estar a la espera de regulación de adaptación de esta Directiva que establezca el legislador español, cabe señalar que su imperatividad, ámbito objetivo de aplicación y la remisión a los aspectos reales a la ley del país y otras cuestiones referentes a la implementación de estos contratos, aparece prevista en los artículos 12 y 1.2, respectivamente (289):

a) Imperatividad

"Artículo 12. *Carácter imperativo de la Directiva y aplicación en casos internacionales.*

1. Los Estados miembros velarán por que, si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no pueda renunciar a los derechos que le confiere la presente Directiva.

2. Si la normativa aplicable fuera la de un tercer país, el consumidor no quedará privado de la protección que le otorga la presente Directiva, tal como la aplique el Estado miembro del foro:

(288) A. Carrasco Perera *et al.*, 2008, pp. 942-943, con remisión a Garcimartín Alférez.

(289) Cfr. P. A. Munar Bernat, 2009, pp. 2-57; E. Pérez Pérez, 2009, II, pp. 1037-1044.

— si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro; o

— en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades."

b) Ámbito de aplicación

"Artículo 1. Objetivo y ámbito de aplicación.

1. ...

2. La presente Directiva es aplicable a las transacciones entre comerciantes y consumidores (290).

La presente Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional relativa:

a) a las vías de recurso generales en materia de Derecho contractual;

b) al registro de bienes inmuebles o muebles y a la transmisión de bienes inmuebles;

c) a las condiciones de establecimiento, a los regímenes de autorización o a los requisitos para la concesión de licencias; y

d) a la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos que son objeto de los contratos cubiertos por la presente Directiva."

Las modalidades contractuales reguladas o previstas en la Directiva se refieren a los siguientes contratos: "contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico", "contrato de producto vacacional de larga duración", "contrato de reventa", "contrato de intercambio" y "contrato accesorio".

Las definiciones de estos contratos aparecen recogidas en el artículo 2 de la Directiva en los términos siguientes:

"a) «contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico»: un contrato de duración superior a un año en virtud del cual un

(290) Las definiciones de "comerciante" y "consumidor" aparecen recogidas en el artículo 2 de la Directiva como sigue:

"e) «comerciante»: toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocios, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante;

f) «consumidor»: toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión".

consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación;

b) «contrato de producto vacacional de larga duración»: un contrato de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, esencialmente el derecho a obtener descuentos u otras ventajas respecto de su alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios;

c) «contrato de reventa»: un contrato en virtud del cual un comerciante, a título oneroso, asiste a un consumidor en la compra o venta de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o de un producto vacacional de larga duración;

d) «contrato de intercambio»: un contrato en virtud del cual un consumidor se afilia, a título oneroso, a un sistema de intercambio que le permite disfrutar de un alojamiento o de otros servicios a cambio de conceder a otras personas un disfrute temporal de las ventajas que suponen los derechos derivados de su contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico;

[...]

g) «contrato accesorio»: todo contrato en virtud del cual el consumidor adquiere servicios relacionados con un contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o con un contrato de producto vacacional de larga duración, cuando dichos servicios son prestados por el comerciante o por un tercero según lo convenido entre dicho tercero y el comerciante".

La aplicación del Reglamento Roma I a estos contratos y la necesidad de proteger los derechos e intereses de los consumidores, ofreciendo un nivel elevado de protección, aparece prevista en el Considerando (17) de la nueva Directiva, en los términos siguientes:

"La legislación aplicable a un contrato debe determinarse de conformidad con las normas comunitarias en materia de Derecho internacional, en particular el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (1). En virtud de ese Reglamento, la legislación de un tercer país puede ser aplicable, concretamente cuando los comerciantes se dirigen a los consumidores mientras éstos se hallan de vacaciones en un país distinto de su país de residencia. Dado que esas prácticas comerciales son comunes en el ámbito cubierto por la presente Directiva y que los contratos se refieren a importes considerables, debe preverse una salvaguarda adicional en determinadas situaciones específicas, en particular cuando tenga competencia sobre el contrato un órgano jurisdiccional de los Estados

miembros, a fin de garantizar que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva. Este enfoque refleja las necesidades especiales de protección del consumidor que se derivan de la complejidad, la larga duración y la importancia económica que caracterizan a los contratos que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva."

9.1.5. Referencia especial a la donación

En la doctrina suele existir general consenso a la hora de afirmar que tradicionalmente, debido a la misma incertidumbre del concepto por la multiplicidad de formas en que jurídicamente puede manifestarse y por su dudosa configuración -próxima a las relaciones sucesorias, familiares y contractuales-, el tratamiento de las liberalidades en el Derecho internacional privado es una de las más confusas e inciertas [SIMÓ SANTONJA (291)]. Esta circunstancia motiva que el examen de la regulación de las donaciones se considere una "espinosa cuestión" [CARRASCOSA GONZÁLEZ (292)].

En las líneas que siguen, siempre sin perjuicio de mejor derecho, se examinará esta materia en función del derecho temporal aplicable y se pondrá de relieve, en sus líneas más destacadas, la problemática que puede presentarse, y se propondrán determinadas soluciones (293).

9.1.5.1. Regulación anterior al Convenio de Roma de 1980

Antes de la entrada en vigor del Convenio de Roma de 1980, la cuestión de la Ley aplicable estaba resuelta por el legislador de derecho interno en virtud del artículo 10.7 CC, que calificaba a estos negocios como un acto jurídico distinto a las obligaciones contractuales, que estaban reguladas por el artículo 10.5 CC. La norma citada dispone que "Las donaciones se regirán, en todo

(291) V. L. SIMÓ SANTONJA, 1977, p. 45.

(292) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009a, p. 323.

(293) En la aproximación a esta cuestión se tendrán presentes, especialmente, las aportaciones doctrinales de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, pp. 636 y ss.; 2009a, pp. 320 y ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, pp. 528-531; P. JIMÉNEZ BLANCO, 1997, pp. 63 y ss., y M. I. ESPIÑEIRA SOTO, 2010.

caso, por la ley nacional del donante." Esta solución legal responde a una concepción personalista de las donaciones, asimilando su régimen conflictual al de las sucesiones, y se halla en coherencia con la naturaleza contractual de las donaciones, con el principio de seguridad jurídica, con el respeto de los derechos adquiridos y con la finalidad de evitar perjuicios de terceros o comportamientos fraudulentos (294).

En consecuencia, a efectos del DIPr. español las donaciones tenían su propia Ley de conflicto. La citada dicción legal disipaba gran parte de las dudas interpretativas que pudieran plantearse: "en todo caso", o sea, en toda clase de donaciones, rige la Ley nacional del donante (al tiempo de la donación) y no son de aplicación las normas del artículo 10.5 CC (autonomía de la voluntad) ni el artículo 9.8 CC para las sucesiones (295). Es la Ley rectora de la donación la que regula el objeto, límites, prohibiciones y capacidades especiales para donar, efectos, causas de revocación, y de reducción y forma. Lo que antecede sin excluir los problemas de capacidad, reenvío, calificación, orden público, transferencia de los bienes, y en el supuesto de donación de bienes inmuebles sitos en territorio español, forma de la donación y, en su caso, adecuación a la normativa reguladora de su acceso registral (296).

9.1.5.2. El Convenio de Roma de 1980

El Convenio de Roma de 1980 tenía alcance universal o efecto *erga omnes,* de aquí que, en relación con las donaciones internacionales, sus normas desplazasen las normas de derecho interno (297).

El Convenio excluía de su ámbito de aplicación las "obligaciones contractuales" y los "contratos", "los testamentos y sucesiones" y "los derechos y deberes dimanantes de las relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones alimenticias respecto a los hijos no matrimoniales" (art. 1.2.*b* CR), lo que conllevaba la distinción entre donaciones propias del Derecho de

(294) P. Jiménez Blanco, 1997, p. 64.

(295) Excepto respecto de las donaciones *mortis causa* según doctrina no discrepante (M. A. Amores Conradi, 1993, p. 124).

(296) V. L. Simó Santonja, 1977, pp. 46-52.

(297) Este Convenio era aplicable a partir del 1 de septiembre de 1993.

familia o sucesiones (donaciones *mortis causa*) y donaciones incluidas en el CR (298). Según el *Rapport* Giuliano/Lagarde, en el Convenio de Roma quedaban fuera del campo de aplicación de las reglas uniformes las donaciones contractuales referentes al derecho de familia, regímenes matrimoniales y sucesiones (Comentario al art. 1 CR).

Por otra parte, para determinar en concreto si el supuesto consiste o no en una donación regulada por el derecho de familia, matrimonial o sucesorio o debe considerarse una donación ordinaria o de régimen general, esta cuestión deberá deducirse del correspondiente sistema nacional y de las normas de conflicto del foro de esta clase de relaciones, así como en función de la regulación de los efectos del matrimonio o la sucesión, todo ello a pesar de que esta calificación conlleva la renuncia a acudir a un concepto autónomo de donación. Si la donación *propter nuptias* o por razón de matrimonio o la donación entre cónyuges está vinculada al derecho matrimonial, lo más correcto será someter la donación a los artículos 9.2 y 9.3 CC, pero si este no fuera el caso procedería aplicar el CR; por lo que atañe a las donaciones *mortis causa,* en principio, salvo que la Ley nacional material o conflictual que las regula prevea de otro modo, participan del derecho sucesorio y quedarán excluidas del ámbito de aplicación del CR (299).

En los supuestos de donaciones entre cónyuges sometidos a derecho extranjero, debe tenerse en cuenta el correspondiente estatuto personal y matrimonial. En algunos derechos las donaciones entre cónyuges están prohibidas y en otros están admitidas; en los países musulmanes no se admite la donación de bienes futuros. La doctrina reconoce que la regulación de las donaciones entre cónyuges es incierta, porque se encuentra en la encrucijada de varias regulaciones (régimen económico matrimonial, efectos del matrimonio, derecho de sucesiones), de aquí que la solución puede ser distinta en función de las previsiones legales aplicables al supuesto en cuestión. Por otra parte, respecto a la donación de bienes inmuebles también deben considerarse los requisitos inherentes a la *lex rei sitae,* entre ellos, el requisito de forma pública.

---

(298) J. Carrascosa González, 2008, II, pp. 530 y ss.; J. L. Iriarte Ángel, 2006, p. 205.

(299) P. Jiménez Blanco, 1997, pp. 70 y ss., que examina el abanico de normas de conflicto de donaciones especiales.

Con relación a las donaciones incluidas en el CR, esto es, las donaciones de naturaleza contractual o que se deriven de un contrato, consistentes en un acuerdo de voluntades que genera obligaciones, debían operar los criterios generales previstos en el Convenio. Por tanto, la donación debía regirse como sigue: *a)* Por la Ley elegida por las partes, expresa o tácitamente; *b)* En defecto de Ley elegida, procedía aplicar la Ley del país de residencia habitual del donante (art. 4.2 CR), que se consideraba como la ley del "operador característico", pero debido a las diferencias que presenta la donación respecto de los contratos empresariales de importación y exportación, ámbito material por excelencia del CR, la doctrina propugnaba que mediante el desarrollo judicial debía aplicarse el artículo 4.5 CR o Ley del país más estrechamente vinculado al contrato, lo que debía decidirse "caso por caso"; *c)* Por último, respecto de la donación de inmuebles, se entendía que el contrato estaba más vinculado con el país de situación del inmueble, por lo que dicha Ley era la que debía aplicarse (art. 4.3 CR), aunque el artículo 4.5 CR también dejaba abierta otra posible solución, consistente en la aplicación de la Ley del país que estaba más estrechamente vinculado con la situación contractual (300).

Respecto del aspecto real es de aplicación el artículo 10.1 CC. Como observa la doctrina, "El artículo 10.1 CC presenta un ámbito de aplicación omnicomprensiva en lo que se refiere a los modos de adquisición originaria o los negocios jurídicos que fundamentan una adquisición derivativa de los derechos reales. Precisamente los intereses de política legislativa del Estado de la situación de los bienes y la protección de los terceros frente a los que se puede hacer valer el derecho real, explican tal solución" (301).

Por lo que se refiere a las normas de forma de la donación cuando no resulte aplicable el CR, es de aplicación el artículo 11 CC, debiendo respetarse las exigencias de forma *ad solemnitatem* de la Ley aplicable a su contenido. En el supuesto de donación de inmuebles sometidas al derecho español, según reiterada jurisprudencia, la exigencia de "escritura pública de donación" prevista en el artículo 633 CC (forma sustancial) constituirá un requisito de validez y eficacia de la

(300) J. Carrascosa González, 2008, II, pp. 531-532.
(301) P. Jiménez Blanco, 1997, p. 87.

donación (302). Asimismo, a efectos de la eficacia del consiguiente acceso de la donación a los registros públicos sobre bienes inmue-

(302) La STS de 3 de febrero de 2010 recuerda el estado actual de la jurisprudencia respecto al requisito formal sustancial que deben llenar estas donaciones, que extiende a otros supuestos –en el caso de dicha sentencia, a la transmisión de unas participaciones sociales a título de donación simulando un contrato de compraventa– en que la norma legal exija documento público para documentar el negocio transmisivo, y dispone lo siguiente:

"En tal caso, resulta de aplicación la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en sentencia de 11 de enero de 2007 (Rec. 5281/1999), seguida por las posteriores 684/2007, de 20 de junio, 956/2007, de 10 de septiembre, 236/2008, de 18 de marzo, 317/2008, de 5 de mayo, 287/2009, de 4 de mayo y 378/2009, de 27 de mayo.

Se dice en dicha sentencia que «Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos».

Aun cuando dicha sentencia, como las posteriores que se han citado, se refieren a supuestos de donación encubierta de bienes inmuebles –cuyos requisitos de forma se contienen en el artículo 633 del Código Civil– la doctrina ha de ser extendida necesariamente a supuestos como el presente en que se exige el otorgamiento de un documento público debiendo constar también por escrito la aceptación del donatario –artículo 632 del Código Civil– sin que dicha aceptación pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.

La sentencia de 11 de enero de 2007 finaliza sus razonamientos contrarios a la validez de la donación encubierta bajo contrato de compraventa, afirmando que «el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simula-

bles, el título deberá constar en forma pública idónea que satisfaga los requisitos legales exigidos a tal fin (art. 3 LH).

9.1.5.3. El Reglamento Roma I

Por último, por lo que se refiere a las previsiones establecidas en el Reglamento Roma I, actualmente, con arreglo al artículo 1.2, letras *b)* y *c)*, el Reglamento es aplicable a las donaciones siempre que se cumplan cumulativamente los siguientes dos requisitos: *a)* Que la donación genere "obligaciones contractuales", y *b)* Que la donación no esté excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I.

a) La donación como acto o contrato

Como se ha anticipado, un primer escollo a resolver es el referente a la calificación de la donación internacional como "acto" o como "contrato". Si con arreglo al Informe sobre el Convenio de Roma solamente debían incluirse en su ámbito las donaciones que tuvieran naturaleza de "contrato", quedarían excluidas, en principio, aquellas donaciones que no casaran con el concepto autónomo de "obligación contractual".

En nuestro derecho, los artículos 609 y 618 CC configuran la donación como un acto, negocio dispositivo y modo de adquirir el dominio, tesis que es compartida por una parte de la doctrina; pero la doctrina mayoritaria, a la vista, entre otros, de los artículos 621 y 629 CC, en tesis igualmente reconocida en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo (303), considera que la donación es de naturaleza contractual, "dado que por la existencia de un acuerdo de voluntades sobre una prestación, aunque sea sin correspectivo, no puede dejar de calificarse como contrato" (304), y otro sector de la doctrina se hace eco de una posible tesis intermedia que parti-

---

ción, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)»" (FJ 4).

(303) M. ALBALADEJO GARCÍA, S. DÍAZ ALABART, 2006, pp. 29 y ss.; M. ANDERSON, 2005, pp. 91-95.

(304) R. SÁNCHEZ ARISTI, 2009, p. 780.

cipa de los rasgos del negocio dispositivo y del contrato traslativo de dominio. También debe considerarse que con base al principio de autonomía de la voluntad la donación puede configurarse con carácter obligacional (arts. 1254 y 1274 CC). En todo caso, para que la donación inmobiliaria sea válida, ha de hacerse en escritura pública (forma sustancial) ligada al modo de adquirir el dominio (art. 609 CC), debiendo constar la aceptación por el donante en forma auténtica (art. 633 CC) (305).

En relación con el Reglamento Roma I, en defecto de una norma jurídica unitaria que establezca con carácter previo la naturaleza contractual o no de la donación, para determinar cuándo se requiere el consentimiento contractual, las tesis de posible consideración son las siguientes:

— Al amparo del artículo 10 del Reglamento y la Ley del "contrato hipotético", un sector de la doctrina propone la aplicación de la Ley rectora de la donación si ésta fuera válida. Una vez determinada dicha Ley, la Ley puede establecer la aceptación del donatario como una condición necesaria, en cuyo caso se tendrá una donación contractual y se aplicará el propio Reglamento. La Ley hipotética determinará si se requiere o no consentimiento del donatario y si su ausencia provoca o no la nulidad de la donación, lo que determinará su calificación o no de donación contractual. En el primer supuesto procederá la sujeción a las normas del Reglamento, pero si dicha Ley mantiene la eficacia de la donación por la simple voluntad del donante, queda excluida la aplicación del Reglamento (306).

— Como tesis alternativa, otro sector de la doctrina se remite a la tesis del "concepto autónomo de contrato", con lo que se evita entrar en la espinosa cuestión sobre la naturaleza jurídica de la donación. Según esta tesis, en el Reglamento Roma I, en apli-

(305) M. ANDERSON, 2006, pp. 331 y ss. Como observa R. BLANQUER UBEROS (1977, p. 256): "En la donación, la ley que rige el contenido es la Ley nacional del donante siempre y, además, como acto dispositivo de efecto traslativo inmediato, se rige, siempre también, por la ley de tráfico de los bienes, por sus matices imperativos o de orden público o de efecto positivo."

(306) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, p. 529, con apoyo en P. JIMÉNEZ BLANCO, 1997, pp. 69-70, que razona el argumento en consideración al entonces artículo 8 CR.

cación coherente con la regulación del Reglamento 44/2001 [cfr. Considerando (7) Rglto. Roma I], la cuestión debe resolverse por medio del "criterio de la aceptación". Como sea que toda donación en la que el donatario emite su "aceptación" a la donación debe considerarse un "acuerdo libre de voluntades", estas donaciones generan "obligaciones contractuales" a efectos del Reglamento Roma I, incluso a pesar de que solamente existan obligaciones para una sola de las partes, pues esta circunstancia no excluye la naturaleza contractual de la donación. En el supuesto de que la donación no haya sido aceptada por el donatario, la donación nacería de la voluntad de una sola de las partes, por lo que tendría carácter extracontractual y sería aplicable la Ley designada por el Reglamento Roma II (307).

b) Donaciones excluidas

Aunque la donación se configure como contractual, el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I a las donaciones debe efectuarse por referencia a lo previsto en el artículo 1.2, letras *b)* y *c),* que establece que se excluirán del ámbito de aplicación del siguiente Reglamento las siguientes clases de obligaciones:

"*b)* las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos";

"*c)* las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones".

La duda que cabe plantear en este segundo supuesto es la naturaleza matrimonial o no de las transmisiones de bienes y derechos efectuadas, "por cualquier título", entre el marido y la mujer al amparo de lo previsto en el artículo 1323 CC (STS de 19 de diciembre de 1997), lo que, en principio, permite encuadrar dichas donaciones en el ámbito obligacional, por lo que sólo deben excluirse aquellas donaciones entre cónyuges que, de conformidad con la ley reguladora de sus relaciones matrimoniales, se reglamenten y suje-

(307) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009a, p. 324.

ten a disposiciones específicas de las relaciones económicas entre los cónyuges (308).

En todo caso, debe considerarse que la norma comunitaria distingue entre donaciones entre personas en las que no existe ningún vínculo familiar o equivalente y aquellas otras que se producen dentro de determinado círculo o relación matrimonial o situación de efectos comparables. Las primeras quedarán indefectiblemente incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I. Respecto de las segundas, cabría defender su exclusión, pero la doctrina ha puesto de relieve que esta clase de donaciones son ajenas a los efectos del matrimonio, por lo que deben quedar excluidas del ámbito del artículo 9.2 CC y, en consecuencia, ello conllevará su inclusión en el ámbito material de aplicación del Reglamento. Con arreglo a la doctrina y aun reconociendo que este criterio aplicativo puede generar enormes problemas, "Están cubiertas por el Reglamento Roma I las donaciones que no son objeto de regulación por el Derecho de Familia aunque se verifiquen en el ámbito de la familia" (309).

Como sea que en relación con esta materia cada ordenamiento jurídico de derecho interno puede ofrecer respuestas jurídicas distintas, para determinar si el supuesto incide o no en el Derecho de Familia, lo que a su vez depende del Derecho aplicable a la donación (*circulus inextricabilis*), la única solución posible consiste en aplicar las normas de conflicto de producción interna y examinar si con arreglo a la Ley aplicable a la donación constituye o no una materia regulada por el Derecho de Familia o no. En caso afirmativo, deberá aplicarse a la donación la regulación prevista en el correspondiente Derecho de Familia y en caso negativo acudir a la Ley designada por el Reglamento Roma I (310).

En suma, quedarán excluidas del Reglamento Roma I las donaciones *mortis causa* que se rigen por las disposiciones de última voluntad (arts. 620 y 9.8 CC); las donaciones entre cónyuges (art. 9.2 CC) o de regímenes económicos comparables al matrimonio, debiendo examinarse si estas donaciones se hallan sujetas a disposiciones específicas del Derecho de familia, pues en caso contrario queda-

(308) J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, 2009, p. 530.
(309) J. Carrascosa González, 2009a, p. 325.
(310) J. Carrascosa González, 2009a, p. 325.

rían incluidas dentro del Reglamento Roma I; por último, las donaciones reguladas en el Derecho interregional que obedezcan a los mismos criterios (arts. 10.7 y 16.1 CC) (311).

En cambio, según el Reglamento Roma I, procederá aplicar a las donaciones lo previsto en el Reglamento, cuando: *a)* Se trate de donaciones que generen "obligaciones contractuales" y *b)* No estén reguladas por el derecho de familia, matrimonial o sucesorio.

En las donaciones incardinables en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I rige la Ley elegida por las partes (art. 3.1 Rglto.). En defecto de Ley elegida, y si se trata de donación de inmueble, es aplicable la Ley del país donde esté sito el bien inmueble (arts. 4.3 y 4.4 Rglto.), pero la doctrina no descarta que pueda aplicarse la Ley de otro país cuando se desprenda claramente la existencia de vínculos manifiestamente más estrechos, todo ello sin perjuicio, tratándose de inmueble sito en territorio español, de la aplicación de la legislación de derecho interno sobre leyes de policía, leyes imperativas, leyes que no puedan excluirse mediante acuerdo y de lo previsto sobre la validez formal (arts. 9 y 11.5 Rglto.). Cuando la donación consista en otros bienes o activos que no sean de naturaleza inmueble, será de aplicación la Ley de residencia habitual del donante (art. 4.2 Rglto.), al considerarse que la cualidad de "prestador característico" concurre en la persona del donante, por ser el sujeto que entrega el objeto de la donación, mientras que el donatario se limita a aceptar y a recibir la cosa (312). La exigencia de forma especial, privada o pública, vendrá determinada en función de la normativa aplicable según el lugar de radicación del bien y de los requisitos de validez formal exigidos por la ley de fondo y la Ley que regule su inscripción registral.

Sin perjuicio de las normas de derecho temporal aplicable y de la regulación del estatuto personal (art. 9.1 CC) y regulación formal que proceda, cabe señalar lo siguiente (313):

---

(311) J. Carrascosa González, 2009a, pp. 326-327. Sobre la problemática suscitada en torno a una donación *mortis causa* internacional, cfr. R. 6 de marzo de 1997 (BOE 31 de marzo de 1997) y comentario a cargo de I. Espiñeira Soto (2010).

(312) J. Carrascosa González, 2009a, p. 326.

(313) I. Espiñeira Soto, 2010.

a) Donaciones excluidas del ámbito material del Reglamento (art. 1.2, letra c, Rglto.)

En las donaciones reguladas por el Derecho de familia o relaciones que tengan efectos comparables, entre otras normas legales a considerar, deberá tenerse presente lo previsto en los artículos 10.7, 9.2, 9.3 y 1341.2 CC, la normativa legal sobre uniones de hecho y las normas de derecho civil o foral propio de las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia. En materia de forma de las donaciones inmobiliarias, procederá aplicar lo prevenido en los artículos 11.2 y 633 CC y en las donaciones *mortis causa,* los artículos 9.8, 11 y 620 CC y normativa de derecho civil especial o foral que proceda.

b) Donaciones incluidas en el ámbito material del Reglamento

En este supuesto la donación tendrá naturaleza contractual y procederá aplicar la Ley elegida por la parte o partes o la que resulte de la regulación prevista en el Reglamento. A este respecto, la donación tiene una doble trascendencia: como disposición gratuita en relación con la Ley aplicable a la donación y el régimen de la sucesión del donante, y en su aspecto real, respecto de la transmisión del inmueble, en su calidad de bien situado en España (art. 10.1 CC).

Con arreglo a la doctrina, la Ley rectora de la donación "determina el contenido de la donación, la posibilidad y condiciones de la revocación –con los límites que pueda establecer la Ley rectora de las relaciones entre cónyuges–, y el objeto de la donación (bienes susceptibles de donación, posibilidad de donación universal, etcétera). Queda fuera de su ámbito de aplicación el régimen de transmisión de la propiedad (art. 10.1.º del CC), y los supuestos de reducción y colación de las donaciones establecidos por la Ley rectora de la sucesión (art. 9.8.º)" (314). Asimismo, cuando se trate de donación de bienes inmuebles sitos en territorio español, en materia de forma deberán aplicarse las leyes de derecho interno que no puedan excluirse mediante acuerdo, las leyes imperativas y prohibitivas y las leyes de policía.

(314) J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, 2009, p. 531.

En materia de reglas de validez formal, en las donaciones otorgadas antes del 1 de septiembre de 1993, rige el artículo 11 CC (315); en las celebradas entre el 1 de septiembre de 1993 y el 16 diciembre 2009, rige el artículo 9 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, que en relación con todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario está sometido a las normas sobre forma imperativas de la Ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que según esta Ley sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la Ley que lo rija en cuanto al fondo; para las donaciones celebradas a partir del 17 de diciembre de 2009, inclusive, rige el artículo 11.5 Reglamento Roma I, que se analiza más adelante, y con significación parecida a la acabada de indicar para el CR.

A efectos registrales la donación debe formalizarse en escritura pública (arg. arts. 10.1 CC y 3 LH). En el supuesto de que la donación se haya formalizado en el extranjero, el título aportado deberá tener fuerza en España con arreglo a las leyes (art. 4 LH), hacer fe por sí solo (art. 34 RH), reunir los requisitos necesarios para su autenticidad en España (art. 36 RH) y cumplir con los requisitos inherentes a la forma de control prevenidos en la legislación vigente.

9.2. OTROS ACTOS Y NEGOCIOS SOBRE DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

a) Negocios sobre censos: reservativo, enfitéutico, consignativo.

b) Negocios de servidumbre de relaciones de vecindad, industriales, de paso de líneas eléctricas, de desagüe, de luces y vistas, propiedad horizontal y urbanizaciones, a cargo o a favor de bienes futuros, de paso, de medianería, de distancias y obras intermedias, etc.

Cuando el predio dominante y el predio sirviente se encuentren en Estados diferentes, debe entenderse que el país más estrechamente vinculado es el país en cuyo territorio se encuentra el predio sirviente, porque es en dicho predio donde deberán realizarse los

(315) Sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 10.1, 609, 633 y 1280.1.º CC.

actos en los que consiste la servidumbre. Esto significa que el ejercicio del derecho deberá regularse por la Ley del país del predio sirviente.

c) Negocio de servidumbre personal de pastos y rozo.

d) Negocios de hipoteca y anticresis. En materia de constitución de préstamos hipotecarios ofrecidos a los consumidores, son de especial aplicación las previsiones establecidas en el artículo 6 del Reglamento Roma I. En los demás supuestos, procede aplicar la Ley elegida por las partes (art. 3. Rglto.), y a falta de elección, será aplicable la Ley del país donde esté sito el bien inmueble, pero el derecho real de hipoteca se regirá por la Ley del país de situación del inmueble (art. 10.1 CC) (316). Análogas conclusiones cabe establecer en relación con la anticresis.

Sin perjuicio de la adaptación del negocio a la Ley aplicable en función de su naturaleza contractual, legislación hipotecaria, y legislación protectora referente a los consumidores y usuarios, en particular, deben tenerse especialmente presentes las normas sobre transparencia de las condiciones financieras (OM de 5 de mayo de 1994, y OM de 12 diciembre 1989). En esta materia es de interés el contenido de la "Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda [C(2001) 477 final – ES] (317)", que en nuestro derecho básicamente aparece recogido en la normativa sobre

(316) J. Carrascosa González, 2009, p. 385.

(317) "Artículo 1. *Ámbito de aplicación.*

La presente Recomendación se refiere a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores de créditos vivienda nacionales y transfronterizos. Los acuerdos de crédito regulados por la Directiva 87/102/CEE quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Recomendación.

Artículo 2. *Definición.* A los efectos de la presente Recomendación, se entenderá por «crédito vivienda» un préstamo ofrecido a un consumidor para la compra o transformación del bien inmueble privado que posea o aspire a adquirir, asegurado mediante hipoteca sobre el bien inmueble o mediante una fianza utilizada habitualmente en un Estado miembro a tal efecto."

http://www.consumo-inc.es/Informes/docs/homeloans-es.pdf.

transparencia financiera, así como el cumplimiento de las obligaciones de información, legislación sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Otras normas relacionadas con estas materias son la Ley 22/2007, de comercialización a distancia de servicios financieros, y la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (318).

Por otra parte, los notarios deben cumplir los deberes de información, consejo y asesoramiento y control de legalidad, en los términos previstos en su propia legislación estatutaria. En la legislación especial, estos deberes se hallan previstos en las normas citadas, y en particular, en el artículo 7, apartados 2 y 3, de la OM de 5 de mayo de 1994 (319) y 23.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

e) Negocios referentes a derechos de vuelo, de superficie urbana o rústica, de sub o sobreedificación.

f) Contrato de arrendamiento de bienes inmuebles urbanos y rústicos con independencia de su duración objeto y demás circuns-

---

(318) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

(319) El ámbito de aplicación de la OM de 5 de mayo de 1994 es el siguiente:

"Art. 1. *Ámbito de aplicación.*

1. La presente Orden será de aplicación obligatoria a la actividad de las entidades de crédito, de las entidades aseguradoras y de otras entidades financieras, relacionada con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias:

— Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda.

— Que el prestatario sea persona física.

— Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25.000.000 de pesetas, o su equivalente en divisas.

2. La presente Orden será de aplicación a las actividades citadas que se realicen en España, cualquiera que sea el lugar de domicilio de las entidades a las que se refiere el artículo 1.1 que pretenda actuar como prestamista o el lugar de formalización del préstamo. En particular, se presumirán sujetos a esta Orden los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas residentes en España."

tancias y el arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4.1.*d)* (320).

g) Derechos reales sobre bienes inmuebles. Constitución o contratos de usufructo, uso, habitación, derechos reales, propiedades especiales como propiedad de las aguas, propiedad de las minas, montes que se refieran a relaciones de derecho privado.

h) El tanteo y retracto convencional real, los foros y subforos.

i) Contrato de renta vitalicia que recae sobre inmuebles garantizado por un derecho real.

9.3. OTROS ACTOS O CONTRATOS RELACIONADOS CON LOS BIENES INMUEBLES

En este apartado se examinarán diversos actos y contratos relacionados con los bienes inmuebles y la Ley aplicable en consideración a las circunstancias que pueden presentarse:

a) Declaraciones de obra nueva. La declaración de obra nueva no es un negocio jurídico que tenga por objeto la adquisición o la transmisión del dominio (STS de 27 de junio de 1992), pero si esta declaración incorpora algún negocio jurídico de adquisición o de constitución de derechos reales, ello puede motivar las correspondientes modificaciones jurídicas en la configuración o cargas afectantes a la finca [RDGRN de 26 de mayo de 1999 (321)]. No

(320) Se reseñan estos contratos porque están incluidos en el ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I, sin que esto suponga atribuirles naturaleza real. En el arrendamiento de un bien inmueble con fines de uso personal por personas físicas por tiempo máximo de seis meses consecutivos que tienen residencia habitual en el mismo país que el país de residencia del propietario del inmueble, en defecto de elección, rige la Ley de residencia habitual común [art. 4.1.*d)* Rglto.].

(321) En esta resolución los cónyuges, en régimen de separación de bienes, hacían constar que en el solar propiedad del marido habían construido a sus costas una vivienda con distintas aportaciones en efectivo realizadas por ambos cónyuges, con lo cual, constituían una comunidad de bienes entre ambos, por lo que solicitaban la inscripción de dicha finca en total en pro indiviso por partes iguales. La Dirección General confirma el Auto presidencial y señala que "la mera declaración de obra nueva carece de virtualidad jurídica para producir una transmisión patrimonial, pero, en

obstante, la declaración de obra nueva es necesaria para la constitución registral del derecho de hipoteca de venta de pisos actuales o futuros, pues es precisa la previa inscripción del edificio con las descripciones correspondientes (arts. 8.5 LH y 51 RH). También es exigible la declaración de obra nueva para la constitución del régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles [art. 4.1.*a)* Ley 42/1998 (322)].

b) Contratos de construcción y contratos de reparación de bienes inmuebles. Si estos contratos se califican de contratos de "prestación de servicios" procederá aplicar la Ley que regule esta clase de contratos (art. 4.1.b Reglamento Roma I). Según el *Rapport* Giuliano/Lagarde, el objeto principal de los contratos que tienen por objeto la construcción o reparación de inmuebles es la construcción o reparación más que el propio inmueble.

c) Contrato de subarrendamiento. La doctrina pone de relieve que en la versión del antiguo CR, el artículo 4.3 aplicaba la Ley del país del inmueble a todo contrato que tuviese por objeto "un derecho de utilización de un inmueble", mientras que la versión actual sólo dice: "arrendamiento de un bien inmueble", lo que, en principio, no englobaría el supuesto indicado (323).

Como consecuencia de la aplicación de la regla sobre la "prestación característica del contrato", la doctrina propugna la aplica-

---

el presente supuesto no ocurre así, pues, si bien, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso, que aunque no esté expresamente nombrado, podría tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido".

(322) Ley 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno.

"Artículo 4. *Constitución del régimen.*

1. El régimen de aprovechamiento por turno deberá ser constituido por el propietario registral del inmueble. Para poder hacerlo, deberá previamente:

a) Haber inscrito la conclusión de la obra en el Registro de la Propiedad. En el caso de que la obra esté iniciada, deberá haber inscrito la declaración de obra nueva en construcción.

b) ..."

(323) J. Carrascosa González, 2009, II, p. 556; 2009, pp. 183-184.

ción de la Ley del país de la residencia habitual del subarrendador (art. 4.2), a menos que pueda demostrarse que el contrato presenta vínculos más estrechos con el país de situación del inmueble (art. 4.3 Reglamento Roma I). La misma solución se obtendrá si se considera que el subarrendamiento participa de los rasgos propios del arrendamiento, lo que tiene un claro fundamento (cfr. art. 2 LAU, arts. 1550-1552 CC) (324).

d) Contratos de préstamo y crédito. Como complemento a lo indicado en otro lugar, la doctrina incluye estos contratos en el grupo de los contratos denominados de "servicios" (art. 4.1.*b* Reglamento Roma I).

Cuando estos contratos se concierten conjuntamente con un contrato real de garantía inmobiliaria, en principio, podrán existir soluciones diferentes respecto de ambos contratos y aunque el contrato se calificase como contrato unitario corresponderá delimitar los aspectos obligacionales y los aspectos reales. En relación con el aspecto obligacional deberá tenerse en cuenta la naturaleza o no de contrato de consumo. En relación con la garantía real, el vínculo más estrecho se halla en el lugar donde radica el bien, por lo que respecto de la garantía procederá aplicar las previsiones correspondientes en relación con la Ley del país donde esté sito el bien inmueble (325).

e) Contrato de precario sobre inmueble. Doctrina y jurisprudencia califican el precario de dos formas posibles: Como una especie de comodato o de préstamo de uso de una cosa, pudiendo el comodante reclamarla a su voluntad (art. 1750 CC) o como una pura situación posesoria, que no sería nunca un contrato entre las partes.

---

(324) La posición del Notariado Europeo (CNUE, 2007) se inclinaba por retomar la expresión "derecho de utilización de un inmueble" en lugar de la adoptada, que ya existía en el anterior CR y en la propuesta de Reglamento. Esta petición se justificaba porque en Europa existen contratos que se consideran próximos al contrato de arrendamiento sin que reciban esta calificación jurídica.

(325) En el supuesto de que se conviniese la anotación preventiva a favor del acreedor refaccionario en el Registro de la Propiedad, deberán aplicarse las disposiciones previstas en los artículos 59, 92 a 95 LH. El acreedor refaccionario es aquel que ha prestado una cantidad de dinero con destino a la construcción o reparación de un bien inmueble.

Si la situación posesoria tiene su origen en un contrato que confiera la tenencia de la cosa sin pago de merced, se tendrá una variedad de comodato, sin que, en este supuesto, en principio, los gastos de uso desnaturalicen el precario. El comodante no puede considerarse prestador de servicios, porque no asume obligaciones consistentes en conductas activas (326), por ello, procederá aplicar la Ley del país residencia habitual del comodante o propietario del inmueble.

En los supuestos de posesión sin título, procederá la acción de desahucio o la acción reivindicatoria, con lo cual cabe entender que deberá aplicarse la Ley del país de situación del inmueble, porque es donde se presentan los vínculos más estrechos: actos de uso del comodatario y lugar de situación de la finca.

(326) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 556. En relación con la legislación francesa sobre transparencia financiera, la protección del consumidor y los préstamos con garantía hipotecaria (*Loi Scrivener* de 13 de julio de 1979, calificada de "*loi de police*"), los tribunales franceses ofrecen doctrina contradictoria, pero la actuación del Notariado francés se inclina por aplicar dicha normativa cuando el deudor tiene su residencia en Francia, cualquiera que sea el lugar de situación del inmueble objeto de adquisición. Dicha Ley se considera aplicable como sigue: *a)* a título de Ley del contrato, cuando el contrato se somete a la Ley francesa, cualquiera que sea el lugar de situación del inmueble; *b)* a título de Ley de policía si el inmueble está situado en Francia y si el prestamista o el prestatario está establecido en Francia. Otro tanto cabe afirmar de las leyes de usura que tienen naturaleza de "*loi de police contractuelle*" y se aplican con independencia de la Ley que rija el contrato, con tal que exista oferta de crédito en el mercado nacional o devolución de fondos a un acreedor radicado en el territorio nacional o cuando el contrato presente vínculos estrechos con el país (M. REVILLARD, 2010, pp. 583-584 y 587).

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES (1)

Víctor Manuel Garrido de Palma

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

EN LA TRANSFORMACIÓN
- La Tr. como fin en sí y como medio
- Dentro de las sociedades de capital, ¿SA o SRL?
- El tránsito de una a otra, ¿puede aligerarse? Supuestos resaltables
- ¿Cabe modificar sustancialmente el proyecto de escritura o estatutos?
- La Escritura pública y la Inscripción RM. Significado de cada una

EN LA FUSIÓN
- La fase de conocimiento y trato. El protocolo de fusión. Efectos
- El Proyecto común de fusión: contenido adicional
- El Acuerdo de fusión, ajustándose estrictamente al PCF
- El Acuerdo Unánime de fusión, proceso simplificado
- La Escritura de elevación a público del acuerdo de fusión
- La Inscripción en el RM. Eficacia de la fusión
- La *"successio in universum ius"*. Relaciones y titularidades transmisibles

EN LA ESCISIÓN
- Si es total, cada parte o bloque patrimonial, ¿unidad económica?
- Si es parcial, ¿*quid iuris* "Unidad económica"; momento; artículo 70.2?
- La Segregación y la Aportación de rama de actividad
- La Escisión parcial financiera. Artículo 83 LIS

(1) Intervención del autor en el Congreso Notarial de Sitges. Septiembre 2011. Contiene una versión resumida de la misma.

- La constitución de sociedad íntegramente participada. Artículo 72
- El Proyecto de escisión. El artículo 74 LME

EN LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO
- Un convidado de piedra hasta el otorgamiento EP: el cesionario
- Órgano legitimado si el cesionario es una sociedad
- CG a un solo cesionario y el artículo 82 LME
- ¿Necesidad de aprobar un balance de CE; artículo 39; información?

INTRODUCCIÓN

La Ley 3/2009, de 3 de abril, -según su Preámbulo- "unifica y amplía el régimen jurídico de las denominadas «modificaciones estructurales», entendidas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo".

De la AV en ellas voy a tratar, con la intención de poner de relieve sobre todo los casos en que la misma tiene campo de actuación, sobre la base de dos interrogantes: ¿las ME son solo las que la Ley regula o hay más; estamos ante un *numerus clausus*?, y, ¿qué margen de libertad existe para la configuración interna de los tipos legales de la ME?

La primera pregunta tiene sentido porque si bien la intención del legislador parece clara: unificar y ampliar el régimen jurídico de las ME, dice el Preámbulo en la parte transcrita, supuestos extra LME, como la Escisión parcial financiera -a la que la LIS presta atención- y la Aportación de rama de actividad, también considerada por la legislación tributaria, hacen que el interrogante haya que plantearlo.

La segunda pregunta, con todo, es la que va a ser objeto de mi atención con detenimiento. Al hacerlo, además, toco la primera ya que su contenido también está dentro del segundo interrogante.

Y todo lo que voy a tratar, lo haré solo apuntando las cuestiones dudosas: *(tempus fugit)* y lo que expongo responde a un plantea-

miento amplio de la AV, por razón de índole práctica, lo que a la vez me exime de apuntar siquiera supuestos en los que la Ley permite expresamente el juego de la AV (acuerdos por unanimidad, opción para publicaciones...).

EN LA TRANSFORMACIÓN

Ya de entrada la regulación de la Tr. en la LME sugiere dos aspectos resaltables: puede ser un fin en sí misma y cabe que constituya puente instrumental para conseguir una reestructuración más compleja e intensa, de modo que sirva de medio para después de que existan sociedades mercantiles, éstas se fusionen, se realicen escisiones...

La ampliación del perímetro transformador (arts. 4 a 7) permite lo anterior, si bien hay puntos oscuros y existen lagunas, pero ciertamente constituye un considerable avance, a tener en cuenta.

¿Sociedad anónima o Sociedad limitada?

La praxis demuestra cómo en la evolución societaria se ha ido de sociedades personalistas a sociedades de capital, en la mayoría de los casos, pero dentro de éstas, ¿SA o SRL? Dejando aparte supuestos en que la ley exige un determinado tipo o forma social, el interrogante tiene sentido, planteado en términos generales, porque en pleno siglo XXI no se acaba de dar con la respuesta indiscutida. Y es que la concepción doctrinal de ir al tipo de base SA con pluralidad de opciones: cerrada, abierta y la gran A. que acude al mercado de capitales para su financiación, con fácil tránsito por simple modificación estatutaria, sin necesidad de transformación ("Drei Stufen Modell"), pugna frente al enfoque de reservar la A. para las sociedades bursátiles y sin perjuicio de poder acudir a ella en otros supuestos, considerar a la SL la forma jurídica estándar de las S de C no bursátiles; sería la SL –dice FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA frente a A. ROJO, defensor de la primera opción– como referente, un modelo marcadamente personalista con amplio poder autonormativo y pensado para un grado máximo de polivalencia funcional.

Planteada la cuestión básica, me detengo en destacar las características fundamentales del tipo legal SA y SRL, conforme las regula la actual LSC.

1. Ambas tienen que constituirse con un *capital social mínimo*: no inferior a tres mil euros la Limitada y desembolsarse íntegramente el valor nominal de cada participación social (arts. 4 y 78), y no inferior a sesenta mil euros y desembolsado al menos en una cuarta parte el valor nominal de cada acción (arts. 4 y 79). Lo que ha de estar realizado en todo caso en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad (o de ejecución del aumento de capital).

2. Las aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima han de ser objeto de un *informe* elaborado por uno o varios *expertos independientes* con competencia profesional, conteniendo la descripción de la aportación y la valoración de la misma –entre otros requisitos–; de modo que, dice el artículo 67, el valor que en la escritura social se dé a la aportación no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos. Y si el artículo 69 excepciona algunos casos –en puridad modalizaciones *ad hoc*–, el artículo siguiente para ellos exige un informe sustitutivo de los administradores.

En la Limitada, por el contrario –como destaca la Exposición de Motivos de la Ley–, "se sustituyen, en ocasiones, sus mecanismos de defensa –a veces más formales que efectivos– por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa". Con lo que está refiriéndose a la responsabilidad solidaria *ex* artículo 73, que en este tipo social sustituye al que he apuntado rige para la Anónima, a no ser que –como prevé el art. 76– los socios sometan las aportaciones no dinerarias a valoración pericial conforme a lo previsto para las sociedades anónimas; entonces quedan excluidos de aquella responsabilidad (con lo que se aclara la expresión "en ocasiones"; porque la de considerar los mecanismos de defensa del capital social establecidos en y para las Anónimas: "a veces más formales que efectivos", no deja de ser una opinión desvalorizadora de un sistema legal, formal desde luego, lento y costoso ciertamente, a la vez que regulado con tintes de severidad y rigor: designación por el registrador mercantil, responsabilidad del experto, *ex* art. 68, y con un efecto que no puede ser más contundente, el ya expuesto conforme al art. 67.3).

3. Los requisitos del artículo 72 para las adquisiciones onerosas que realice una sociedad anónima desde el otorgamiento de la escri-

tura de constitución o desde la transformación en ella y hasta dos años de su inscripción en el Registro Mercantil.

La exigencia comunitaria en tema de "fundación retardada" originó la norma en la Ley de 1989-90, ahora plasmada –con el aditamento de la transformación, lo que es discutible– en el precepto citado. La no aplicación de los requisitos legales (aprobación por la Junta..., informe por los administradores y por los expertos...) "a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad" del apartado 3 dio lugar en un primer momento a problemas interpretativos en cuanto a si basta con que las adquisiciones estén expresamente contempladas en el objeto social estatutario, a fin de excepcionar la regla general. Previsión estatutaria, por lo demás, frecuente en la práctica sin duda alguna.

4. La intervención de la Junta General en asuntos de gestión.

Aunque la Exposición de Motivos resalta que: "el mandato, encomienda, encargo de las Cortes Generales al poder ejecutivo de armonización ha llevado a... la extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital, así en lo referente a la determinación de la competencia de la Junta General", y ello, por de pronto, se concreta en el artículo 160, de aplicación a todas las sociedades de capital, cuando antes el artículo 44 de la Ley de Limitadas se ceñía a este tipo social, ciertamente no logra el objetivo primordial: que en sede de SA se reconozca legalmente la posibilidad de que la Junta General intervenga en asuntos de gestión. Ello no era factible, por los límites de actuación del Gobierno en esta materia, por lo que el actual artículo 161 plasma el contenido del anterior artículo 44 de la Ley de Limitadas en este punto: poder impartir en la Limitada instrucciones al órgano de administración o someter a autorización decisiones o acuerdos de éste sobre determinados asuntos *de gestión* –sin perjuicio del ámbito del poder representativo *ex* art. 234–. Lo que se adapta a un tipo social como la sociedad de responsabilidad limitada, esencialmente cerrada –como la misma Exposición de Motivos reconoce–, en la que la interrelación órgano soberano y de administración conlleva, como algo natural, este tipo de posibilidades, "salvo disposición contraria de los estatutos", como comienza diciendo el precepto citado. La realidad de supuestos que a la Limitada acuden demuestra que con fre-

cuencia se plasman estatutariamente las instrucciones al órgano de administración o la necesaria autorización para asuntos de gestión en amplio sentido. Que los estatutos de la Anónima puedan contemplar posibilidades como las expuestas es interpretable; al supuesto real concreto pienso que hay que estar, pero en todo caso lo ahora apuntado es para considerarlo ante el interrogante que de inicio he planteado: cuál conviene más, ¿la Anónima o la Limitada?

5. Razones como las expuestas han llevado a un régimen legal del derecho de asistencia a la Junta diferente para Anónimas y Limitadas: los estatutos no pueden exigir en éstas la titularidad de un número mínimo de participaciones para asistir; sí cabe –con limitaciones– caso de sociedad anónima (art. 179, que en su apartado 3 permite además el condicionamiento estatutario en la Anónima a la legitimación anticipada del accionista, con concretos límites, justificados por las distintas posibilidades de representación de las acciones, *ex* art. 92. En la sociedad limitada no puede acaecer: institucionalmente las participaciones sociales no pueden estar representadas por títulos o por anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores –art. 92.2–; aunque –debe quedar expuesto– el texto refundido dice ahora lo que la Ley de Limitadas nunca expresamente dijo, que: "cada participación social confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en esta ley y en los estatutos" –art. 91).

6. El derecho de voto tiene importantes diferencias de régimen en uno y otro tipo social –acciones y participaciones sin voto, aparte–. "Cada acción un voto", aunque los estatutos pueden fijar *con carácter general* el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista... *ex* artículo 188. Precepto que en su apartado 1 permite –en consonancia con el *substratum* personal que puede existir en la realidad de los casos que a la Limitada acuden– que los estatutos posibiliten que el titular de participaciones tenga el derecho a emitir más de un voto por participación (a lo que desde luego con frecuencia se acude si se quiere vigorizar la posición de socios determinados en las decisiones de la Junta General; lo que no hay que confundir con erróneas pretensiones como: "los acuerdos, o determinados

acuerdos, necesitarán siempre el voto favorable del socio «x»"...). El actual RRM establece que cuando las participaciones concedan más de un derecho de voto, para todos o algunos acuerdos, se indicará el número de votos (art. 184.2.1.º).

7. Lo que acabo de exponer enlaza con lo que apunto a continuación: la adopción de acuerdos y el régimen de mayorías.

El régimen de mayorías para adoptar la Junta sus acuerdos ha sido objeto de reciente modificación; así se plasma en la Ley.

Ahora bien, cabe que los estatutos eleven las mayorías legalmente previstas, "sin llegar a la unanimidad", dice el artículo 200 referido a la Limitada y es este precepto en su apartado 2 el que –para el tipo social referido– permite que los estatutos exijan, además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, "el voto favorable de un determinado número de socios"; advierto que se trata de número de socios exigible, algo aritmético, no *nominatim*, pero revelador en todo caso de la valoración individual, que se considera como algo natural y posible para los supuestos que a la Limitada acudan.

8. Flexibilidad importante supone en la sociedad limitada la plasmación estatutaria del "modo o modos de organizar la administración de la sociedad" (art. 23.e), con lo que el cambio de organización, dentro de los previstos en los estatutos, no supone modificación estatutaria (RRM); simple alternancia que se utiliza con arreglo a lo ya previsto; por escritura pública, la Junta General así lo acuerda.

9. El campo propio de la autonomía de la voluntad en cada tipo social.

Introducción. Aunque algunos aspectos del juego de la autonomía estatutaria han sido ya apuntados, la materia merece consideración específica por su calado e importancia.

De entrada, no dejan de ser significativas dos afirmaciones de la Exposición de Motivos de la Ley de 2010: la 1.ª, que se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales diferentes "concebidas con distinto grado de imperatividad"; la 2.ª, "la configuración prevalente de la Limitada como sociedad de capital –Anónima simplificada, flexible– más que como sociedad personalista", para decir

a continuación: "en pocos casos la autonomía de la voluntad privada ha añadido algún tinte personalista".

Lo cierto es que *-añadidos o no-* los protocolos notariales contienen pactos y estipulaciones, ¿muchos, pocos?, que tratan de adaptar el tipo social al *substratum* íntimo del supuesto real concreto (la sociedad limitada -ha señalado Manuel ANDRINO- se desarrolló lentamente en la práctica notarial. La influencia foránea recibida, si es que alguna ha tenido, es inglesa y no alemana. En Alemania el legislador creó artificialmente el modelo de sociedad limitada sobre la base de la sociedad anónima. En España, partiendo de cero (afirma Cándido PAZ-ARES) la construcción notarial de la Limitada partió del modelo organizativo de la sociedad colectiva, a la que históricamente venía a reemplazar. Ha reconocido paladinamente la Exposición de Motivos de la Ley de 1953 que: "corresponde especialmente a la técnica notarial española el mérito de haber encauzado jurídicamente el impulso de comerciantes e industriales..."). Y la Ley de 1995 ha calificado a la Limitada como sociedad de carácter híbrido: "en ella deben convivir en armonía -decía su Exposición de Motivos- elementos personalistas y elementos capitalistas", para afirmar: "pero no es una «pequeña anónima»". Mientras que la Exposición de Motivos de la LSC afirma -pienso que en un ejercicio de voluntarismo- que las SL se han configurado tradicionalmente más como unas Anónimas simplificadas y flexibles que como sociedades personalistas; y en España las Limitadas no son una Anónima "por fuera" y una colectiva "por dentro". Prevalece la adscripción a la matriz común de las S de C, con estructura corporativa relativamente rígida. Dicho lo anterior, resalto aspectos de importancia conforme a la Ley de 2010.

9.1. El carácter esencialmente cerrado de la Limitada y el naturalmente abierto de la sociedad anónima (Exposición de Motivos). Principio configurador.

Lo anterior se traduce, ante todo, en el texto refundido de la Ley de 2010, en un régimen diferente para la transmisión de acciones y de participaciones sociales.

Son *nulas* las cláusulas estatutarias que hagan *prácticamente* intransmisible la acción. Sí que puede restringirse la libre transmisibilidad cuando recaiga sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos. Y si se condiciona aquélla los

estatutos han de mencionar las causas que permitan denegar la transmisibilidad de las acciones (art. 123). Para permitir, hoy por hoy, el RRM –art. 123– la prohibición estatutaria de transmitir acciones durante un período de tiempo no superior a dos años, a contar desde la fecha de constitución de la sociedad.

¿Y el régimen aplicable a la transmisión de participaciones? Veámoslo.

Si de transmisión voluntaria por actos *inter vivos* se trata, es libre la de participaciones que se realice entre socios, así como en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente (art. 107.1). Pero la *praxis* demuestra que –como la Ley permite– los estatutos otra regulación suelen realizar: restringiendo la transmisión –ante todo– entre socios; o también –como el art. 188 RRM permite– por la vía del derecho preferente en favor de todos o alguno de los socios o de un tercero, y desde luego también de los socios titulares de participaciones de un *grupo determinado* de las mismas (frecuente en sociedades familiares o con distintos profesionales dentro de la sociedad). Pero también restringiéndola de modo que estatutariamente no sea libre la transmisión al cónyuge, ascendiente o descendiente del socio.

Incluso cabe llegar a la total prohibición estatutaria, pero siempre que los estatutos reconozcan al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento (art. 108.3; y es que la sociedad no puede ser una cárcel para el socio; con todo, los estatutos pueden impedir la transmisión o el derecho de separación durante los cinco primeros años de la vida social; apartado 4 del precepto).

Y cabe, pendularmente, *abrir* más la sociedad; ¿hasta dónde?: nulas son las cláusulas estatutarias que hagan *prácticamente* libre la transmisión (art. 108.1, que vela por el principio configurador de la Limitada que he expuesto ya y que impide pretensiones –que la *praxis* conoce– de: "queremos una Limitada totalmente abierta"; acudan a la Anónima, es la respuesta. "La queremos hermética total": no cabe llegar a tanto; a lo sumo, lo ya apuntado).

Y en los estatutos, ¿se puede obligar a socios a transmitir a los demás o a terceras personas determinadas por causas o circunstancias precisas? El RRM, *ex* artículo 188.3, considera –hoy por hoy– su inscribibilidad. Y es que el Derecho vivido de las sociedades revela

que hay supuestos en que conviene prever lo anterior: en favor de trabajadores de la empresa social, por ejemplo. En todo caso, no debe confundirse lo dicho con la exclusión del socio y sus causas, a lo que luego aludiré.

Dejando a un lado la transmisión forzosa (art. 109), en la *mortis causa* el artículo 110 permite que los estatutos establezcan un derecho de adquisición –frente al heredero o legatario concreto– a favor de los socios sobrevivientes, y en su defecto a favor de la sociedad. Lo frecuente es que así se considere en el caso real concreto y desde luego si los estatutos inciden en mayores restricciones a las transmisiones *inter vivos*, no suelen olvidar las a causa de muerte (el notario plantea sin ninguna duda el supuesto que en su estudio profesional se produce, asesorando acerca de la interrelación *inter vivos* y a causa de muerte).

Lo que la legislación aplicable en esta materia no previó –y por ello tampoco lo hace el vigente texto refundido– es el problema que en torno al socio casado se plantea si por la adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal, las participaciones –gananciales o en general comunes– pasan a estar a nombre del cónyuge o ex cónyuge del que ante la sociedad era el socio. Jurisprudencia ha originado –más que discutible doctrina– y por ello la previsión notarial ha canalizado la solución adecuada, evitadora de consecuencias injustas (supóngase que en los estatutos se limita la transmisión contemplando al cónyuge del socio; es evidente que por la senda de la adjudicación ganancial socio puede ser *ese* cónyuge o ex cónyuge). Pero además de lo anterior, el RRM –hoy por hoy– prevé el supuesto y, aunque con deficiente redacción y discutible enfoque, canaliza el problema sujetándolo "al régimen estatutario previsto para la transmisión *mortis causa*" (apartado 4 del art. 188, que se remite por tanto al ya estudiado art. 110 de la Ley). Lo mismo establece el artículo 123 del Reglamento caso de sociedad anónima.

Lo hasta aquí expuesto revela que el *intuitus personae* es esencial en los supuestos que a la Limitada acuden. Para que aquél se considere –relativamente– se requiere acudir a los estatutos, pues *lo natural* en los supuestos que a la Anónima acuden es lo contrario a lo esencial en la SRL.

9.2. La delimitación de lo aportable al capital y el objeto de las prestaciones accesorias que no pueden integrar el mismo.

Criterios doctrinales que han puesto el acento en el capital social como cifra de explotación, relegando en cierto modo su función garantizadora para los acreedores sociales, abrieron el horizonte de lo aportable al capital social: aportaciones llamadas *de uso*, del *"Know-how"*, de secretos industriales, del fondo de comercio..., a la vez que cubrían de interrogante el contenido y los fines de las prestaciones accesorias. Hay que reivindicar una interpretación ajustada a la esencia íntima de las sociedades de capital, en las que por definición los socios no responden personalmente de las deudas sociales (en la comanditaria por acciones sí el socio o socios colectivos), artículo 1. El sistema legal de defensa del capital social exige, en fin, una prudente aplicación de la Ley: no pueden ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. La aportación ha de ser de bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica (art. 58) y en todo caso constituir –dice el art. 59– una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (de ahí el régimen existente para las aportaciones dinerarias y para las *in natura*).

¿Y las prestaciones accesorias? Todo tipo de trabajo y de servicios (el socio industrial que no puede subsistir como tal al modificarse estructuralmente la sociedad de personas, sabemos cómo la Ley actual de 2009 posibilita *su conversión*). Incluso las prestaciones pueden consistir en entregas en metálico (en este sentido la resolución DGRN de 27 de julio de 2001, en la que a las mismas se exige garantías idénticas a las legalmente previstas para los casos de reducción de capital). Prestación accesoria obligándose a ser administrador –de tradicional discusión–; o la consistente en cumplir el Protocolo en las sociedades familiares... En los estatutos de Limitadas, sobre todo, aparecen reguladas plurivalentes prestaciones accesorias –retribuidas o no–; vinculadas personalmente a todos o algunos de los socios como tales o bien a la titularidad de una o varias participaciones sociales concretamente determinadas, con un régimen de transmisión diferente y que el actual artículo 88 –por los límites existentes– no ha podido aclarar, muy a pesar –estoy seguro– de los deseos de los autores intelectuales del texto refundido de la Ley de 2010. Deseos que por otra parte sí se han visto plasmados en la nueva Ley respecto a la posibilidad de *accionistas* personalmente obligados a realizar prestaciones accesorias, *ex* artículo 88, lo que la Ley SA no contemplaba.

9.3. El derecho de separación de socios tiene en la Limitada relevancia que debe ponerse de manifiesto.

La Exposición de Motivos de la Ley reguladora de 1995 lo fundamentaba en "la necesidad de una eficaz medida de defensa, de tutela del socio, al faltar en este tipo social la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación del socio": buena muestra es la causa del artículo 346.2, aplicable solo a las Limitadas (si no vota el socio a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales). Y desde luego la *praxis* es sabedora de la utilización de las causas estatutarias *ex* artículo 347 (la de la muerte de un determinado socio, por ejemplo, evitadora de la disolución, propia de las sociedades colectivas, pero reconocedora por la vía del derecho de separación del *substratum* que puede anidar en la Limitada concreta. Y planteable es la posibilidad estatutaria de una "paraseparación": la de la obligación de comprar al socio sus participaciones caso de...). Por supuesto que no comparto el criterio doctrinal del derecho de separación *ad libitum*, por mucha argumentación alemana que pueda traerse a colación (además, haciendo caso omiso del RRM y en definitiva debilitando la seguridad jurídica; piénsese en una inesperada y masiva decisión de separarse sin más y su repercusión para la viabilidad societaria).

9.4. Y resaltables son las causas de exclusión (actuales arts. 350 y 351), solo aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada: demostración del reconocimiento del *"intuitus personae"* peculiar que constituye la sustancia íntima de la relación de los socios con el ente social y que quiere asegurarse mediante la exclusión del que incumpla obligaciones... (no se olvide que la condición de socio no se pierde por la falta de realización de las prestaciones accesorias por causas involuntarias, pero –dice el art. 89.2– "salvo disposición contraria de los estatutos").

La pretendida exclusión estatutaria "sin causa", libre por la sociedad, carece de sentido, a mi entender. Va contra la Ley, que exige causalización, e ignora el RRM. No digamos si de socio que ostente un porcentaje cualificado del capital social se trata: la Exposición de Motivos de la Ley de 1995 basaba la exigencia legal en la defensa y tutela de la minoría, que hoy se regula en el artículo 352.2 (resolu-

ción judicial firme si el socio excluido no se conforma con la exclusión acordada).

Por lo demás, los estatutos de Limitadas contienen causas de exclusión *ad hoc* en sociedades de trabajo o en las familiares –con o sin protocolo familiar–, para procurar que al interés de la sociedad familiar se subordine el o los específicos de sus componentes, en la medida de lo posible.

9.5. Las participaciones sociales de la Limitada.

Cada una de ellas –dice el art. 91 de la LSC– confiere a su titular legítimo la condición de socio (lo que la LSRL no decía textualmente).

Con carácter general el artículo 95 posibilita el derecho estatutario a obtener un dividendo preferente, pero además, específicamente con referencia a la sociedad limitada, el actual artículo 23 exige la constancia en los estatutos sociales: del "número de participaciones en que se divida el capital social, ... y si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o extensión de éstos" (art. 23.d), para prolongar el RRM la regulación diciendo que: cuando concedan más de un derecho de voto, para todos o algunos acuerdos, se indicará el número de votos; cuando concedan derechos que afecten al dividendo o a la cuota de liquidación, se indicará la cuantía de éstos por medio de múltiplos de la unidad; y en los demás casos se indicará el contenido y la extensión del derecho atribuido (art. 184).

Se completa el sistema con el artículo 94 de la Ley, según el cual, las participaciones sociales y las acciones atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones establecidas al amparo de la Ley; para la creación de aquéllas y la emisión de éstas, si confieren algún privilegio frente a las ordinarias, habrán de observarse las formalidades prescritas para la modificación de estatutos.

Larga historia tiene la polémica *igualdad*-desigualdad de las participaciones sociales: en el Anteproyecto-Proyecto de la Ley de 1995 iguales tenían que ser. Fuimos bastantes los que con firmeza argumentamos en contra y he recordado más de una vez las palabras de FEINE: el principio de igualdad de trato de los socios no obstaculiza, sino muy al contrario permite "dar a cada uno conforme a sus merecimientos", por lo que la ley debe permitir que los estatutos subrayen, si lo estiman pertinente, la estructura individual de la sociedad

concreta: con mayor dividendo o con más derecho de voto (a su juicio, también con el voto por cabezas). Y es que el autor tenía claro, ante el Derecho alemán, que había que ofrecer sobre todo a empresas medianas y pequeñas, cimentadas sustancialmente sobre la actividad personal de los socios, el beneficio de la responsabilidad limitada, pero sin desdibujar el *substratum* personal.

Y ese *modelo prevalente de empresa*: PYMES, empresas familiares..., acabó siendo reconocido, *"in extremis"*, en la Ley del 95: la proyectada exigencia de la igualdad para las participaciones sociales desapareció, y la posibilidad de que las mismas contengan derechos desiguales quedó plasmada. Así lo he transcrito conforme a la regulación actual y a lo largo del presente estudio he incidido en las diversas posibilidades desigualatorias (también, por ejemplo, en el derecho de adquisición preferente o en el de separación, o el de exclusión...), para atender méritos, merecimientos y a la vez hacer efectivas sanciones por incumplimientos. Todo ello desde luego compatible con el principio de igualdad de trato "a los socios, pero *si éstos se encuentran en condiciones idénticas*", del artículo 97 de la Ley.

9.6. Los derechos individuales de los socios en la SRL.

Lo anterior quedaría incompleto en su comprensión si no se atendiera a la expresión que el actual artículo 292 emplea en sede de modificación de estatutos, para hacer efectiva la "tutela individual de los derechos del socio en la Limitada", caso de que la modificación afecte a los "derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada; en tal caso deberá adoptarse con el consentimiento de los socios afectados".

Ha podido decirse que "la atribución de los derechos ha de hacerse necesariamente a las participaciones y no a las personas mismas de los socios" (Alberto BERCOVITZ, quien añade: *vid.* contra GARRIDO DE PALMA, ob. cit., pág. 69). Sin juegos de palabras, es factible, a mi juicio, atribuir derechos específicos –mayor derecho de voto, por ejemplo, como lo he considerado en mi actuación profesional– al socio *x* mientras sea él el socio (y en su defecto lo sea su cónyuge, o el hijo...). Se trata de derechos –como ha señalado SEQUEIRA MARTÍN– especialmente concedidos a socios determinados por las especiales características personales de los mismos. Y es que

–como ha podido afirmar, ante la Ley de Limitadas de 1995, Aurelio MENÉNDEZ– de igual modo que sucede con las prestaciones accesorias, la existencia de ciertas ventajas o privilegios pueden estar unidos a una concreta participación (derechos *propter rem*), pero pueden también ser personales. Para el autor, en ambos casos la protección la da el artículo 71 de la Ley de Limitadas: el consentimiento de los socios afectados. Y es que, como pone de relieve FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA –en la línea de ALONSO ESPINOSA–, la soberanía del contrato de sociedad se traduce en la Limitada en que los derechos pueden atribuirse de forma personal y directa al socio.

En definitiva, la consideración de la Limitada como sociedad de capital es compatible, debe serlo, con los elementos personalistas ínsitos en supuestos incluidos en el modelo prevalente de empresa que a este tipo social acude. Armónica convivencia que si la ley no facilita, da la espalda a la realidad, y puede –como en la *praxis* acaece– incitar el recurrir a los pactos reservados entre los socios, a los pactos parasociales; con su proliferación padece la más elemental y básica seguridad jurídica.

10. Destacable es por último el régimen de la auto-cartera. Hoy también se admite en la Limitada (a partir de la Ley 7/2003) y por ella las empresas familiares, por ejemplo, tienen una reserva para adquirir participaciones a socios familiares, para venderlas a terceros, para mantenerlas o reducir su capital.

El tránsito de una a otra de las sociedades de capital, ¿podría aligerarse?

El interrogante lo plantea, sin más, la Exposición de Motivos de la LSC de 2010 cuando dice: ... "queda sin respuesta si el tránsito de una a otra de las dos sociedades de capital debe respetar los requisitos de la Tr. o si se debe facilitar a través de técnicas más ágiles y sencillas" (lo que va en la línea de una de las tendencias doctrinales ya apuntada).

¿Cuáles? Por ejemplo, la que brinda la Ley SLNE de 2003 al permitir la continuación de operaciones de la sociedad que regula en SRL, bastando con el acuerdo de la Junta General adoptado con mayoría ordinaria (actual art. 454, apartado 2 LSC).

Pero en otros casos la ley carece de ductilidad. Así cuando la disposición adicional 2.ª de la LME exige que las sociedades irregulares

se inscriban previamente para poder participar en una ME. Como señala EMBID IRUJO, si una SA no inscrita desea ahora transformarse en SL tiene que cumplir el paso previo de la inscripción. Podría haberse posibilitado el paso transformador sin la exigencia y el costo expuestos, permitiendo la renegociación del contrato.

Tampoco la LME prevé la Tr. de una sociedad mercantil inscrita en sociedad civil profesional. Quizás se debe a un olvido (apunta GÓMEZ PORRÚA), pero no es de recibo que haya que disolver la primera para constituir la segunda: resulta contraria –dice LEÓN SANZ– a la finalidad y a la técnica seguida en la ordenación de las sociedades profesionales.

El proyecto de escritura o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación y su modificación sustancial. ¿Cabe modificar sustancialmente el proyecto de escritura o estatutos puesto a disposición de los socios?

¿El acuerdo de transformación puede introducir modificaciones sustanciales con relación al proyecto de escritura social, o estatutos, puesto a disposición de los socios al convocar la Junta? (art. 9,1, 4.º).

La cuestión –que plantea con acierto GÓMEZ PORRÚA– ante el silencio de la regulación legal en sede de transformación, a diferencia del criterio previsor, aunque problemático, como se verá, de la Ley en las siguientes modificaciones estructurales que regula, hay que resolverla en el sentido de que –salvo que el acuerdo se adopte en Junta Universal y por unanimidad– no cabe introducir ninguna modificación sustancial; lo contrario supondría –como dice el autor citado– una vulneración del derecho de información de los socios (desvirtuándose el informe de los administradores), que conduciría a la nulidad del acuerdo.

La escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, ¿qué significado jurídico tiene aquélla y cuál es el de ésta cuando el artículo 19 supedita la eficacia de la Tr. a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil?

El carácter necesario de la inscripción para que la transformación produzca sus efectos lo plasma el precepto citado y constituye prin-

cipio seguido por la Ley para todos los supuestos de modificación estructural que regula.

En puridad la inscripción no es constitutiva: para que lo fuera –como en Alemania, y así lo expuso GONZÁLEZ ENRÍQUEZ– el consentimiento debería prestarse ante el Registro. Aquí el negocio ya existe y es perfecto, falta la necesaria inscripción para que los efectos se produzcan.

La inscripción –ha dicho DELGADO ECHEVERRÍA siguiendo a LACRUZ– puede tener carácter de *imprescindible* respecto a la creación de determinadas situaciones jurídicas, así en la constitución de hipoteca, pero se refiere a la eficacia del contrato de hipoteca, y no, a diferencia de la escritura pública, en que debe expresarse necesariamente la voluntad del hipotecante, a la perfección del contrato.

Quid iuris si en una sociedad limitada transformada en anónima se decide antes de la inscripción aumentar su capital social, ¿serán acciones o participaciones las que se creen?; y en caso inverso, ¿puede reducir aún su capital para constituir o aumentar la reserva legal; o hacerlo por debajo del capital mínimo de la anónima? Y respecto al régimen de adopción de acuerdos, y en cuanto al régimen de transmisión de acciones ante el antiguo artículo 20 LSRL (si en la SA las acciones eran libremente transmisibles).

CABANAS TREJO, que plantea estos interrogantes, apunta con prudencia que "las declaraciones demasiado altisonantes sobre la eficacia de la inscripción confunden: debe llevarse a cabo una valoración *ad casum* que escape de criterios rígidos" (en este sentido se manifiesta también ESPÍN GUTIÉRREZ, quien completa su enfoque con lo que voy a exponer al comentar el art. 17 LME en su conexión con el art. 19).

Y en efecto, en cuanto al artículo 17 –modificaciones adicionales a la Tr.; requisitos conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social– la Resolución de 19 de septiembre 2009 analiza las posiciones adoptables en relación a la inscripción llamada *constitutiva,* para considerar que la inscripción es el trámite exclusivo y excluyente para la oponibilidad frente a terceros del acto sujeto a la misma. Por lo que en la esfera interna el cambio de forma social se produce con el acuerdo de transformación que plasma la escritura pública (EP e IRM cumplen aquí, en fin, su papel de *formas del valer*, en la terminología gráfica que acuñó GONZÁLEZ PALOMINO; ninguna es *forma del ser*).

EN LA FUSIÓN

La fase previa o preparatoria: conocerse, tratarse.

Dar un paso decisivo exige preparación. Si unirse es importante, fusionarse lo es más.

En esta fase –que la Ley no regula– el campo propio de la AV es amplísimo, al profesional del Derecho se le exige conocimiento profundo y responsabilidad.

1. La fase de tanteos previos puede prolongarse según los casos (aparte supuestos de grupos de sociedades o falta real de independencia de sociedades participantes). En ella las partes implicadas sientan las bases de un principio de acuerdo que puede plasmarse en el llamado Protocolo de fusión: en él aparece la voluntad de integración y el organigrama de quienes van a ocupar –si se llega– los cargos de la sociedad resultante. En él se establecen las condiciones financieras de la operación: valoración de los patrimonios sociales y los métodos a seguir, así como la relación de cambio o tipo de canje.

2. ¿Y no se plantea ni hay alternativas a la Fusión? Lo primero de todo habrá sido preguntarse por esa posibilidad: no solo si más vale quedarse como se está –que puede no ser posible–, sino si adquiero o me compran, y si –caso de que se tenga la mayoría en dos sociedades– cabe constituir una *Holding* y ahorrarse la fusión.

3. ¿Qué efectos producen los tratos previos?, el Protocolo (a veces enfáticamente llamado "vinculante") de fusión: salvo en lo que atañe al compromiso al que se haya llegado de confidencialidad ("non shop") y de exclusividad (no realizar negociaciones paralelas, con terceros, con la competencia, con empleados...; no una novia en cada puerto), carece de vinculación para las partes; no existe contrato ni precontrato siquiera.

4. ¿Genera el desistimiento responsabilidad precontractual? He citado los posibles compromisos: si se incumplen se está faltando al principio básico de la buena fe en los tratos y negociaciones previas y a la lealtad, como principios informadores de las relaciones mer-

cantiles, que, si producen daños probados, han de resarcirse; no así el lucro cesante. En este sentido LARGO GIL y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA.

5. ¿Y los gastos efectuados y las obligaciones que con terceros se han podido realizar con vistas a lo que "parecía razonablemente" que podía terminar en boda?: el símil de la promesa de matrimonio que traen a colación COZIAN y VIANDIER ilustra gráficamente la atmósfera que rodea esta fase previa de la fusión y que en sede matrimonial lleva al CC a establecer la obligación de resarcir los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio no contraído; artículo 43 (incumplimiento *sin causa* de la promesa cierta de matrimonio).

6. ¿Y si la Junta –Juntas– han impartido instrucciones al órgano de administración o sometido a autorización (o a ratificación) acuerdos preliminares con las otras sociedades? Esta injerencia de la Junta (nótese que estoy en la senda que marca el actual art. 161 de la LSL de 2010), ¿puede cambiar el enfoque anterior?: téngase en cuenta que el precepto citado habla de "salvo disposición contraria a los estatutos podrá"... (previsión que no es frecuente que exista), pero en todo caso es claro que probada la intervención del órgano deliberante en esta fase previa la consecuencia será a lo sumo la de facilitar la prueba a efectos de gastos realizados, daños ocasionados y desde luego de responsabilidad interna del órgano de gestión: para la mayoría de la doctrina no se altera; para ALONSO ESPINOSA hay que atender con todo al caso concreto, así si los administradores son al tiempo socios de control, perjuicio a socios minoritarios...

7. El no seguir no quiere decir que cada uno se vaya por su lado sin más.

La praxis muestra que en ocasiones (sectores industriales, el de la automoción, empresas familiares con objetivos análogos) los tratos desembocan en acuerdos de cooperación entre las sociedades participantes ("joint ventures") que se dilatan, se extinguen o maduran definitivamente en fusión con el tiempo (como también las trayectorias empresariales muestran que familias empresariales al entrar en áreas geográficas nuevas o por desconocimiento del pro-

ducto llegan a alianzas con la empresa ya arraigada y experimentada, así Sainsbury; o el caso de Cadbury con Schweppes: se empezó con una sociedad al 50 por 100 para luego fusionarse; otra cosa es cómo terminó ésta).

En resumen, estamos ante un campo importante para la autonomía de la voluntad y para el asesoramiento profesional.

El Proyecto Común de Fusión. Su contenido adicional

Conforme a cada caso real concreto, desde criterios de oportunidad o conveniencia, en último término de seguridad jurídica, la *praxis* demuestra la existencia de complementos adicionales, que ni son necesarios para todas las sociedades (no es proyecto *común*, ya) ni su inexistencia, incluso su incumplimiento concreto precipita la ineficacia del Proyecto –salvo que se pacte por y para todas las sociedades–. Así, plazo máximo para otorgarse la escritura pública e inscribir la fusión dado el silencio de la LME (el art. 83 RRM establece el de un mes para solicitar la IRM desde el otorgamiento de los documentos necesarios para practicarla), condiciones suspensivas relativas, por ejemplo, a la obtención de bonificaciones fiscales, a la aplicación del régimen de neutralidad...

El acuerdo de fusión: ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión. El artículo 40.1 de la Ley: algunas consideraciones.

El acuerdo de fusión por la Junta de socios de cada sociedad que en ella participa ha de adoptarse "ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta" (art. 40.1). El sistema legal exige realizar determinadas consideraciones.

1. Todas las Juntas de socios, de común acuerdo unánimemente, ¿pueden modificar el proyecto común de fusión?; si lo modifican, ¿supone necesariamente tener que reiniciar el proceso?

"Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta", se ha visto ya ante el

artículo 40.1. Pero, ¿acaso todas las Juntas de socios, por unanimidad de todos ellos, presentes o representados, no pueden modificar el proyecto común de fusión?

La cuestión, de indudable importancia práctica, tiene en la Ley ME una base facilitadora de la solución adecuada. Estamos ante una modificación estructural cuya competencia decisoria la tiene la Junta-Juntas de socios, y el acuerdo unánime debe ponderarse como decisivo aquí; el criterio del artículo 42 respecto al acuerdo unánime de fusión, que estudiaré seguidamente, viene en ayuda de la solución que cabe proponer (en este sentido, SEQUEIRA MARTÍN y MADRID ALONSO). En el Derecho italiano –como en general entre los autores que las modificaciones estructurales estudian a la vista de las legislaciones respectivas– la solución es sencilla: si una sociedad pretende modificar el Proyecto las demás pueden o no aprobar el nuevo texto propuesto, y ello si necesario fuera con un acuerdo complementario (Fabrizio GUERRERA en 2008).

Con precisión apuntan GONZÁLEZ-MENESES y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA que hasta realizar la información *ex* artículo 39 cabe cualquier alteración PCF por el común acuerdo de las Juntas de las sociedades. Modificaciones que han de depositarse en el RM, realizándose una nueva publicación *ex* artículo 43 (L. J. CORTÉS, en base al criterio del art. 42, que desregula el proyecto, llega a la conclusión afirmativa sin más).

Con todo, la cuestión dista de estar resuelta: la solución negativa se ha dado, y en la más reciente doctrina cabe citar en posición intermedia a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, que al considerar excesivamente rígida aquélla, estima modificables algunos nuevos contenidos del proyecto común que no perjudiquen a la tutela de los acreedores, trabajadores..., así: la denominación y el domicilio de la sociedad resultante, por ejemplo, y por ello los socios pueden acordarlos, siquiera por unanimidad –dice textualmente– si es que no se entiende que de otra forma se frustran las garantías para los socios que no asistan a la Junta.

Prácticamente con este enfoque intermedio se mueve también MARTÍ MOYA, para quien la cuestión es más de índole cualitativo: no puede desfigurarse totalmente la fusión; sus líneas definidoras son inmodificables (EMBID IRUJO; LARGO GIL). Por ello, los socios pueden acordar un tipo de canje diverso del propuesto y también, a su

entender, los eventuales privilegios otorgados a los administradores y a los expertos pueden ser revisados por las Juntas...

Y en línea paralela considera posible someter la eficacia de la fusión a la obtención de beneficios fiscales, a que ningún socio ejercite el derecho de separación o a la oposición de acreedores..., lo que –a su juicio– no es necesario acordar por todas las sociedades.

2. Al lado de lo expuesto cabe plantear si la salida, desligándose del Proyecto por alguna de las sociedades participantes, precipita su *aniquilación* o cabe evitarla –por el costo y trastorno que conlleva– continuando la fusión las demás. En sentido afirmativo, la doctrina en parte y el Código de Comercio portugués, decidiéndose por la continuidad (posibilidad de hacerlo por acuerdo de las Juntas).

El Acuerdo Unánime de Fusión. Proceso simplificado

1. El artículo 42 de la LME, partiendo de que: las sociedades participantes o la sociedad resultante de la fusión no sean anónimas o comanditarias por acciones y el acuerdo se adopta en Junta de socios (*rectius*, Asamblea o por el sistema decisorio propio del tipo social de que se trate –así, caso de AIE, conforme al art. 17 de la Ley reguladora, los acuerdos no exigen aquélla–), con la asistencia o representación de todos ellos (no necesariamente Junta universal; puede estar previamente convocada), y acordando la fusión por unanimidad (de los socios con derecho a voto; de los que son sin voto y respecto de los titulares de derechos especiales, su acuerdo específico puede ser mayoritario, al no incidir en la *ratio* de la norma en estudio), flexibiliza los requisitos que la misma Ley establece *con anterioridad* al acuerdo de fusión al decir que: no serán aplicables las normas generales que sobre el Proyecto y Balance de fusión se establecen en la misma, así como tampoco las normas relativas a la información sobre la fusión previstas en el artículo 39, ni las relativas a la adopción del acuerdo de fusión, a la publicación de la convocatoria de la Junta y a la comunicación, en su caso, a los socios del Proyecto de fusión previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 40.

Lo anterior –termina diciendo– no restringirá los derechos de información que sobre el objeto y alcance de la fusión, en particular sobre el empleo, corresponden a los representantes de los trabaja-

dores. *Fin del precepto*, pero: el último párrafo del artículo 35 (fusión endeudada-apalancada) exige el informe de expertos en tal supuesto, "incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión".

2. La exégesis de la norma –que podría prolongarse en exceso con planteamiento de hipótesis– me lleva a considerar que el *común acuerdo* es suficiente para seguir adelante con el procedimiento de fusión conforme a las exigencias legales sin más que manifestando los otorgantes de la escritura de fusión que el acuerdo se tomó unánimemente "después de recibir los asistentes información completa sobre *las bases* de la fusión". El control de veracidad de tal declaración –estimo, con CABANAS TREJO–, con vistas a la calificación registral, se logra con la plasmación formal por cada sociedad del acuerdo de las demás, lo que a mi juicio está ínsito en el consentimiento único por todos prestado en la escritura pública de fusión (en este sentido, GIRBAU PEDRAGOSA; con matizaciones, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, y también VICENT CHULIÁ, quien aduce el criterio de la Resolución de 30 de junio 1993, que voy a comentar a continuación. Más rígidamente, en general, LARGO GIL y MARTÍNEZ MARTÍNEZ).

3. Por lo tanto, se ha de publicar el acuerdo, existe derecho de oposición de los acreedores y la eventual impugnación *ex* artículo 47 (L. J. CORTÉS). La regulación legal hay que armonizarla con lo que dispone el artículo 32, cuando al hablar de la presentación del Proyecto para su depósito en el Registro Mercantil, prohíbe que la publicación de la convocatoria de las Juntas que resolverán sobre la fusión se realice antes del depósito de aquél, "salvo que se trate de la celebración de Junta Universal". ¿Coexistencia; contradicción, solapamiento normativo?: ante todo hay que tener en cuenta que no tienen por qué ser idénticos los supuestos de hecho (de Junta Universal habla el último precepto y en el supuesto del art. 42 no tiene que ser necesariamente *universal*). Cabe traer a colación la ya citada Resolución de 30 de junio 1993 y considerar –con MARTÍNEZ MARTÍNEZ– factible la desregulación si los socios reciben la información por cauces menos rígidos y no estamos ante una sociedad anónima (que es la obligada por la 3.ª Directiva; a ellas y a las comanditarias por acciones se refiere el art. 42 para excluir su aplicación, como se ha visto).

En definitiva –con CABANAS TREJO–, puede armonizarse, con cierto esfuerzo, el régimen legal considerando que el artículo 32 es también aplicable a los supuestos en que –como acabo de exponer– no lo es el artículo 42. Y desde luego lo es a aquéllos en los que sea posible que la Junta sea universal, pero no exista unanimidad decisoria.

El otorgamiento de EP y la I. en el RM ante el artículo 45 LME, ¿se elevan a público los acuerdos de todas las sociedades participantes en la fusión, en puridad?

1. Puede entenderse –como SEQUEIRA MARTÍN– que el Proyecto común contiene ya el negocio jurídico de fusión, que está sujeto a la *"conditio iuris"* de su aprobación por las Juntas generales de las sociedades, la que opera como ratificación del mismo en sus efectos (así lo ha considerado, a la vista del proyecto, la Ley MESM en 2009). La ratificación funciona como el cumplimiento de una auténtica condición suspensiva que –precisaba MOTOS GUIRAO con profundidad de Derecho Civil– no opera retroactivamente.

En la misma línea ALONSO UREBA, para quien *parece* que el negocio de fusión se sitúa en la suscripción del proyecto común, si bien su eficacia queda sometida a la *conditio iuris* de su aceptación por las Juntas, siendo la escritura pública la forma a la que se somete el negocio de fusión (el autor trata de acoplar este enfoque a la Cesión Global en la que el proyecto y el acuerdo de cesión global los adopta exclusivamente la sociedad cedente para luego otorgar la escritura pública la sociedad cedente y el cesionario o cesionarios conforme al artículo 89.1; *encaje* para el que –a mi juicio– ha de recomponer su enfoque predeterminado a base de piezas que no se ajustan y es que puede decirse que el momento culminante de la perfección del negocio lo marca el precepto citado en su apartado 1, y es el apartado 2 el que fija la eficacia: la inscripción en el RM).

2. Cabe considerar –como VICENT CHULIÁ ante la Ley actual– que el Proyecto común no es un negocio jurídico; es un documento que recoge un plan de acción como contenido de los futuros acuerdos sociales, por lo que es posible su modificación sin que ello suponga novación negocial (con cita de la sentencia de la AP de Barcelona de 5 de mayo 2008, ni es tampoco un contrato preliminar o precontrato, a su entender).

Lo que le lleva a afirmar: *parece que* con la adopción del acuerdo de fusión por la última de las sociedades fusionantes *nace* el negocio jurídico –el contrato de fusión– que obliga a todas las sociedades a su ejecución otorgando la escritura pública, con posibilidad por tanto de acudir, para obligarlas, a la vía judicial.

3. Frente a la tesis contractualista del Proyecto común, y rebatiendo expresamente a SEQUEIRA MARTÍN, LARGO GIL considera que el enfoque anterior contradice la tendencia a revitalizar la Junta general dentro de la reforma del gobierno corporativo y también en el marco de la Unión Europea. Reafirmando la postura ya mantenida años atrás, hoy ante la Ley actual califica la naturaleza del Proyecto común como una simple propuesta que no vincula contractualmente a las sociedades (si no la aprueban dentro de los seis meses siguientes, el negocio jurídico de fusión no se completa, está inacabado; el Proyecto común de fusión queda sin efecto, dice el art. 30.3, como ya se expuso).

El nexo negocial, el entrecruzamiento de voluntades –afirma, y siguiéndola, ÁVILA NAVARRO, CABANAS TREJO, y más recientemente aún GONZÁLEZ-MENESES y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA– se opera con el otorgamiento de la escritura pública de fusión, presupuesto para la inscripción de la misma en el Registro Mercantil: la fusión *se perfecciona* cuando concurren las voluntades de todas las sociedades (se cita en este sentido al Código belga; y podría añadirse hoy al *Códice*: el procedimiento de fusión –dice GUERRERA– concluye con el otorgamiento de la escritura pública de fusión. Luego se deposita en el Registro Comercial). De ahí que, para la autora, el Proyecto común puede ser modificado unánimemente por todas las Juntas de socios (enfoque que ya señalé con anterioridad y ahora cabe reafirmar con R. LARGO GIL, la que aduce en apoyo de tal posibilidad al Código portugués –donde el Proyecto de fusión es una *proposta*, al italiano y al Derecho alemán, con la clave de bóveda que representa para todos el art. 71 de la 3.ª Directiva CEE).

4. Los enfoques doctrinales no quedarían completos –siquiera panorámicamente– si no se expusiera lo que ante la Ley actual ha matizado SEQUEIRA: caso de darse el supuesto del artículo 42 –acuerdo unánime de fusión–, la no existencia del Proyecto común sí que pro-

duce el efecto de que el negocio de fusión no puede ubicarse en él; en este caso el momento vincular para las sociedades participantes es el otorgamiento por todas ellas de la escritura pública de fusión, pues es cuando la voluntad de las mismas coincide sobre el contenido de fusión. Hasta ese momento no habrían tenido la oportunidad de encontrar un nexo de unión para las mismas; ésta la proporciona la escritura pública, que produce la *perfección* del negocio jurídico de fusión (por lo que en este caso, a su juicio, sí que es posible que cualquier sociedad pueda desvincularse del proceso de fusión).

5. A mi entender, en puridad la dicción del artículo 45 no es exacta: la realidad societaria me lleva a afirmar que los acuerdos de la Junta de cada sociedad tienen el alcance interno y por tanto necesitan el consentimiento que constituye el contrato de fusión; éste se perfecciona con la escritura pública, la que por tanto no es solo un mero presupuesto o trámite para la inscripción, sino elemento *ad sustanciam* del tipo societario y en cuanto tal –dice FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA– uno de los requisitos constitutivos del procedimiento.

No estamos, en fin, ante una elevación a público en la que simplemente se ratifica y se da forma pública a un contrato de fusión pendiente de la nueva ratificación. Como ya afirmaba ESCARTÍN IPIENS, y actualmente ÁVILA NAVARRO: con la escritura se perfecciona la fusión como contrato entre las sociedades participantes.

6. Consecuencia de lo expuesto es que autor como SÁNCHEZ ÁLVAREZ considere factible el acuerdo social dejando sin efecto la fusión acordada por todas las sociedades participantes siempre que sea anterior al otorgamiento de la escritura pública de fusión –ante la omisión negligente de la otra u otras sociedades participantes–; a su juicio –frente al criterio específico del art. 64 de la Ley de Cooperativas–, el principio general lo plasma el artículo 204 de la Ley SC, sin que haya que limitarlo solo a los supuestos de convalidación de los acuerdos nulos o anulables (en igual sentido, las Resoluciones de 2 de abril 1991 y 2 de enero 2002 de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

Desde luego, cualquiera de las sociedades participantes puede compeler a las demás –*ex* art. 1279 CC– al otorgamiento de la escritura pública de fusión, sin perjuicio de poder acudir al juez para lle-

nar la forma pública y de exigir a los administradores los daños y perjuicios ocasionados.

Lo que acaece es que (como advertía CÁMARA) una fusión forzada –a contrapelo– pocas veces será factible; mejor desistir y reclamar los daños y perjuicios.

Los efectos de la Fusión con su IRM. Artículo 46

Voy a detenerme concretamente en el alcance de la transmisión en bloque de los patrimonios.

1. La *sucessio in universum ius*, como medio adquisitivo de la sociedad resultante.

Todas las relaciones y titularidades jurídicas transmisibles están comprendidas: los nexos obligatorios, tanto contractuales como extracontractuales, los derechos reales, el derecho al honor, el de exigir el deber de secreto a los administradores, los derechos sobre bienes inmateriales..., se transmiten *universum ius*. La doctrina mercantilista –con excepciones– no profundiza en el calado de la sucesión a título universal en su aplicación a la fusión. Por ello, hay que explayar las consecuencias, efectos y repercusiones de la misma: con MOTOS GUIRAO hay que dejar clara la transmisión también de toda la gama de relaciones jurídico-públicas que a la empresa pueden afectar, tanto porque imponen deberes (producción, calidad, limitaciones y prohibiciones), como porque le conceden derechos (cupos de primeras materias, contingentes de importación y exportación, subvenciones y primas...).

2. ¿En qué momento de la fusión se produce la sucesión universal que, en su caso, determina el momento de cambio de control sobre la sociedad pasando a integrarse en un grupo de sociedades o cambiando a uno distinto al que pertenecía?, se pregunta VICENT CHULIÁ.

A su juicio, no en el de la inscripción en el Registro Mercantil de la fusión; sí en el del otorgamiento de la escritura pública (porque, en definitiva, como ya he considerado, es cuando la fusión se perfecciona como contrato corporativo), siquiera con pendencia de sus efectos hasta que la inscripción se practique. Así, según el Tribunal Supremo: la sociedad absorbente está legitimada activamente apor-

tando la escritura de fusión; en línea con la legislación fiscal, en 7-VII-94. También, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias: es la escritura pública de fusión la que determina la sucesión universal con la subrogación en el patrimonio de la absorbida, "con la pendencia de efectos hasta la inscripción, de modo que los mismos se retrotraen a la fecha de la escritura de fusión" (en idéntico sentido, la sentencia de la AP de Zaragoza de 17 de mayo 2002).

3. Relaciones y titularidades transmisibles. ¿Alcance?

Existen algunas que no lo son y otras que cabe dudar de su transmisibilidad. En todo caso ha de plantearse lo que sigue.

3.1. En líneas generales, los contratos pendientes de ejecución. Consideración del *intuitu personae.*

En la doctrina mercantilista actual, y aparte lo que expondré a continuación, puede considerarse una excepción el apunte –por IGLESIAS PRADA– de la problemática que abordo cuando dice: cabe que esté justificado el reconocimiento de un derecho de rescisión (resolución, a mi entender) con las sociedades que se extingan por virtud de la fusión caso de los contratos celebrados *intuitu personae* y de los contratos de tracto sucesivo, por la incidencia que la sustitución de uno de los sujetos por otro tenga en la relación de confianza subyacente en el contrato ya existente antes de la fusión.

En síntesis cabe decir que respecto a los contratos en fase de cumplimiento, ya autores clásicos –MOTOS GUIRAO, BÉRGAMO LLABRÉS– trajeron a colación el artículo 346-3 de la Aktg alemana, y, más recientemente, PAZ-ARES y SÁEZ LACAVE consideran en líneas generales la posibilidad de alegar la necesidad de adaptación del contrato si se prueba que se han alterado sustancialmente las bases del negocio. Se cita en este sentido el préstamo participativo respecto al porcentaje de beneficios con la sociedad absorbida; la cláusula de exclusiva en un contrato de distribución, los pactos de prohibición de competencia o el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos.

Al lado pero aparte, en cuanto a los contratos que pueden considerarse celebrados *intuitu personae*, hay que plantear la problemática: contratos de prestación de servicios o el de obra (el CC: cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cuali-

dades personales... *ex* art. 1595); el de comodato "si se ha hecho en contemplación a la persona del comodatorio" (art. 1742); el contrato de agencia comercial; el de concesión de automóviles –Tribunal de Casación francés–; el de franquicia o el de determinados suministros. Sin olvidar las servidumbres personales –por raras que parezcan en el ámbito societario–, a las que se presta atención, en esta sede, el BGB, y respecto a las que autores que se han planteado la subsistencia o no caso de fusión mantienen posturas divergentes (CÁMARA ÁLVAREZ; OSORIO MORALES, quien ante la expresión del art. 531 CC: "... o de una comunidad", considera, con acierto, que pueden establecerse también en provecho de una persona jurídica).

Últimamente VICENT CHULIÁ, ante la problemática, prudentemente apunta la conveniencia de que en el Protocolo de fusión y desde luego en el Proyecto –si existe– se prevean casos como los apuntados. El parágrafo 21 de la Ley reguladora alemana de 1994 determina en este punto que se fije el alcance de las obligaciones equitativamente, si resulta perjuicio grave para la sociedad absorbente. Para el autor, puede explayarse la cláusula prohibitiva de la sucesión en el contrato –como la contraria si con la otra parte contratante se cuenta–. Y desde luego cabría incluso prever en el texto contractual (contrato de larga duración, de tracto largo fundamentalmente) la cláusula de prohibición de la fusión u otra modificación estructural de modo que si tal se produjera, automáticamente quede el contrato sin efecto para el futuro. En tal caso –apunta el autor últimamente citado–, cláusula de este tenor necesita intervención competencial de la Junta General; si es el órgano de administración el que *se ha comprometido* en representación –o el apoderado–, el compromiso habrá de ser ratificado por aquélla.

Fianzas, avales, cauciones y garantías personales constituyen, en último término, campo abonado a la problemática, si falta la necesaria previsión (nótese que el garantizante o el garantizado puede ser la sociedad que se extingue o puede ser la absorbente: en la jurisprudencia francesa –ponen de manifiesto COZIAN y VIANDIER– existe un atisbo de cambio caso de absorción, respecto al tradicional igualatorio en la materia: extinción. VICENT CHULIÁ plantea cuestiones en el punto concreto de los avales. Nótese que, en sede de fianza, el Código Civil prevé el *personalismo*: artículo 1824: fiador... insol-

vente... fiador una persona determinada; artículo 1848: confusión... cuando uno hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador; artículo 1853: excepciones oponibles... "no las que sean puramente personales del deudor").

3.2. Apartado específico exige el estudio de los poderes: necesaria distinción, supeditada a su conveniente previsión expresa.

Si los ha otorgado la sociedad extinguida por la fusión: si la causa está en un contrato de mandato, al fundarse éste en la confianza puesta en el mandatario-apoderado, el artículo 1732 del Código Civil es de aplicación (en contra, MOTOS). Pero si es un poder mercantil, continúa a expensas de que los herederos del principal lo revoquen (art. 280 y 288 C de C, ajustados a la *ratio* de la fusión).

Si el poder se otorga a la sociedad que por la fusión se extingue, la *ratio* del artículo 1732 del Código Civil lleva a la extinción del poder. En contra, PAZ-ARES y SÁEZ LACAVE, aduciendo que "lo normal será que no se resienta la relación de confianza con el tercero y la organización al persistir", por lo que consideran que puede continuar, con cita en este sentido de MOTOS y de GRUNEWALD.

3.3. El usufructo constituido a favor de una sociedad que se extingue.

El artículo 515 del Código Civil establece la caducidad a los treinta años ("no podrá constituirse... por más de", dice literalmente, lo que ha de interpretarse en el sentido apuntado). Si antes de este tiempo la sociedad se disolviera –continúa el precepto–, se extinguirá por este hecho el usufructo.

Con lo que parece cerrado el paso a la continuidad del usufructo; pero la especialidad esencial de la fusión, con la transmisión *inter vivos* conceptualmente anterior a la extinción de la sociedad fusionada usufructuaria hace pensar –han señalado MOTOS y BÉRGAMO– que prevalece el principio general de la transmisibilidad del usufructo *ex* artículo 480; todo ello salvo pacto en contrario y respetando el plazo máximo de treinta años del artículo 515 estudiado. Recientemente aducen argumentos a favor de la posible continuidad PAZ-ARES y SÁEZ LACAVE, basados en el Derecho alemán, pero consideran que en nuestra doctrina la tesis es la contraria cuando, como se ha expuesto, no es así (citan: "por todos", DE LA CÁMARA).

La práctica de la ESCISIÓN

Si la escisión es total, ¿cada parte o bloque patrimonial que se transmite ha de conformar una unidad económica, ante el silencio del artículo 69?

Pienso que no hay olvido del legislador: más bien el propósito de que la escisión total responda y dé solución a supuestos fácticos atendibles (así, señala ÁVILA NAVARRO, cuando la escisión se quiere utilizar para dividir el patrimonio social entre dos grupos de socios, de los que alguno puede preferir cambiar de negocio –recibiendo, por ejemplo, dinero–, o adjudicarse el bien adquirido o incluso liquidar). La interpretación flexible del concepto de "unidad económica" puede ayudar en este sentido, sin perjuicio de que tenga que entrar en funcionamiento en último término la prohibición del fraude de ley si así se prueba, y en otro orden la no aplicación de la neutralidad fiscal si no existen motivos económicos válidos (así, transmisión de un solo inmueble, de un crédito o de una sola deuda, como apunta VICENT CHULIÁ). En todo caso –con CONDE TEJÓN–, ha de advertirse que lo deseable es evitar la disgregación de la sociedad en una multiplicidad de elementos aislados, de manera que ninguna de las porciones patrimoniales transmitidas conforme una unidad económica, pues esa no es finalidad de la escisión. Como tampoco lo es que lleguen a transmitirse elementos del activo con mayor pasivo, como advierte ESTEBAN RAMOS, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, ROJO y, más recientemente, RODRÍGUEZ ARTIGAS.

Lo anterior abre algunos interrogantes en sede a AV:

1. Parece que existe libertad para configurar las distintas fracciones resultantes de la división patrimonial, pero no puede ser total: podría llevar a la simulación o utilización fraudulenta para eludir el cumplimiento de la exigencia de unidad económica de la escisión parcial y de la segregación (LARGO GIL).

2. Parece que es indiferente la proporción entre activos y pasivos que puede contener cada parte patrimonial que se escinde. Todo tiene un límite: no cabe transmisión en bloque de solo el pasivo o mayor parte que activo; el perjuicio a los acreedores está latente y el principio de integridad del capital social ha de respetarse (art. 47.1

LSA); respetado, cabe –dice RUBIO VICENTE– transmitir todo el pasivo en una de las partes siempre que el activo incorporado supere su valor.

Si la escisión es PARCIAL, varias cuestiones son planteables.

1. El artículo 70 exige que cada una de las partes del patrimonio de la sociedad mercantil que se escinde forme una unidad económica. Sin olvidar que la LIS, a efectos tributarios (neutralidad fiscal) exige "rama de actividad". Veamos.

1.1. Al enfocar la problemática se ha podido entender que estamos ante una unidad económica organizada como empresa (A. ROJO; recordemos la clásica definición: "conjunto de actividades, cosas, derechos y circunstancias de hecho que el empresario organiza en unidad de destino para la..."; GARRIGUES) y que justamente a ella se refiere el apartado 2 del artículo 70. Entonces –se apunta– el concepto es coincidente con el fiscal de rama de actividad: unidad económica, conjunto de medios capaz de funcionar por sí mismo de modo autónomo, independiente (art. 83.4 Ley Impuesto de Sociedades; coincidencia que no parece exacta).

1.2. La postura anterior se rebate, por rígida, entendiendo que –¿aparte el enfoque fiscal?– el concepto de unidad económica se cumple si existe una unidad funcional o bien tecnológica (así, para VICENT CHULIÁ: un paquete de acciones mayoritario –en su exigencia fiscal, como se verá luego–; un paquete tecnológico: patentes, marcas, diseños industriales; o una planta o instalación industrial; e incluso, inmuebles, para GUASCH MARTORELL, aunque fiscalmente en este supuesto falta la organización, cohesión e independencia para considerarlo unidad económica organizada. Y es que –dice RODRÍGUEZ ARTIGAS– hay que ser rigurosos al utilizar la flexibilidad).

1.3. En la línea anterior, aunque matizada, se considera que la flexibilidad no puede llevarse al relajamiento del requisito legal: una cierta organización es necesaria (ALONSO LEDESMA). La exigencia de la LME –no contemplada en las Directivas CEE– se inspira en el principio de conservación de la empresa y en la necesidad de asegurar

la conveniente correlación entre el activo y el pasivo que se transmite (sin perjuicio de que así tal correlación no quede suficientemente asegurada, como se ha argumentado críticamente).

La *ratio* legal –se dice entonces– se cumple y satisface siempre que la parte o partes del patrimonio que se traspasa configure un conjunto de elementos patrimoniales, activos y pasivos, que desde el punto de vista organizativo y de estructura, tengan propia autonomía, capaz de operar en el tráfico jurídico con sus propios recursos (en este sentido, Resolución de 10 junio 1994).

1.4. Con lo que se va perfilando el concepto. Como expone SÁNCHEZ ÁLVAREZ, la exigencia legal trata de excluir del ámbito de la LME los cambios de titularidad patrimonial aislados, aunque se trate de transmisión en globo (terminología del art. 1532 CC); para tener el beneficio de la sucesión universal –a la que el art. 70 se refiere– ha de tratarse de la transmisión en globo de un conjunto patrimonial que permita su explotación económica conjunta.

1.5. En todo caso, la *praxis* hay que considerarla: la transmisión por CAMPSA de las estaciones de servicio a Cepsa, Petronor, Ertoil..., reteniendo los activos de CAMPSA Logística SA, la escisión de la "sección inmobiliaria de una sociedad"; la de elementos que por su contenido –aerogeneradores, líneas subterráneas de interconexión y subestación transformadora– y su capacidad para producir por sí misma energía eléctrica, tienen la consideración de un parque eólico, lo que permite la calificación de unidad económica (sentencia de la AP de Burgos de 3 de marzo 2004).

2. Se ha discutido por la doctrina *cuál debe ser el momento en que* la parte o partes del patrimonio que se transmite (traspasa, habla, como se ha visto, el art. 70 y repite el término el art. 71 en sede de Segregación) *deben constituir una unidad económica*.

La coherencia con el principio fundamentador de conservación de la empresa lleva a considerar que no sea suficiente con que se transmitan elementos aislados con la única obligación de su integración en una unidad económica existente en la sociedad beneficiaria (CONDE TEJÓN). Antes de la transmisión hay que entender –a pesar del silencio legal, aunque la redacción del art. 70 parece ya signifi-

cativa– que la "unidad económica" debe existir (en este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, ASTORGA MORANO, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, siendo también el expuesto criterio de la Dirección General de Tributos: 23 de julio 2002 y 10 de enero 2010. En contra, con argumento ajurídico, pero a considerar, VICENT CHULIÁ: exigirlo puede llevar a *fingir* su existencia).

3. Realizada la escisión parcial, nada se dice en la Ley acerca del *patrimonio que conserva la sociedad que se ha escindido*.

En aras del principio de conservación de la empresa, los autores que se han planteado la cuestión, con la excepción de VICENT CHULIÁ, han dado respuesta afirmativa al respecto a la necesidad de que aquél también debe formar una "unidad económica" (según ASTORGA MORANO, éste es igualmente el criterio de la Dirección General de Tributos en consulta vinculante últimamente citada). Para RODRÍGUEZ ARTIGAS basta que en la sociedad que se escinde se respeten las normas derivadas del principio de correspondencia mínima entre CS y patrimonio, aunque éste no forme una unidad económica y la sociedad resulte inoperante (en igual sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA). Razonamiento y conclusión escasamente convincentes, a mi entender.

4. Por otra parte, aparece en escena la transmisión en bloque, vía escisión parcial, de: la parte de patrimonio constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios.

En tal supuesto, el artículo 70.2 dice que "podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa".

Carácter potestativo de la transmisión pasiva que hay que rebatir: si se aplica el principio de la sucesión universal, la transmisión ha de ir del activo al pasivo.

Es que podría tratar de traspasarse pasivos excesivos, se ha argumentado; no es solución adecuada la literal de la ley (que prácticamente reproduce lo que la de Anónimas de 1989-90 decía, y en la que no se hablaba expresamente de sucesión universal).

Interpretación correctora de la norma, en definitiva, que me permito exponer en coherencia con el principio antedicho.

No olvidemos la Segregación, ni la Aportación de rama de actividad.

A la segregación –regulada dentro de la escisión– se refiere el artículo 71. Conforme a él la transmisión a una o varias sociedades supone que la contraprestación en acciones, participaciones o cuotas de las beneficiarias la recibe, no los socios, sino la sociedad segregante.

Me centro en la cuestión de si la actual regulación de la Segregación exige *que toda aportación de empresa o rama de actividad haya que canalizarla o no* por el régimen legal de aquélla. Veámosla.

Ante todo adviértase que la aportación de empresa tiene su propia regulación (art. 66 y ss. de la LSC), siquiera ceñida a la verificación de la realidad de la aportación y a la responsabilidad por la misma –lo que para RODRÍGUEZ ARTIGAS complementa el régimen legal del art. 71, que es de aplicación al caso–, teniendo en cuenta además que "rama de actividad" conlleva algo más amplio que lo que supone "empresa".

Por otra parte, el criterio de incluir la aportación de rama de actividad como supuesto de Segregación supone –y es relevante señalarlo– la necesidad de que el acuerdo lo adopte la Junta General con el carácter y requisitos de modificación estructural, sin que por tanto sea competencia del órgano de administración. Éste es el criterio de parte de la doctrina –competencia de la Junta General–, pero partiendo de que se reconozca la autonomía de la Aportación y no se considere embebida en la Segregación (RODRÍGUEZ ARTIGAS –frente a SERRA CALLEJO– se ha preguntado en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid: ¿qué tipo de acuerdo de la Junta sería éste, ordinario; convocarla o no dependerá del arbitrio del órgano de administración; hará falta experto...?, para considerar necesaria la modificación clarificadora de la normativa en este punto; el momento adecuado, cuando se transponga la DC 109/2009).

Últimamente GONZÁLEZ-MENESES y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA han defendido la conveniencia de que se admita la Aportación manifestando el órgano de administración en la escritura que "no afecta a la estructura patrimonial de la sociedad...".

A mi juicio, de previsión vía objeto social y delimitación competencial (en línea de la Resolución "Solán de Cabras", de 25 de abril 1997), es digna de consideración, como también el recuerdo, por

SÁNCHEZ OLIVÁN, de que –hablaba en 1988– el RM de Madrid inscribía la operación de Aportación exigiendo el acuerdo de la sociedad transmitente y el compromiso de pago subsidiario de las deudas sin garantías.

En último lugar, no se olvide que la autonomía de la figura tiene su base en el régimen fiscal especial de la LIS. Removidas las aguas tras la sentencia Holzmüller y las recomendaciones de la COB francesa, el medio que brinda la legislación fiscal ha de seguir considerándose, pero con la competencia para Aportar rama de actividad de la Junta General (y con los requisitos propios de las modificaciones estructurales; coincide EMBID IRUJO). En todo caso, y mientras se realiza la conveniente armonización, creo que constituye guía orientadora a considerar también, lo que ALONSO LEDESMA, citando a DOMÍNGUEZ GARCÍA, ha expuesto en 2002: excluyendo la sucesión universal, cabe aplicar por identidad de razón, analógicamente, el régimen de la escisión parcial (y, apunto, el de la segregación actual de la LME), a la Aportación de rama de actividad. Y en septiembre de 2011 –Congreso Notarial de Sitges– se ha reafirmado en su criterio: con intervención de la Junta General es factible la aportación como figura distinta a la Segregación, por la base legal existente. Notarios participantes en el Congreso afirmaban lo mismo en la *praxis*.

Escisión parcial financiera

La Ley del Impuesto de Sociedades –en el art. 83.2.1.ºc– contempla una modalidad que la Ley ME desconoce.

Supone el supuesto de que una entidad segregue una parte de su patrimonio constituido por *participaciones* en el capital de otras entidades que confieren la mayoría del capital social en las mismas (participación significativa) y la transmite a otra sociedad, de nueva creación o preexistente, recibiendo a cambio valores representativos del capital de la sociedad adquirente, que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones reduciendo el capital social y las reservas...

Escapando la misma Ley fiscal de la configuración de rama de actividad dándole una caracterización peculiar, *ad hoc*, a los casos a aplicar en la realidad, lo evidente es que posibilita la atención práctica a supuestos tales como: en empresas familiares para su rees-

tructuración, reordenando la titularidad de participaciones con la transmisión de un paquete mayoritario; para separar, por ejemplo, los activos afectos a la responsabilidad propia de la empresa familiar de aquellos que estándolo también –antes de la escisión parcial financiera–, se considera que deben dejar de estarlo a fin de constituir patrimonio familiar ajeno a los riesgos propios de las actividades de carácter empresarial (SÁNCHEZ CRESPO).

En definitiva, estamos ante una peculiar modalidad –por su enclave, su *ratio* y su característico contenido– que si revela evidente falta de coordinación sustantiva-fiscal hoy por hoy, es digna de atención para su aplicación práctica (para SÁNCHEZ OLIVÁN: inoportuna parece la existencia de las regulaciones distintas en los ámbitos mercantil y fiscal. Con ésta se resuelve un problema, pero la cuestión mercantil no; antes debería garantizarse la inscripción registral. Mejor hubiera sido, a su juicio, el tratamiento fiscal sin tener que ampliar el concepto de escisión).

La constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión de su patrimonio. El artículo 72

Las consideraciones a realizar son:

1. La transmisión total del patrimonio, en bloque, recibiendo de la sociedad de nueva creación todas sus participaciones, convierte a la primera en *sociedad holding o de cartera* desarrollando entonces las actividades que constituyen su objeto social de modo indirecto, a través de la sociedad filial, íntegramente participada ("filiación total"). Ésta ha de ser siempre una y ser de nueva creación en todo caso, conforme al precepto regulador del supuesto.

2. Al decir el artículo 72 que "transmite en bloque su patrimonio a...", *omite* que es: por *sucesión universal*, como se prevé expresamente en todos los supuestos de escisión –ya estudiados–. Con todo –como expone RODRÍGUEZ ARTIGAS– la aplicación de las normas de la Escisión a esta operación lleva consigo, como todo supuesto de modificación estructural con transmisión, el traspaso en bloque por sucesión universal del patrimonio. Los efectos propios de la misma se producen, por tanto (sin perjuicio de las matizaciones que expongo).

3. La contraprestación que la transmitente recibe *diferencia el supuesto del artículo 72* en estudio de la figura *de la Cesión global*: en ésta la contraprestación no puede consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario (art. 81).

4. Su régimen, ¿queda "en tierra de nadie"? La razón de ser de la regulación de la operación en estudio, separada de la Escisión y de la Segregación, se debe a que no existe en puridad en ella división del patrimonio en varias partes. Esté o no justificada la autonomía reguladora, lo que importa es destacar ahora que este tratamiento formal, semejante al que en sede de Fusión se sigue en el artículo 53 (operación asimilada a la fusión), se suma al de los supuestos ya estudiados de la segregación –con la necesaria existencia de "unidad económica" y su precisión ante el término fiscal de "rama de actividad"–, la aportación no dineraria como supuesto no confundible, así como la Cesión Global. Pero lo demás ya es incierto, tanto que "el intérprete ha de determinar *qué normas de la escisión son aplicables*" (ALONSO ESPINOSA y LÁZARO SÁNCHEZ).

Las salvedades de la Escisión. Menciones específicas a incluir en el Proyecto de escisión. Artículo 74

En el Proyecto de escisión –dice el art. 74–, además de las menciones enumeradas para el Proyecto de fusión, se incluirán: 1.º La designación y en su caso el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias, y 2.º El reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda el reparto. Esta mención no procederá en los casos de segregación ni tampoco en el de constitución de sociedad íntegramente participada del artículo 72. En ambos debido a que quien recibe las participaciones es la sociedad segregada o la transmitente y no sus socios.

Voy a poner de relieve dos aspectos del ordinal 1.º.

1. La *primera mención* responde a la necesidad de que todos los implicados e interesados en la escisión tengan el exacto conoci-

miento de los bienes, derechos y obligaciones que se transmiten a las sociedades beneficiarias. Ahora bien, lo expuesto ha de completarse con lo que prevé el artículo 75 de la Ley: dado que puede producirse, tanto la incorporación de nuevos activos o pasivos, como que elementos patrimoniales –activos pasivos– no se hayan atribuido a alguna de las sociedades beneficiarias en el Proyecto de escisión, el precepto citado establece que –en caso de escisión total– el elemento del activo no atribuido en el proyecto, siempre que la interpretación de éste no permita decidir sobre el reparto, se distribuirá ese elemento, o su contravalor, entre todas las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el Proyecto de escisión. Si de un elemento del pasivo se trata, el artículo 80 establece la responsabilidad solidaria de todas las sociedades beneficiarias.

¿Y caso de la escisión parcial?, a salvo lo que dispone el Proyecto, lógicamente los elementos no atribuidos permanecen en la sociedad escindida.

2. *El control de legalidad*. La importancia de la designación y en su caso el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo hay que destacarlos. Y es que aunque haya podido decirse que supone una *"contradictio in terminis"* que la transmisión sea en bloque por sucesión universal y se tenga que identificar todos y cada uno de los bienes y posiciones jurídicas (GONZÁLEZ-MENESES y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA), las razones para ello son evidentes, como se ha expuesto y voy a señalar a continuación.

En la praxis, no resulta sencillo para el notario y para el registrador mercantil: los socios, las sociedades beneficiarias, los acreedores de la escindida-segregada y de aquéllas han de estar atentos a fin de que ese "reparto preciso" sea una realidad. La responsabilidad *ex* artículo 80 –tan criticado y desde luego carente de ortodoxia ante la pretendida transmisión en bloque "por sucesión universal"–, pero que ahí está para que los acreedores presten atención "al reparto preciso... y por tanto a las obligaciones asumidas por cada sociedad beneficiaria..., a la responsabilidad solidaria de las demás hasta..." y "si subsistiera..." (arts. 74,1.º y 80). La negativa registral a considerar "el reparto preciso", el régimen legal de impugnación (arts. 47 y 73)..., llevan a la conclusión de que las exigencias legales –como se

ha podido poner de relieve por MARINA GARCÍA-TUÑÓN, como referente doctrinal– exigen del profesional interviniente un control para el que no cuenta ni con suficientes medios ni posiblemente con la colaboración de las sociedades interesadas (verificación del acuerdo de las Juntas, que plasman lo que en el Proyecto consta).

UN APUNTE en tema de CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

La CGAP regulada en la LME resulta útil –ha señalado ALONSO UREBA– para la transmisión de empresas en una única operación y a mejor precio, al ser una empresa en funcionamiento o varias ramas de actividad en ella, sin que necesariamente tenga, por tanto, que producirse –como hasta ahora el proceso de disolución de la sociedad seguido de liquidación–. Ello gracias a las ventajas de la sucesión universal.

A lo que se une su procedimiento simplificado (de "hipersimplificado" ha llegado a calificarse) y a que –a pesar de que la LIS no la considera– la DGT ha concedido el régimen de neutralidad fiscal en casos en que existen "motivos económicamente válidos" de reestructuración o racionalización de las entidades participantes (así, el supuesto de una sociedad que realiza una CG a favor de la Asociación que ostentaba todo su capital social; Resolución de la DGT de 14-IV-2007).

La cuestión que de entrada se plantea en sede de autonomía de la voluntad es que en la LME (arts. 81 a 91) el cesionario o cesionarios no aparecen hasta el otorgamiento de la EP de cesión global: el proyecto lo han de redactar y suscribir los administradores de la sociedad inscrita que transmite (art. 85), los que han de elaborar el informe explicativo, justificativo (art. 86), y el acuerdo de la CG ha de adoptarse por la Junta de socios de la sociedad cedente (art. 87.1), teniendo los acreedores del cesionario o cesionarios derecho a oponerse a la cesión (art. 88), debido a que la publicación exigida del acuerdo de cesión los incluye, como es de justicia (art. 87.2). Es que la ley considera ME a la cesión global por parte de la sociedad cedente... ¿y el, los cesionarios, convidados de piedra hasta que se enteren de que tiene que otorgar la escritura de cesión?

Deficiencias, sin duda, que hay que resolver por la vía realista del pacto entre las partes contratantes. Sin más, plasmo su contenido esencial, que transcribo de lo estudiado por ANSÓN PEIRONCELY:

• Intervención de las partes. En cuanto a la sociedad cedente, el contrato será celebrado por representante con poderes suficientes para ello. No tiene que ser la Junta general quien lo autorice, sino los administradores de la sociedad mercantil, pues no se va a probar el acuerdo de CGAP en este contrato.

• Capacidad de actuar del cesionario o cesionarios. Titularidad o ámbito de representación de sus representantes. En caso de ser sociedades mercantiles habitualmente se preverá que la aprobación de la CGAP será competencia de la Junta, que delegará la ejecución del acuerdo en quien corresponda. Aunque en algunos casos concretos podrá ser competente para aprobar el acuerdo de CGAP el órgano de administración del cesionario o cesionarios.

• Descripción del patrimonio objeto de la cesión y también de la contraprestación en caso de que sean bienes o derechos.

• Dado que la LME no exige informe de expertos sobre el proyecto, el contrato puede establecer la necesidad de intervención de expertos para valorar el patrimonio y, dependiendo de su resultado, seguir adelante o no con el proceso.

• Precio de la cesión y forma de pago.

• Prestación de garantías por parte de la sociedad cedente frente a pasivos ocultos, o vicios o defectos. Para hacerlo más efectivo se podría ampliar la responsabilidad a los administradores y/o socios de la cedente, en cuyo caso deberían intervenir también en el contrato o comparecer en el otorgamiento de la escritura.

• Consecuencias del abandono o desistimiento de la operación por alguna de las partes. Se pueden regular las causas: justificadas (por el resultado –si así se hubiera pactado–. De la auditoría voluntaria o del informe de experto, también voluntario; por imposibilidad de prestar las garantías pactadas; etc.) o injustificadas y las posibles indemnizaciones.

• Fiscalidad de la operación.

• Compromisos laborales.

• Obligaciones de los administradores de la sociedad cedente que no recoge claramente la LME para la CGAP (pero sí para la fusión o escisión): abstenerse de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto (art. 30.2 LME). Y la obligación de comunicar al cesionario o cesionarios cualquier modificación importante del patrimonio, acaecida entre la fecha del proyecto y de la Junta (art. 39.3 LME).

Lo anterior debe preverse cuanto antes: la fase idónea, la de los tratos preliminares (coincide MARIMÓN DURÁ), pero no resuelve, con todo, las dudas que el régimen legal plantea. Ciñéndome a las que tienen íntima relación con el objeto de estudio aquí, cabe exponer:

1. ¿Por qué no es precisa la intervención de la Junta de socios para el otorgamiento si el cesionario es una sociedad?, se preguntan GONZÁLEZ-MENESES y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, para continuar diciendo: es discordante con el régimen del artículo 53 ("operación asimilada a la fusión"), con la "tentación de eludir ésta con maniobras sencillas" (*sic*).

En esta cuestión lo que debe plantearse y tratar de resolver: considerándolo acto de gestión, NOVAL PATO ha entendido que se debe a que no se retribuye al cedente con acciones o participaciones del cesionario; no existe variación en la estructura de participación en su capital social. Por lo que –apunta ANSÓN PEIRONCELY– estaríamos ante un caso de modificación patrimonial (Preámbulo de la LME, en su terminología) más que estructural.

En un punto en cierto modo intermedio se sitúan quienes consideran que hay que atender a la relevancia del patrimonio adquirido para determinar el órgano competente (aun reconociendo lo impreciso del término, es la postura por la que se decide el último autor citado).

En mi sentir, la problemática, ya tratada en sede de aportación de rama de actividad, tiene en la CG aspectos y matices específicos: fundamentalmente debe ser el contrato de cesión el que resuelva la cuestión, pues en él se planteará sin duda el problema, y la conexión órgano de administración-socios (Junta) tiene que dejarse clara. No creo que con lo dicho se eluda la cuestión; al contrario, el silencio de la LME abre la fecunda vía de la autonomía de la voluntad, que es la que –bien asesorada– sopesará la entidad de la adquisición a efectos del órgano legitimado para otorgar la escritura pública (ella –dice el art. 89– recogerá el acuerdo de CG adoptado por la sociedad cedente); el nulo tecnicismo del término subrayado ha de completarse: debe contener la escritura el contrato de CG celebrado por ambas partes; no para ser elevado éste a escritura pública, sí para que aparezca nítida la concorde voluntad; sin perjuicio –desde luego– de que se altere o modifique o supriman cláusulas del con-

trato cuando definitivamente el nuevo consentimiento se presta en la EP de cesión. En último término, no debe confundirse lo dicho con el Proyecto de CG: cabe modificarse éste por acuerdo unánime de todos los socios de la sociedad cedente, siempre que no afecte a los derechos de los acreedores.

2. Si la cesión global se realiza a un solo cesionario, ¿es exigible el requisito de que "cada parte del patrimonio que se ceda a dos o más cesionarios constituya una unidad económica del artículo 82"? La respuesta negativa tiene, a mi entender, base y fundamento: la adquisición de todo el patrimonio de la sociedad transmitente por sucesión universal basta. Aquí está, pienso, la *ratio* de la respuesta adecuada (y no solo en el "*inclusio uno, inclusio alterius*", argumento a contrario sensu del precepto citado).

3. La eficacia de la CG se produce con la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente (art. 89.2). Tampoco supone la redacción de este apartado un ejemplo de perfección: con anterioridad ya se ha expuesto lo que considero exacto en las ME respecto a la eficacia. La inscripción es necesaria y hasta que se practica, los efectos de la escritura pública en la que el contrato se ha celebrado quedan condicionados suspensivamente (en este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA), sin perjuicio de la fecha a partir de la cual la cesión tiene efectos contables para ambas partes (forma del valer, en la terminología, ya apuntada, de GONZÁLEZ PALOMINO).

¿Necesidad de aprobar un balance de CGAP; cumplimiento de obligaciones para los administradores que el artículo 39.3 establece en sede de Fusión; derecho de información para el o los cesionarios...? Parte de la doctrina considera que el procedimiento "hipersimplificado" de la CG ha de completarse, dado que las omisiones legales son injustificadas; se llega incluso a afirmar que el régimen legal burla o transgrede la Directiva comunitaria relativa a la Fusión...

Insisto. Cada supuesto real que se plantee necesita estudio y asesoramiento profundos. La previsora celebración del contrato de CE entre las partes debe plantear y resolver incógnitas que la visión de un solo ojo legal ha dejado en la penumbra.

EL PAPEL DEL NOTARIO EN LA CONSTITUCIÓN Y EN GENERAL A LO LARGO DE LA VIDA DE LAS FUNDACIONES: ELEMENTOS ESENCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA FUNDACIÓN (1)

Juan Ignacio Gomeza Villa
Notario

SUMARIO

Primera parte

I. PRESENTACIÓN

Segunda parte

II. PANORAMA DE LAS FUNDACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA
- Las Fundaciones, visión europea
- Unos datos sobre Fundaciones en Europa
- El concepto de Fundación europea según el "Feasibility Study"

Tercera parte

III. CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES
- El sistema de constitución de las Fundaciones
- La conservación y mantenimiento de la empresa como fin fundacional, y su encaje:

(1) Conferencia inaugural del Curso de Fundaciones 2011, organizado por la Dirección de Registros Administrativos y Régimen Local del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco, pronunciada el día 31 de enero de 2011.

  - En el derecho de Fundaciones
  - Con el Derecho civil: Propuesta de supresión de las legítimas
  - La empresa entre la Fundación y la familia
- Constitución de la Fundación por transformación de otras personas jurídicas
- Inscripción de la Fundación
- Inscripción telemática

I. PRESENTACIÓN

Los días 19 y 20 de enero de 1994, hace 17 años, el Centro de Fundaciones [hoy Asociación Española de Fundaciones (2)], en colaboración con la Fundación BBVA, presidida entonces por D. José Ángel SÁNCHEZ ASIAÍN, celebró en Bilbao un Encuentro de Fundaciones para hacer oír las voces de las mismas sobre el "Proyecto de Ley" que había aprobado el Gobierno con fecha 19 de noviembre de 1993, y publicaba el *Boletín Oficial de las Cortes* el 7 de diciembre del mismo año.

Tras la presentación del Encuentro por el presidente del Centro de Fundaciones, correspondió inaugurar las conferencias al catedrático de Historia del Derecho, miembro de la Real Academia de la Historia, y ex presidente del Tribunal Constitucional, don Francisco TOMÁS Y VALIENTE.

Su ponencia (3) guarda una extraordinaria actualidad, y me atrevo a citarla en esta primera conferencia de Fundaciones en honor a su persona, a su memoria y por reconocimiento de su contenido.

El profesor arrancaba su examen desde la norma primaria, la Constitución de 1978, ya que, como resaltaba, la inclusión de las Fundaciones en la misma suponía no solo una novedad legislativa (ya

(2) www.fundaciones.org

(3) "La Constitución española y las Fundaciones", pp. 23 y ss., Francisco TOMÁS Y VALIENTE. Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas. Análisis y valoración del Proyecto de Ley de Fundaciones. Fundación BBVA. DOCUMENTA. 1994.

que no es habitual contemplar la referencia a las Fundaciones en los Textos constitucionales), sino el desterrar de forma definitiva el viejo problema de la vigencia de las leyes desamortizadoras y desvinculadoras del siglo XIX que todavía coleaban por falta de derogación expresa.

La visión actual de las Fundaciones no es completa si no tenemos en cuenta sus antecedentes, que son próximos aunque estén relativamente alejados en el tiempo, y se derivan de todo ese proceso desvinculador y desamortizador del siglo XIX.

Los estudios con motivo de la Ley de 1994 iniciados por el profesor MALUQUER DE MOTES, seguidos por DE LORENZO (4), PIÑAR MAÑAS (5), y los más actuales (DE PRIEGO FERNÁNDEZ) (6), nos han recordado que la supresión de las vinculaciones familiares, y la prohibición de constitución futura de las mismas que ordenaba la Ley de 11 de octubre 1820 (7) en su artículo 14, cuando declaraba que *"Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título o pretexto Fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos o fondos extranjeros"* (8), y la posterior Ley de 19 de agosto de 1841, supusieron lo que GARCÍA DE ENTERRÍA describió como la "Sima Histórica" de las Fundaciones, en la que desaparecieron *"todos los patronatos todas las Fundaciones históricas que funcionaban como vinculaciones de bienes, patrimonios adscritos a una finalidad regidos por Patronatos"*.

---

(4) *El nuevo derecho de Fundaciones.* Rafael DE LORENZO GARCÍA, Marcial Pons, 1993.

(5) *Comentarios a la nueva ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*, Marcial Pons, 1995.

(6) Verónica DE PRIEGO FERNÁNDEZ. *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las Fundaciones.* Universidad Rey Juan Carlos. DYKINSON, 2004.

(7) [que nacen bajo el impulso liberal en el trienio de Riego (1821 /1823), apoyándose en los trabajos elaborados bajo la Constitución de Cádiz de 1812].

(8) P. 34, Verónica DE PRIEGO FERNÁNDEZ: *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las Fundaciones.* Universidad Rey Juan Carlos. DYKINSON, 2004.

Por su parte, las leyes desamortizadoras de MENDIZÁBAL Y MADOZ de 1835 y 1855 pusieron en venta los bienes de **"manos muertas"**, entre ellos las de los bienes de las entidades religiosas, con los que se atendían principalmente necesidades públicas (Educación, Hospitales) y fue necesaria una nueva ley, la Ley General de Beneficencia de 1849, para poder mantener estos establecimientos.

De otro lado, en ese siglo XIX la dogmática jurídica, principalmente alemana, elaboró el concepto de persona jurídica, que recoge el Código Civil de 1889. El artículo 35 CC incorpora la Fundación como persona jurídica y declara que son personas jurídicas, además de las Asociaciones y de las Corporaciones, las **Fundaciones de interés público** reconocidas por la ley (9).

Además, reconoce en su artículo 38 que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer toda clase de bienes, superando las anteriores prohibiciones del siglo XIX.

El cambio que supuso la publicación del Código Civil fue sustancial.

- De un lado, en cuanto que reconoció a la Fundación como persona jurídica, superando así la indeterminación anterior del concepto que se observa con la mera lectura de las leyes mencionadas y de la Instrucción de Beneficencia de 1889, en las que al referirse a los Establecimientos de Beneficencia se citan "las Fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías".
- De otro, por el reconocimiento expreso a la Fundación de la posibilidad de adquirir y poseer toda clase de bienes, contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales, consagrado por el artículo 38.

(9) Son personas jurídicas:

1.º Las Asociaciones, Corporaciones, y **Fundaciones de interés público** reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que con arreglo a derecho, hubieren quedado válidamente constituidas.

2.º Las Asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia independiente de la de cada uno de los asociados.

- Y finalmente por los artículos 36 a 39, que desarrollan el régimen general de las personas jurídicas.

Pero la cuestión no estaba zanjada.

Durante los primeros tres cuartos del siglo XX se seguía discutiendo, dentro de nuestra Doctrina, la derogación o vigencia de las leyes desamortizadoras, y por otro lado la legislación en materia de Fundaciones era una legislación fragmentaria e insuficiente (Fundaciones laborales, Fundaciones culturales derivadas de la Ley de Educación, Fundaciones de Hospitales, Asilos, amparado en la Ley General de Beneficencia de 1849, Entidades Benéficas Constructoras al amparo de la Ley 15/07/1954 y Decreto 24/06/1955).

Por todo ello, la inclusión de las Fundaciones en el artículo 34 del Texto constitucional de 1978 tuvo una importancia enorme, que no se puede pasar por alto en una primera presentación de las Fundaciones, y de ahí que vuelva a la ponencia del profesor TOMÁS Y VALIENTE cuando lo ponía de manifiesto y resaltaba la importancia: de su reconocimiento constitucional, de la evolución de su tratamiento en el proceso de elaboración de la Constitución, y del lugar donde finalmente quedó situado el derecho a Fundar.

Como dice el profesor (10), las Fundaciones fueron inicialmente contempladas junto con las Asociaciones en el artículo 22 del Proyecto del Texto Constitucional dentro de la sección primera del Capítulo Segundo del libro primero de la Constitución, en la que se recogen los "Derechos fundamentales en sentido estricto", es decir, aquellos dotados de la máxima protección constitucional (desarrollo por ley orgánica, defensa por medio de recurso de amparo, y rigidez máxima, entre otros mecanismos constitucionales).

Sin embargo, la Comisión de la Constitución en el Senado separó el derecho de Asociación y el de Fundación, sacó el derecho a fundar de su anterior situación y lo colocó en la sección segunda del mismo Capítulo, como un derecho también fundamental, pero de distinto grado, y lo colocó a renglón seguido del derecho de propiedad, marcado por su función social, recogida en el artículo 33.

A su vez, modificó la redacción inicial del artículo 22, sobre las Fundaciones, y pasó de la declaración "*Se reconoce* ***el derecho a fundar***

(10) Obra citada, p. 25.

con arreglo a la Ley" a *"Se reconoce* ***el derecho de fundación para fines de interés general,*** *con arreglo a la ley".*

Decía el profesor, en la indicada conferencia, que la inclusión de las Fundaciones en el Texto constitucional, la inclusión del fin de interés general en el derecho de fundar, y su colocación y en el lugar indicado, justo tras la función social de la propiedad, tuvo unas consecuencias muy importantes, que trataré de resumir:

1.ª Las Fundaciones son reconocidas como un derecho constitucional y sujeto a la garantía de la Ley ex artículo 53.1 CE, es decir, su regulación tiene que tener un amparo legal.

2.ª La Ley tiene que respetar el "Contenido esencial" del derecho de fundación.

3.ª Las Fundaciones se hallan marcadas por el "Interés General", y hacía constar que ello conlleva a un punto de colaboración de la sociedad civil con el Estado en el cumplimiento de los fines de interés general, superando la contradicción entre Todo Estado y Nada Estado.

Señalaba que *"Ni sociedad civil contra Estado ni propiedad individualista, sino colaboración Estado-Sociedad, derecho a fundar como derecho de libertad del propietario, y propiedad delimitada por su función social. En la intersección de estos vectores se encuentran las Fundaciones".*

Y finalizaba la ponencia señalando las que a su juicio eran las notas configuradoras del **contenido esencial del derecho de fundación que el legislador debía respetar**, y que hoy nos sirven de guía para la interpretación en las Fundaciones.

1.º El derecho a crear la persona jurídica de Fundación.

2.º El derecho de Fundación como derecho de libertad y fruto de la autonomía de la voluntad.

3.º El fin de la Fundación ha de ser de interés general, lo cual no excluye la idea de beneficio patrimonial, pero sí la de lucro como fin real de la Fundación.

4.º La determinación de los fines de interés general queda a merced de la voluntad del fundador, pero en todo caso han de ser de interés general.

5.º El legislador tiene que prever mecanismos de comprobación del fin de interés general tanto en la constitución de la Fundación como durante la vida de esta.

6.º La acción de la administración ha de ser protectora o estimuladora de las Fundaciones.

7.º El legislador debe respetar la voluntad organizativa de la Fundación por el Fundador.

Estas son las líneas directrices para interpretar el derecho de Fundación en nuestro Ordenamiento, y este es el concepto de Fundación recogido por el artículo 1.º de la Ley de 1994 de Fundaciones del Estado, que con una muy ligera modificación, ha pasado a ser el artículo 2.º de la Ley de Fundaciones estatal de 2002, precepto de aplicación general en todo el Estado, y razón por la cual la Ley Vasca de Fundaciones no da un concepto de Fundación.

Dice el artículo 2 de la Ley 50/2002 que:

"1. Son Fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro (el Texto anterior decía sin ánimo de lucro)*, que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.*

2. Las Fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y en todo caso por la Ley" (por la presente Ley según el Texto anterior).

En este artículo, y en los artículos 3.1, 3.2 y 3.3 (Las Fundaciones han de perseguir fines de interés general), 4 (Gozan de Personalidad Jurídica), 6 (Domicilio), 14 (Deben tener un órgano de gobierno y representación a quien corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar el patrimonio de la Fundación), 31 (Se extinguen por las causas previstas en la ley), 34.1 (Se hallan sujetas a un Protectorado, que ha de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las Fundaciones) y 37.4 (Se inscriben en un Registro Público), dictadas como normas básicas del derecho de Fundación, y que son de aplicación general en todo el Estado (Disposición Final 1.ª Ley 2002), se contienen las normas configuradoras de las Fundaciones en el Estado, y de las líneas directrices del concepto, y se corresponde con

las señaladas por TOMÁS Y VALIENTE, a que antes hacíamos referencia, que, por tanto, guardan toda su vigencia y reconocimiento.

II. PANORAMA DE LAS FUNDACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

Ahora bien, para tener un panorama más actualizado y general de las Fundaciones, me gustaría comparar el concepto de Fundación en el Derecho español con una visión de las Fundaciones en los distintos Estados y leyes de la Unión Europea.

En el año 2003 la Comisión Europea incorporó la idea de una Fundación Europea en su plan de acción.

Desde diciembre de 2005 hasta marzo de 2006 la Dirección General de Mercado interior inició una consulta pública sobre las prioridades para el plan de acción en la Modernización de las leyes de Sociedades y del Gobierno Corporativo (11), y en orden a su definición, inició una consulta sobre la conveniencia de la regulación de un Estatuto Europeo de Fundaciones.

Terminado el período de consultas, en primavera de 2007, sacó a concurso público un estudio sobre la "Feasibility", Posibilidad, o Viabilidad de una norma Europea de Fundaciones.

Este concurso fue adjudicado al Instituto Max Planck de Derecho Comparado e Internacional de Hamburgo, y a la Universidad de Heidelberg.

Las entidades adjudicatarias entregaron el "Final report" del "Feasibility Study on a European Foundation Statute" en noviembre de 2008 (12).

El resultado del estudio fue de nuevo sometido a consulta pública en febrero de 2009.

Terminada la consulta, la Comisión elaboró una síntesis sobre los comentarios de la consulta en noviembre de 2009, hizo suyas las conclusiones del "Feasibility Study on a European Foundation Statute", sobre la conveniencia de regular un Estatuto Europeo de Fundaciones, y la incluyó en octubre de 2010 en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social, y al

(11) http://ec.europa.eu/internal_market/company/eufoundation/index_en.htm

(12) Véase nota 10.

Comité de las Regiones, dentro de la Propuesta de la nueva Ley de Mercado Único "Single Market Act" (13), que desea aprobar para 2012.

Sin embargo y de nuevo merece la pena resaltar, que la propuesta de la Comisión al Parlamento anticipa el Estatuto Europeo de Fundaciones al resto de la "Single Market Act" (proposiciones 36 y 37), de 2012 al fin de 2011 (14).

Para finalizar este largo proceso legislativo, señalar que el 10 de noviembre de 2010 se ha firmado por una serie de Parlamentarios Europeos (15) una declaración escrita para el establecimiento del Estatuto de Fundaciones Europeas, y que para que esa declaración tenga la condición de proposición del Parlamento Europeo es necesario que la mitad de los miembros del Parlamento la firmen antes de febrero de 2011, por lo que dada la actualidad de la noticia, será este un mes para seguir los acontecimientos europeos en materia de Fundaciones.

LAS FUNDACIONES, VISIÓN EUROPEA

Pero, ¿qué son las Fundaciones en los distintos países de la Unión Europea?; ¿cuál es el concepto de Fundación que contempla el Feasibility Study para el Estatuto de la Fundación Europea? Y, ¿se corresponde este concepto con el concepto de Fundaciones definido por nuestra Ley General y por el artículo 34 de la Constitución?

Lo primero que llama la atención del estudio reseñado es la diversidad de conceptos o clases de Fundaciones que existen en los países de la Unión.

De un lado, los países del "Common Law", en los que el concepto de Fundación propiamente dicha como persona jurídica tal como nosotros la entendemos, no existe.

En estos países el concepto de Fundación es sustituido por el concepto de la "Charitable Organization", es decir, una Organización que

---

(13) Véase nota 10.

(14) http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act_en.pdf. Tras la propuesta 37, la Comunicación enviada al Parlamento dice: *"Las siguientes iniciativas serán propuestas: La Comisión presentará una regulación sobre un estatuto de Fundación Europea antes del final de 2011".*

(15) www.Europeanstatuteswrittendeclaration.eu

cumple un fin de caridad, término que se aplica por las finalidades que se atendían principalmente por estas organizaciones en el siglo XIX.

Y así, estas organizaciones pueden aceptar formas jurídicas muy variadas; desde una Asociación sin personalidad jurídica, a un "Trust", a una Corporación o Sociedad, o a una persona jurídica constituida por una ley del Parlamento o por Carta Real, o a una forma legal nueva, la Organización Charitable propiamente dicha, "a Charitable Incorporated Organization".

Esta diversidad de conceptos también existe en los países de Derecho civil.

Lo que nosotros llamábamos Patronatos, Causas Pías, bienes destinados a un fin y sujetos a una administración de unos Patronos, o regulamos de modo separado de las Fundaciones, como son las Cooperativas, los Fondos de Pensiones, las Entidades de Previsión Voluntaria, las Mutuas, son recogidos en algunos países bajo un concepto amplio de "Fundación".

Por tanto y en el ámbito europeo, el concepto de Fundación admite muy diversos contenidos: "Trust", Asociaciones, Cooperativas, Fondos de pensiones, Mutuas, Fundaciones propiamente dichas...

Esta diversidad de organizaciones está también reflejada en la diversidad de fines que pueden ser atendidos por estos entes u organizaciones.

Las legislaciones comunitarias aceptan como fin de la Fundación el Fin de Interés General o "PUBLIC BENEFIT PURPOSE", dando lugar a las PUBLIC BENEFIT FOUNDATIONS, a las que se reconocen exenciones y bonificaciones fiscales.

Algunas aceptan que la Fundación pueda tener fines distintos a los Fines de Interés General, y así, junto con las "Public Benefit Foundations", regulan las Fundaciones de interés particular, dando lugar a las PRIVATE BENEFIT FOUNDATIONS, con un régimen fiscal diferente.

Otras aceptan Fundaciones con intereses mixtos, público y privado.

Otras legislaciones, como la sueca, holandesa, maltesa, griega, belga, aceptan como fin de la Fundación cualquier fin lícito (16) (Any Lawful Purpose).

(16) Véase cuadro 1, p. 52.

En algunas legislaciones el hecho de que las Fundaciones persigan Interés Público no prohíbe necesariamente una distribución privada de beneficios, y al revés, hay legislaciones que aceptan como fin de la Fundación cualquier fin legal, "Any lawful purpose", pero que incluyen restricciones a la distribución de los beneficios al fundador o sus parientes.

Hay países que aceptan las Fundaciones familiares, que son aquellas que tienen como finalidad la promoción o ayuda a los miembros de la familia del Fundador, otros que las aceptan, pero imponen retricciones en cuanto a las personas favorecidas, al tiempo, o a la duración de la necesidad familiar atendible, a la cercanía de parentesco, etc.

Otras legislaciones aceptan las Fundaciones constituidas por entidades públicas o por entidades eclesiásticas.

Otros que aceptan como fin fundacional la conservación y mantenimiento de la empresa, como el caso de Suecia, o el caso de Dinamarca, en que la Fundación puede tener una finalidad híbrida de interés público y de conservación y mantenimiento de la empresa.

La ley alemana encaja con dificultad que ese fin único pueda ser el fin de la Fundación, pero en la práctica las Fundaciones lo resuelven sobre la base de incluir otros fines de interés general de la Fundación junto al señalado de la conservación y mantenimiento de la empresa, como la promoción de la cultura empresarial, de los empleados, etc.

El estudio también relaciona las Fundaciones más importantes de Alemania con empresas (17), y cita como ejemplo el caso de la Fundación Bosch, dueña de la Sociedad Robert Bosch Gmbh, que tiene un capital de 1,2 billones de euros.

Esta Fundación publica con toda transparencia en su página web, que el capital del grupo está distribuido entre la Fundación, que ostenta el 92 por 100 del mismo aunque no tiene derecho de voto, una sociedad anónima industrial que tiene el 0,01 por 100 de capital y los derechos de voto de la Fundación, y la Familia Bosch, a la que pertenece el 7,99 por 100 del capital restante.

El estudio también hace mención especial al caso de las Fundaciones privadas austriacas derivadas de una Ley de 1994.

(17) P. 35.

Esta Ley permite Fundaciones privadas con fines híbridos, públicos y privados, y ha tenido un desarrollo enorme, hasta el punto de que (según el estudio mencionado, que aporta datos de la Universidad de Viena del año 2008), la mayoría del capital de veintitrés de las doscientas sociedades más importantes de Austria pertenecen a Fundaciones de este tipo, y eso supone que el 7 por 100 del producto interior bruto de Austria pertenezca a Fundaciones privadas.

El estudio también hace referencia a las Fundaciones Comerciales, mencionando de modo expreso el caso de la legislación danesa de 1991, y hace constar que las Fundaciones en Dinamarca llegan a controlar el 19 por 100 del capital de las compañías danesas, y que el 16,66 por 100 del producto interior bruto de Dinamarca a precios del año 2005 está controlado por Fundaciones.

Así el caso de la Fundación Carlsberg, constituida en el año 1876, en la que se atienden fines de conservación de la empresa y fines culturales, y cuyo artículo 2.º de los estatutos, que también publica con toda transparencia su página web, señala que en enero de 2005 pertenece a la Fundación el 51,33 por 100 del capital de Carlsberg, A. S., y el artículo 6.º de los estatutos de la Fundación establece que en caso de ampliación de capital de la compañía, la Fundación deberá, cuando menos, ostentar el 25 por 100 del mismo, y gozar al menos del 51 por 100 de los derechos de voto de la Sociedad Carlsberg, A. S.

Los estatutos de esta Fundación son exquisitos en la atribución del control de la Fundación y de la determinación de sus fines.

Así, el artículo 5 del apartado V señala que la Fundación será gestionada por un Consejo de Directores consistente en cinco miembros elegidos por la Real Academia Danesa de Ciencias y Letras de entre sus miembros y que la duración del cargo será de diez años.

Por su parte, el parágrafo 15 dentro del apartado VIII señala que "Será obligación de la Fundación Carlsberg ejercer su influencia en Carlsberg Limited para que la declaración de objetivos establecidos por el Fundador inicial de la Fundación sean cumplidos de la mejor manera posible", y a continuación señala: "En el trabajo de las Breweries será objetivo constante, con independencia del beneficio inmediato, desarrollar el arte de hacer la cerveza con su mayor grado de perfección, para que las Breweries y sus productos puedan situarse como un modelo ideal, y de esa manera con su ejemplo,

colaborar en mantener la elaboración de la cerveza en este país en el más alto y honorable nivel."

Como dice el anuncio, "Quizás los mejores estatutos del mundo, ¿o quería decir la mejor cerveza del mundo?".

Otro ejemplo de la enorme importancia de las Fundaciones en el mundo económico actual es el que se deriva de la Ley Amatto en Italia, de 1990, que permitió la conversión de las Cajas de Ahorros en Fundaciones mediante la aportación del negocio bancario de una sociedad que quedaba bajo el control de la Fundación.

Este desdoblamiento de las Cajas de Ahorro italianas, que ahora se propone en nuestro Derecho, les ha permitido distinguir con claridad entre el Fin Lucrativo de la Sociedad bancaria, sujeta a las reglas del mercado y al régimen de la competencia, y el Fin no Lucrativo, que se desarrolla a través de la Fundación propietaria o socio mayoritario del Banco, con los beneficios que recibe del mismo.

La importancia de las Fundaciones como modo de conservación de la empresa, de generación y distribución de riqueza, y de mantenimiento de los centros de decisión, tiene en los ejemplos citados un espejo en el que mirarse.

UNOS DATOS SOBRE FUNDACIONES EN EUROPA

Finalmente y para terminar con el panorama europeo de las Fundaciones, desearía aportar una serie de datos que ponen de manifiesto la importancia del sector y justifican las razones por las cuales el Legislador Europeo desee establecer el mencionado Estatuto de la Fundación Europea.

Las cifras del "Feasibility Study", que confirma el Centro Europeo de Fundaciones en su reunión de Bruselas de 31 de mayo a 4 de junio de 2010 (18), son las siguientes (19):

- Una vez efectuada la correspondiente criba para depurar el concepto estricto de Fundación, el estudio señalado hace constar que en Europa hay alrededor de 110.000 Fundaciones.

(18) European Foundation Centre. Foundation week Brussels 31 May - 4 June 2010.

(19) P. 18, Feasibily Study.

- Que la mayoría de las Fundaciones europeas son Fundaciones de interés público.
- Que los activos de las Fundaciones europeas se estiman en un trillón de euros, un millón de billones, que en cifras españolas son 1.000.000.000.000.000.000 euros.
  - — En el cuadro que se incorpora se puede ver la importancia de estas Fundaciones por valor de sus activos entre los años 2004, 2005 y 2006, así como las aplicaciones o gastos de estas Fundaciones (20).
- Que los gastos o actuaciones de las Fundaciones (Expenditures) ascienden a la cifra estimada de 153 billones de euros anuales, es decir, la cifra de 153.000.000.000.000 euros.
- Que las Fundaciones europeas emplean alrededor de 1.000.000 de personas y que trabajan como voluntarios en las Fundaciones europeas alrededor de 2.500.000 de personas.
- El costo anual de la falta de una regulación europea de Fundaciones se estima entre 96,5 y 137,2 millones de euros (21).

A estos datos me gustaría añadir un par de datos del otro lado del Atlántico.

De un lado, los datos que anuncia la Johns Hopkins University de Estados Unidos, en un informe sobre el empleo, la crisis y las Fundaciones o Sector "Non Profit", de septiembre de 2010 (22).

Este informe, tras un análisis en veintisiete Estados de la Unión, señala que el Sector "Non Profit" ha incrementado sus cifras de empleo en el período de la crisis 2007/2009 en un 2,5 por 100, mientras que el sector "Profit" ha disminuido en un 3,3 por 100, desglosando sectores de actividad y distintos Estados.

De otro, la noticia que saltaba a la prensa en octubre de 2010 sobre el "Giving Pledge", suscrito por Melinda y Bill Gates junto con Warren Buffet, en virtud del cual animaban a las grandes fortunas americanas a entregar en vida o por testamento el 40 por 100 de las mismas a fines no lucrativos, lo que no hace sino reforzar la figura de las Fundaciones y su protagonismo en la Sociedad del Siglo XXI,

(20) P. 8, Anexo B.
(21) P. 187 del Feasibility...
(22) Johns Hopkins University News September 2, 2010.

que, como intuyó Lester Salomon, puede ser el siglo de las "Non Profit Organizations".

Si a estos datos añadimos las propuestas de la "New Economic Foundation" (NEF) (23), de atención de actividades alternativas, y de la incorporación de las Fundaciones en la Agenda 2020 de la UE, se puede estar optimista sobre el futuro de las Fundaciones.

EL CONCEPTO DE FUNDACIÓN EUROPEA SEGÚN EL "FEASIBILITY STUDY"

Quisiera cerrar esta panorámica europea sobre Fundaciones, recogiendo el concepto que esboza el estudio mencionado (24).

El trabajo señala que el denominador común de todas las legislaciones en el concepto de Fundación estaría basado en las siguientes características:

- Ser una organización independiente.
- No tener formalmente asociados.
- Estar sujeta a la supervisión de una autoridad, y
- Atender a un fin de interés público, "a Public Benefit Purpose".

Y sobre esa base, en el resumen o conclusiones del "Feasibility Study" de la Fundación europea, el concepto de Fundación europea queda esbozado de la siguiente manera:

- Debe haber un documento de constitución (y se propone la escritura pública), en el que se determina el Fundador, Fines y Organización. Se excluyen fondos *ad hoc* para una finalidad específica, y fondos temporales, que no tengan una estructura organizativa ni identidad ni fines duraderos.
- Deben tener naturaleza privada, es decir, no gubernamental, sin perjuicio de que entidades públicas puedan constituir Fundaciones. Las Fundaciones no tienen autoridad administrativa.
- Deben tener organización propia con patrimonio separado y gobernado por sí misma.

---

(23) *El correo,* domingo 23 enero 2011, Dinero Empleo, p. 16.

(24) Annex G Definition of Foundations (Feasibility Study on a European Foundation Statute...).

- Debe ser "Non Profit Distributing", es decir, no deben entregar beneficios o permitir el uso de sus activos o desarrollar actividades a favor de sus propietarios, miembros, "trustees", o directores. Puede acumular superávits, pero el superávit debe ser aplicado a sus fines y no puede ser distribuido a los propietarios o miembros del Órgano de Gobierno.
- Deben atender a una finalidad de interés público, "a Public Purpose". Las Fundaciones deben servir a algo más que a las necesidades de un grupo social o de una categoría determinada, como los miembros de una familia o un grupo cerrado de beneficiarios. Las Fundaciones son activos privados que sirven a fines de Beneficio Público, "Public Benefit Purpose". El PBP puede ser "charitable" o exento de impuestos para las leyes de un país concreto, pero en todo caso debe pertenecer al dominio público. Las organizaciones que hacen pagos a miembros de una familia o benefician a una familia a través de un "trust" o de otros medios patrimoniales no quedan aceptados como Fundaciones en el sentido que se propone.

Tras este repaso, la conclusión es que nuestra legislación de Fundaciones encaja dentro del concepto que formula el estudio y que será presentado para el futuro estatuto de la Fundación europea, y se enmarcaba en las líneas directrices que diseñaba el profesor TOMÁS Y VALIENTE en la Ponencia de 1994, y que recibió y mantiene nuestra legislación de Fundaciones.

III. CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES

Una vez visto el pasado, que nos permite tener una clara imagen de dónde venimos, nuestro entorno europeo, y la experiencia de dieciséis años de Ley de Fundaciones, nos podemos preguntar, ¿qué propuestas se pueden hacer para facilitar, proteger y estimular a las Fundaciones, y de modo especial, desde la perspectiva notarial?

EL SISTEMA DE CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES

Cuando el proyecto de Ley de Fundaciones se publicó, en el año 1993, una de las críticas más importantes que recayó sobre el mismo

se refería al modelo jurídico elegido para la constitución de la Fundación.

Se criticaba que no siguiera un Sistema Normativo, en virtud del cual, cumplidos los requisitos establecidos por la Ley, la Fundación quedaba constituida, de forma paralela al proceso de constitución de las sociedades mercantiles, y que al introducir entre los requisitos de constitución un informe vinculante del Protectorado sobre cuestiones imprecisas, el portillo de la discrecionalidad a la Administración quedaba abierto y se pasaba de un sistema normativo a un sistema de autorización.

Y esta crítica se reitera por la doctrina (25) sobre la nueva Ley Estatal, e incluso en el estudio europeo de las Fundaciones se califica el sistema de constitución de las Fundaciones españolas como un sistema discrecional de la Administración.

La razón de esta crítica, que a mi juicio no es aplicable en el caso de la Ley Vasca de Fundaciones, se debe a los artículos 12 y 35.1 a) de la Ley del Estado y a su desarrollo reglamentario.

- El artículo 12 (26) (siguiendo al texto del artículo 10 de la Ley del 94) exige que la **Dotación** de la Fundación sea **Adecuada y Suficiente** para el cumplimiento de los fines fundacionales.
- Y el artículo 35.1 a) atribuye al Protectorado la función de *"Informar, con **carácter preceptivo y vinculante** para el Registro de Fundaciones, sobre la **idoneidad de los fines** y*

(25) Verónica de Priego Fernández. *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones.* Universidad Rey Juan Carlos, 2004.

M.ª Luisa Atienza Navarro. Comentarios a la Ley de Fundaciones, coordinados por Jesús Olavarría Iglesias. Tirant lo Blanch, Tratados. 2008, p. 144.

(26) *Artículo 12. Dotación.*

*1. La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser **adecuada y suficiente** para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se **presumirá suficiente** la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros.*

*Cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá **justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales** mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos.*

*sobre la **suficiencia dotacional** de las Fundaciones que se encuentran en proceso de constitución".*

La atribución al Protectorado de la competencia de emisión de un informe preceptivo y vinculante, para el Registro de Fundaciones, sobre dos conceptos indeterminados *"desvirtúa, como dice DE PRIEGO FERNÁNDEZ, el sistema de reconocimiento por disposiciones normativas respecto de las Fundaciones de ámbito estatal y que, de este modo, se acerca al de reconocimiento específico o de concesión"* (27).

Así como la licitud de fines de la Fundación, forma parte necesaria de la calificación que ha de hacer el notario y comprobar el Registro, y es esencial al derecho a fundar, la adecuación y suficiencia de la dotación a los fines fundacionales es un concepto esencialmente indeterminado, contrario a la seguridad jurídica y, por tanto, rechazable en un sistema normativo (28).

La suficiencia de la dotación se puede medir de modo objetivo, y así ha tratado de hacerlo la nueva Ley de 2002, introduciendo una cantidad cifrada en 30.000 €, que presume suficiente, o justificando la suficiencia de la misma con un primer programa de actuación medido con un presupuesto y un informe económico cuando fuera inferior a dicha cifra.

La suficiencia de la dotación en relación a los fines fundacionales nos lleva a la cuestión de la esencialidad de la dotación en las Fundaciones y con ello, al Concepto de Fundación que establece nuestra ley.

No me voy a extender en esta materia.

Simplemente señalar que es un tema discutido por la doctrina, aunque prácticamente todos reconocen la importancia de la dotación como elemento diferenciador de las Fundaciones frente a otro tipo de personas jurídicas, sobre todo de las de tipo asociativo.

Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que si la dotación es un requisito conceptual definidor de la Fundación junto con el fin de

(27) DE PRIEGO FERNÁNDEZ, p. 384.

(28) La Dirección General de los Registros y del Notariado ya denegó la pretensión de un registrador de calificar la suficiencia del capital de una sociedad con relación a su objeto social para la inscripción de la constitución de la misma, en una vieja resolución de los noventa, por la indeterminación e inseguridad jurídica que suponía.

interés general y la organización según el artículo 2 de la Ley del Estado definidora del concepto, su pérdida total no está considerada expresamente como causa de extinción de la misma por el artículo 31 de la Ley (29).

En cuanto al segundo requisito de la adecuación de la dotación a los fines fundacionales que exige la Ley del Estado, este, si cabe, es aún más indeterminado.

Pero si entendemos:

— Que salvo que la dotación haya sido o esté esencialmente vinculada al cumplimiento del fin fundacional específico (por ejemplo, la aportación a una Fundación de un edificio catalogado siendo el fin de la Fundación la conservación del mismo y su destino a usos de interés general), y su pérdida la disolución de la Fundación (y no defiendo ni acepto la vinculación de los patrimonios por medio de fundaciones).

— Que el patrimonio de la fundación puede estar constituido por toda clase de bienes y derechos (artículo 19.1 LFE).

— Que los bienes aportados como dotación pueden y hasta deben ser enajenados, en base a la fungibilidad del patrimonio, para mantener el rendimiento o utilidad del mismo, lo que constituye una obligación de los Patronos (artículo 14.2 LFE).

Se puede defender con toda legitimidad en la Ley del Estado, que salvo que los bienes y derechos aportados fueren claramente contrarios a los fines fundacionales, deberían ser aceptados como dotación fundacional, ya que los Patronos podrán enajenarlos y sustituirlos por otros que permitan una mejor atención de las actividades de la Fundación.

Como resumen y a modo de conclusión sobre la materia, en la Ley estatal señalar que la introducción de los mecanismos objetivos

(29) De otro lado, y con relación a la suficiencia del capital para el desarrollo de las actividades (el grado de capitalización de una entidad) de endeudamiento, los ratios financieros, el EBITDA, son criterios más económicos que jurídicos, que varían con las escuelas de negocio, con las posiciones negociadoras en las empresas, con los criterios de los mercados, y que para su objetivización es necesario cuantificarlos, como lo está haciendo el regulador con relación a las entidades financieras, y lo ha hecho el legislador estatal en la Fundación, fijando una cifra.

para determinar la suficiencia de la dotación, suponen un avance en la dirección del sistema normativo para la constitución de la Fundación, pero la exigencia de calificar su adecuación a los fines fundacionales sigue dejando la puerta abierta a la discrecionalidad de la Administración, con lo que el sistema de la nueva Ley ha mejorado, pero sigue siendo criticable.

El legislador vasco fue más atento que el estatal a las voces de las Fundaciones en el Encuentro al que me he remitido al comienzo de esta ponencia, y distinguió con claridad los dos conceptos:

De un lado, **Idoneidad de Fines**, es decir, la adecuación de los fines de la Fundación a los Fines de Interés general propios del modelo de Fundación reconocida por la Constitución.

De otro lado, la **Suficiencia de Medios, y es** aquí donde el legislador vasco cambia el criterio con relación al legislador estatal.

El artículo 9.1 (30) de la Ley vasca permite que formen parte de la dotación "bienes y derechos de cualquier tipo", y no exige que sean adecuados al fin de la Fundación.

No pide que la dotación sea **adecuada ni suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.**

Pide que la dotación sea **suficiente para el primer programa de actuación de la Fundación**, que es algo distinto que pedir que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

Planean sobre la diferencia de ambas exigencias dos conceptos diferentes sobre la importancia de la dotación en las Fundaciones, y de la comparación entre ambas se aprecia que el legislador vasco es más favorable a la iniciación de las Fundaciones con poca dotación.

Lo que sí exige es la suficiencia de la misma para su inicio, y siguiendo a la Ley estatal de 2002, el artículo 39 del Reglamento del Registro de Fundaciones de 2007 también ha establecido la presunción de que la dotación es suficiente si asciende a la cantidad de

(30) El artículo 9.1 de la Ley Vasca señala que *"La Dotación patrimonial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de* ***ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación****, que deberá constar en la escritura fundacional con un estudio económico que acredite la viabilidad del mismo utilizando exclusivamente dichos recursos".*

30.000 €, debiendo solo justificarse la viabilidad del primer ejercicio económico, si fuera inferior a esa cifra, mediante un informe económico emitido por economista colegiado, auditor o censor de cuentas.

Así lo recoge también la página web del Registro de Fundaciones del Gobierno Vasco, que publica los requisitos para la constitución de la Fundación (31).

El Registro de Fundaciones, en orden a acreditar la suficiencia de la dotación, interpreta estos preceptos en el sentido de exigir en la constitución de las Fundaciones dos tipos de ingresos iniciales:

- La dotación inicial, que habría de quedar intocada, como garantía de continuidad de la Fundación.
- Una aportación complementaria, o unos ingresos del primer ejercicio económico, que sean suficientes para satisfacer los gastos del mismo, expresados todos ellos en una Memoria y en un presupuesto equilibrado.

El criterio de la doble aportación, si bien asegura la viabilidad de la Fundación por encima de un año, no parece encajar con la litera-

---

(31) Documentación a aportar:

Dos copias autorizadas de la escritura pública de constitución, autorizada por notario, que deberá contener los siguientes documentos:

a) Negocio Jurídico fundacional, que deberá contener todos los elementos descritos en el artículo 6.º de la Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco.

b) Los Estatutos Fundacionales, que no podrán omitir ninguno de los extremos mínimos contemplados en el artículo 7.º de la Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco.

c) Aceptación del cargo de los miembros del Patronato.

d) Justificación acreditativa de la aportación efectiva de la dotación inicial.

e) Para el supuesto que la aportación patrimonial inicial realizada en concepto de dotación no supere los 30.000 euros, deberá incorporarse a la escritura de constitución la siguiente documentación económica:

Presupuesto correspondiente al primer ejercicio económico de la Fundación, elaborado tal y como se dispone en el artículo 18.º del Decreto 100/2007, así como una Memoria explicativa del mismo.

Estudio Económico emitido por Economista Colegiado, Censor Jurado de Cuentas o Auditor de Cuentas, que acredite la viabilidad del presupuesto del primer ejercicio económico con los recursos aportados.

lidad del artículo 9 de la Ley, que dice que la dotación inicial ha de ser suficiente para el desarrollo del primer programa de actuación y que el estudio económico ha de acreditar la viabilidad de la Fundación utilizando exclusivamente dichos recursos.

Tampoco se exige por el Registro de Fundaciones que los ingresos del primer programa de actuación deban ser desembolsados en la propia escritura de constitución, ni garantizados de modo especial.

Finalmente, el Informe Económico del artículo 39.2 del Reglamento sobre el presupuesto del primer ejercicio económico, según demuestra la práctica, no supone garantía de la realidad de los ingresos del primer programa de actuación y, por tanto, de la viabilidad de la Fundación, sino tan solo de la corrección del presupuesto presentado por los Fundadores.

La viabilidad del primer ejercicio económico resultará de la realidad de los ingresos presupuestados, o mejor dicho de su efectividad, de que estén garantizados, como dice el artículo 9.3 de la Ley, para admitir como dotación la comprometida por terceros.

Y esos ingresos estarán mejor garantizados cuando consten en un título que lleve aparejada ejecución, como dice el artículo 12.3 de la Ley estatal, para aceptar como dotación la comprometida por terceros.

A mi juicio, la comparecencia en la escritura pública, que es Título Ejecutivo, de los que comprometen los ingresos del primer ejercicio económico de la Fundación, sería una mejor garantía de la viabilidad de la misma que el informe económico y simplificaría el proceso de constitución.

Finalmente resaltar la falta de coordinación entre el artículo 7 del Reglamento del Protectorado, que atribuye a la Comisión Asesora la competencia para emitir un informe sobre expedientes de inscripción para la constitución de Fundaciones, y que según el 2.º inciso se limitará a verificar que los fines de la Fundación son lícitos y de interés general, y el artículo 35.2 del Reglamento del Registro de Fundaciones, que atribuye a esa Comisión Asesora la calificación de fines y de viabilidad económica.

LA CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA EMPRESA COMO FIN FUNDACIONAL, Y SU ENCAJE EN NUESTRO DERECHO DE FUNDACIONES

Uno de los temas pendientes en nuestro ordenamiento es el de la aportación de las empresas a Fundaciones y de si la conserva-

ción y mantenimiento de la empresa, como generadora de, empleo, de riqueza económica y social, de capacidad de decisión, constituye en sí mismo un Fin de interés general propio de una Fundación.

Junto a esta cuestión puramente fundacional, se añaden otras cuestiones de índole civil y de orden afectivo de forma inmediata.

De índole civil: ¿Permite el Derecho civil o el foral, con un régimen sucesorio de legítimas, a un empresario aportar su negocio a una Fundación?

De índole afectiva: ¿Cómo se pueden cohonestar los dos intereses diferentes de un empresario: La continuidad de su empresa y la atención de su familia con los frutos y rendimientos de esta?

Con relación a la primera cuestión ya hemos visto los ejemplos del Derecho comparado, que nos muestran cómo una Fundación puede servir al interés general mediante la conservación o el mantenimiento de las empresas.

En orden a obtener una opinión sobre esa materia se hace necesario repasar los criterios del legislador relacionados con la materia.

Respecto a los fines:

Nuestra legislación no contempla expresamente la conservación de la empresa como un fin de interés general, a diferencia de otros fines ligados al desarrollo empresarial, como son la investigación científica, el desarrollo tecnológico, o el fomento de la economía social.

No excluye, como decía TOMÁS Y VALIENTE, la idea del lucro, pero sí el fin de lucro como fin real de la Fundación.

Respecto a los medios:

Acepta que una Fundación pueda desarrollar una actividad empresarial o económica directa siempre que sea servidora del fin fundacional, y que la Fundación participe en actividades económicas a través de sociedad con limitación de responsabilidad.

Respecto de los beneficiarios:

Establece que la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas, y que tienen esta consideración los colectivos de trabajadores de una empresa y sus familiares; pero prohíbe que la finalidad principal de una Fundación sea destinar sus prestaciones a los Patronos o Familiares dentro del cuarto grado, o,

como dice la Ley estatal, a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general (32).

En cuanto a la organización:

Ordena que los cargos de Patronos de las Fundaciones sean gratuitos, evitando su enriquecimiento a costa de la Fundación, es decir, los Patronos han de estar al Servicio del Fin Fundacional y no ser beneficiarios del mismo.

Finalmente recordar que el patrimonio de la Fundación, según hemos visto en los antecedentes, no puede quedar vinculado en los términos antes referidos de las prohibiciones de disponer y limitaciones abolidas en el siglo XIX, y es esencialmente transmisible aun en los casos en que forme parte de la dotación, bien con la autorización o en su caso comunicación al Protectorado.

De la conjunción de estas normas y del concepto de Fundación antes delineado por TOMÁS Y VALIENTE, se puede defender que la conservación de una empresa y su desarrollo no es incompatible con un fin de interés general de una Fundación.

Pero dado que se encuentra en una zona gris, la solución práctica más que teórica quizás sea la de definir la conservación de la empresa como un fin propio de la Fundación junto con otros relacionados con la empresa y de claro interés general, y que el control de la empresa se realice mediante la participación en una sociedad, adoptándose las previsiones necesarias que aseguren el cumplimiento de los demás elementos esenciales de una Fundación.

Así:

— Separación de la finalidad lucrativa de la empresa del fin no lucrativo de la Fundación.

— Diferenciación de la gestión de la Fundación y de la gestión de la sociedad controlada, para evitar el lucro de los Patronos de la Fundación o del círculo de sus familiares a través de las empresas controladas.

— Transparencia en la titularidad del patrimonio de la Fundación.

---

(32) Con la excepción de Fundaciones cuya finalidad exclusiva sea la conservación de bienes del patrimonio histórico español, cumpliendo las exigencias de la Ley de Patrimonio Histórico, en particular la visita y exposición pública.

— Gratuidad en la gestión de la Fundación por sus Patronos.

— Evitación de lucro por las personas a las que la Ley limita la condición de beneficiaros de la Fundación, tanto directamente en la Fundación como a través de su participación en los órganos directivos de las Sociedades controladas.

Lo que sí parece rechazable es que bajo una cobertura de un fin cultural o de otra finalidad reconocida de interés general, la Fundación de hecho se convierta en un instrumento de control de sociedades, o de enriquecimiento de los Patronos o de las personas dentro del perímetro familiar señalado por la Ley.

El legislador y el Protectorado deben ser proactivos en aceptar como fin de la Fundación el de la conservación de la empresa en sí mismo, pero muy cuidadosos, evitando disposiciones como la del derogado Reglamento del Protectorado Gallego de 1992, que después de señalar que los cargos de Patronos son gratuitos, aceptaba que pudieran recibir como dietas de asistencia a las reuniones hasta el 5 por 100 o el 3 por 100 de los ingresos de la Fundación, en función de la cuantía de los mismos.

El legislador, en su labor de definición, y el Protectorado, en su función asesora, estimuladora, y a su vez controladora de las Fundaciones, deben ser sumamente exquisitos, para conseguir que las Fundaciones que incluyan fines de conservación de empresas no caigan en el abuso y arrastren a las Fundaciones al descrédito (33).

En segundo lugar se plantea el problema de las legítimas.

La dotación o donación de bienes a una Fundación se encuentra en nuestro Derecho con el límite de las legítimas.

Cierto es que nuestra legislación civil (tanto el Fuero de Bizkaia como el Derecho civil común), salvo Navarra y el Fuero de Ayala, que permiten una total libertad de disposición sucesoria, restringen

(33) Otras de las cuestiones en relación al desarrollo de las Fundaciones es la de la obligada aplicación del 70 por 100 de los ingresos de la Fundación a fines fundacionales, establecida por los artículos 27 de la Ley estatal y 30 de la Ley Vasca, o su eventual dulcificación o el modo de prever estatutariamente que determinados los rendimientos del capital dotacional o del patrimonio de la Fundación, pudieran ser destinados a incremento de dotación y no suponer, mediante su aplicación directa a los fines fundacionales, una progresiva y necesaria descapitalización de la misma.

la posibilidad de salida a título gratuito de bienes del patrimonio de una persona habiendo legitimarios (hijos y demás descendientes, cónyuge y ascendientes).

La supresión de las legítimas (piénsese en 4/5 de la herencia en el Derecho civil Foral de Bizkaia, o 2/3 en el Código Civil, habiendo descendientes) es uno de los impedimentos para la aportación de las empresas a las Fundaciones, como modo de garantizar su continuidad.

Desde este foro se puede alzar la voz para reclamar al legislador vasco la supresión de las legítimas, ya que responden a un sistema sucesorio trasnochado, que proviene de la época de los romanos y de los pueblos germánicos, con una propiedad familiar administrada por el "Pater Familias", o común al clan y gestionado por su jefe, que no responde a la estructura familiar y social actual, al régimen de la propiedad del siglo XXI, y menos con nuestra forma personal de generar la riqueza ni organizar la sociedad y la familia, no suponiendo más que un foco de reclamaciones y de pleitos.

Finalmente, la última cuestión apuntada.

Cómo cohonestar las ideas contrapuestas de aportación de la empresa a una Fundación, y de soporte de la familia.

Las limitaciones a que las prestaciones de las Fundaciones vayan al fundador, o a los Patronos y demás personas de su círculo familiar apuntadas, puede encontrar de nuevo soluciones en ejemplos como el señalado en Alemania con la Fundación Bosch, o con la noticia que ha salido el pasado mes de enero en prensa con relación a Amancio Ortega, que, como forma de dar continuidad al imperio económico que ha sido capaz de crear, proyecta atribuir un paquete de control de la sociedad tenedora del grupo Inditex a la Fundación Amancio Ortega, dejando otro paquete de la compañía para su familia, con lo que garantiza los dos intereses diferentes: de un lado, la continuidad de la empresa a través de la Fundación, y de otro, la atención de su familia, a través de la participación en la sociedad directamente.

En todo caso, son cuestiones a las que el legislador vasco debe estar atento, y ser muy cuidadoso, como antes apuntábamos, para evitar los abusos que se pueden dar en las Fundaciones con importantes patrimonios y de modo especial con los patrimonios empresariales.

CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE OTRAS PERSONAS JURÍDICAS

En los últimos años, hemos visto un proceso de conversión de determinadas Asociaciones en Fundaciones.

Ante la falta de una norma que permita el cambio de forma sin alteración de la personalidad jurídica, los procesos que han seguido las Asociaciones con voluntad de transformarse en Fundaciones ha sido un camino indirecto.

La constitución de una Fundación por la Asociación.

La aportación de todo su patrimonio a la nueva Fundación.

La final disolución y liquidación de la Asociación, ya vaciada de patrimonio.

Pero todo este proceso indirecto es costoso, jurídica y fiscalmente, y además largo en el tiempo, por lo que exige también una propuesta de solución.

Las dificultades doctrinales a la maleabilidad o permeabilidad de las formas jurídicas ha sido sobrepasada por la realidad social, que ha llevado al legislador a adoptar posiciones prácticas.

El ejemplo más inmediato es el de las Cooperativas.

El Derecho anterior no aceptaba la salida de las sociedades cooperativas de su propia forma jurídica y del mundo cooperativo.

La posibilidad de distinguir en el patrimonio de la Cooperativa aquellos fondos afectos al fin público de otros atribuibles a los socios (a la sociedad las reservas del fondo cooperativo y fondos especiales), permitiendo entregar el resto del patrimonio de la sociedad a los socios y aportarlo a una sociedad de naturaleza diferente, era una reclamación que ha sido acogida no solo por el legislador vasco de cooperativas, sino por el legislador estatal, que en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 aceptó la transformación de las cooperativas en este tipo de sociedades (34), hoy reconocida por el artículo 4.º de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Ley supuso un salto importante, puesto que también aceptó la transformación de una Sociedad Civil en Sociedad de Responsabilidad Limitada y una vez dentro del mundo mercantil, en cualquiera de las otras formas mercantiles, y además, viceversa.

(34) Artículo 87.3 de la Ley 2/1995.

Con esa Ley a nivel estatal se rompieron los tabúes dogmáticos para que una Sociedad Civil pudiera transformarse en una sociedad mercantil y lo mismo en cuanto a las Cooperativas.

De nuevo, en este caso, el legislador vasco se anticipó al estatal reconociendo en la Ley de Cooperativas de 1993, la posibilidad de transformación en ambas direcciones, desde y hacia, las Cooperativas por Sociedades Civiles o Mercantiles, reconocimiento declarado por la Ley estatal de Cooperativas de 1999.

Y si esta mutabilidad, reclamada por la práctica notarial, tiene cabida en el ámbito de las Sociedades Civiles y en las Cooperativas, ¿no puede pensarse también en su aplicación entre la Asociación, como entidad sin ánimo de lucro, y la Fundación, que tampoco lo tiene?

El sustrato asociativo de la primera y dotacional de la segunda no ha de ser, a mi juicio, obstáculo para que, manteniendo la personalidad jurídica del ente, pueda cambiar de forma, es decir, modificar el régimen de organización del sujeto de derecho, ya que, en el fondo, la personalidad jurídica no es otra cosa que un sujeto de imputación jurídica diferenciada, con una organización regida por unas normas determinadas legales o voluntarias, eso sí, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la Ley, para merecer la condición de Fundación del ente, y que se respeten los derechos de los asociados disconformes, y con la modificación del artículo 36 de la Ley de Asociaciones.

INSCRIPCIÓN DE LA FUNDACIÓN

Quisiera ir cerrando esta ponencia con una breve referencia al artículo 7.3 de la Ley, que de alguna manera recoge el criterio que marcaba el artículo correspondiente de la Ley del Estado, hoy transpuesto al número 2 del artículo 11 de la Ley del Estado.

El artículo en cuestión establece que si el registro califica que alguna de las disposiciones de los estatutos fuere contraria a la Ley, pero no afectare a la validez constitutiva de la Fundación, se tendrá por no puesta transcurrido el plazo de subsanación sin rectificación o desistimiento de inscripción, y que la Fundación se inscribirá sin esa disposición.

A mi juicio, presumir una voluntad de desistimiento de fundador de una disposición estatutaria por la Ley, en función de la calificación

del registro, choca con el principio marcado por el artículo 2 de la Ley del Estado, antes mencionado, de aplicación general, que establece que las Fundaciones se rigen por la voluntad del fundador en primer lugar, por sus estatutos, y finalmente por la Ley, ya que los estatutos son expresión de la voluntad del fundador y su modificación precisa del consentimiento expreso de mismo, por lo menos, en el acto constitutivo.

La Ley ha de respetar el derecho constitucional a fundar, y ha de ser respetuosa con la voluntad del fundador.

No puede, a mi juicio, presumir un desistimiento del fundador sobre una parte, por pequeña que esta sea, de los estatutos de la Fundación sin su consentimiento expreso, de la misma manera que el Protectorado tampoco puede entrar en la Fundación si no es con autorización judicial, como se establece por el artículo 38 para la gestión provisional, o asunción de su gestión.

No conozco que el Registro de Fundaciones haya actuado de esa forma, pero creo que en una futura revisión de la Ley este artículo debe ser mejorado.

INSCRIPCIÓN TELEMÁTICA

Finalmente, para concluir la exposición quisiera hacer una mención especial a los medios telemáticos.

La posibilidad abierta por la Ley 24/2001, de firma electrónica, para las comunicaciones entre los notarios con la Administración y los Tribunales, ha supuesto una reducción de tiempo y de costo en los procesos de liquidación fiscal y de inscripción de las escrituras públicas.

La presentación telemática de las escrituras desarrollada por el Reglamento Notarial de 2007 ha despejado las incógnitas sobre los procedimientos y los sistemas de generación de firma y de envío de los documentos notariales por los canales del Consejo General del Notariado, y garantizan la autenticidad de los documentos remitidos, de su envío, y de su no alteración.

El sistema de registro de depósito que sigue el Reglamento de Fundaciones Vasco no ha de ser obstáculo a la posibilidad de inscripción de las copias electrónicas de las escrituras de constitución de Fundaciones y demás actos inscribibles en el Registro de Fundaciones que podrían ser remitidas en soporte electrónico, e inscritas mediante

el depósito de su conversión en papel, sin perjuicio de su futura inscripción electrónica.

El Registro de Cooperativas de este Gobierno ya ha sido abierto a la inscripción electrónica de las escrituras, y ese medio de presentación de los documentos es también extensible por hipótesis a los demás Registros Públicos de la Administración Vasca (Asociaciones, Fundaciones, EPSV, Sociedades Laborales).

Si esa presentación y envío de documentos notariales se completa con la posibilidad de acceso y consulta a los libros del Registro por los notarios, que también prevé la disposición estatal con relación a los libros del Registro de la Propiedad, y se superan los recelos del televaciado de la información, a través de los canales seguros del Consejo General del Notariado, la Administración vasca contará con más de ciento cincuenta puntos de envío y recepción de datos, de forma segura, en todas las notarías de Euskadi, y además, en las 3.000 notarías del Estado, para los documentos que se envíen desde fuera de la Comunidad.

Ese procedimiento electrónico facilitará no solo la inscripción de las constituciones, sino de todos los demás actos inscribibles en el Registro de Fundaciones, evitando los envíos por correo o las comparecencias personales de los interesados, sin pérdida de seguridad y con reducción de tiempo y costo, criterios de eficacia de la Administración, objeto de constante examen por el Banco Mundial en sus informes "Doing Business", de evaluación de la eficacia de los sistemas jurídicos.

CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS REGISTRALES

Gunther Gonzales Barrón (*)

SUMARIO

I. REGISTRO PÚBLICO: SEGURIDAD JURÍDICA PARA LA PROTECCIÓN DE FINES VALIOSOS; Y NO LA SIMPLE SEGURIDAD VACÍA DE CONTENIDO

II. SUPERACIÓN DEL EXTREMISMO REGISTRAL

III. LA FALSA DICOTOMÍA ENTRE "SEGURIDAD ESTÁTICA" Y "SEGURIDAD DINÁMICA"

IV. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL TERCERO POR ADQUISICIÓN *A NON DOMINO*. TUTELA DE LA APARIENCIA

V. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES SUSTANTIVOS SON NORMAS DE TUTELA DE LA APARIENCIA

VI. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES CEDEN ANTE LOS DERECHOS HUMANOS

(*) Profesor de Derecho Civil y Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de San Martín de Porres (USMP), Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV) y UNMSM. Doctor en Derecho, magíster en Derecho Civil y abogado por la PUCP. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha y la PUCP. Especialista en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha. Juez superior titular de la Corte de Lima. Ha sido notario de Lima, así como presidente y vocal de los Tribunales Administrativos de COFOPRI y SUNARP.

I. REGISTRO PÚBLICO: SEGURIDAD JURÍDICA PARA LA PROTECCIÓN DE FINES VALIOSOS; Y NO LA SIMPLE SEGURIDAD VACÍA DE CONTENIDO

El Estado organiza un sistema que permite contar con un título formal de prueba de los derechos; de esta forma, el comprador, o el acreedor hipotecario, podrán gozar de certeza respecto de las adquisiciones que realizan y, en ese sentido, podrán asegurar la rentabilidad de sus proyectos de inversión (predictibilidad). Precisamente, el Registro facilita el conocimiento del estado jurídico de los derechos, proporcionando un título (o conjunto de títulos) con investidura formal (1), y que tiene influencia en dos momentos: durante la fase de conservación del derecho correspondiente al titular inscrito, y durante la fase de renovación del derecho referido a un tercer adquirente. Se puede afirmar, por tanto, que **el fundamento de la publicidad se encuentra en dar pública cognoscibilidad de determinados hechos, actos, situaciones o eventos de la vida jurídica, de tal manera que cualquier interesado puede conocer esta información; y asimismo la publicidad sirve para resolver los conflictos** (2), con lo cual se tutelan derechos y se aseguran adquisiciones. En suma, hay un interés general en que determinadas situaciones sean cognoscibles por cualquiera, y por eso la ley organiza y regula su publicidad (3).

---

(1) "para procurar conseguir la seguridad de los adquirentes de bienes inmuebles, o de los que dan dinero a préstamo con garantía sobre bienes inmuebles, se ha procurado facilitar a los presuntos adquirentes y a los prestamistas con garantías de inmuebles, ciertas facilidades de investigación del estado de dichos inmuebles, tanto en lo que se refiere a su titularidad, como a su estado de cargas", Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, tomo III, p. 299.

(2) Pugliatti, Salvatore: *La trascrizione. La pubblicità in generale,* Giuffré Editore, Milán, 1957, tomo I, p. 268.

(3) Trimarchi, Pietro: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffré Editore, Milán, 1998, p. 618.

En la doctrina italiana se considera como uno de los principios fundamentales del sistema la "relación entre oponibilidad y cognoscibilidad", por el cual se exige que solo puedan ser opuestos los hechos sobre los que los terceros puedan procurarse el conocimiento por medio de la consulta del instrumento publicitario, Ibba, Carlo: *La pubblicitá delle imprese*, CEDAM, Padua, 2006, p. 4.

La institución del Registro no tiene base constitucional, pero se incardina dentro del principio implícito de seguridad jurídica. Pero, adviértase que el reconocimiento de su importancia social como mecanismo para el desarrollo y la creación de riqueza, no obsta para encuadrarlo como un medio o instrumento para otros fines. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional:

> "Para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público **el medio** a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo" (Exp. N.º 0016-2002-AI/TC, 5.º fundamento jurídico).

Justamente, por tratarse solo de un mecanismo instrumental, el Registro por sí solo no puede acotar toda la realidad jurídica, rica, vital, humana, con diversos intereses en juego, con la dignidad intangible del ser humano de por medio; o creerse autosuficiente con el pomposo título de "verdad oficial". Por el contrario, en el ámbito de un Estado Constitucional y Social de Derecho, el Registro **debe contar con la suficiente base de justicia que lo haga viable**, a efecto de que las soluciones jurídicas no se reduzcan a buscar la certeza por encima de toda otra consideración, y finalmente se privilegie una justicia de menor entidad.

El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho, mientras en el otro lado se encuentra el tercero que pretende confirmar su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, a pesar de que el transmitente no es titular del derecho. Pues bien, para hallar una solución armoniosa es necesario pensar

en las razones de ambos contradictores, y no dejarse seducir por una solución facilista en aras de la simple seguridad jurídica ("solo el titular inscrito es propietario y vence siempre en caso de conflicto"). Si bien existe un "interés del adquirente" por consolidar la transmisión (a quien usualmente denominamos "tercero"), también existe un legítimo "interés del propietario" en conservar su derecho. En tal sentido, debemos quedar prevenidos de las soluciones mágicas y dogmáticas (4), pues se hace necesario repensar los intereses en pugna que se encuentran detrás de todo conflicto. La doctrina ha advertido con toda razón que el principio de la autonomía privada impide generalizar la protección de los terceros adquirentes de buena fe en perjuicio de los titulares de los derechos que hayan procedido rectamente, en tanto ello implicaría subvertir las bases mismas del Derecho Privado, ya que en tal caso se legalizaría sin más la extracción impune de bienes sin el consentimiento del titular (5).

Es un sentimiento natural de la conciencia humana que nadie puede ser despojado en forma arbitraria de su patrimonio. En tal sentido, ¿qué dirían las encuestas ante una pregunta como esta?: ¿usted acepta ser privado de un bien suyo por una falsificación o por error del notario o del Registro? La respuesta es obvia, y demuestra que un sistema jurídico no puede apoyarse en simples reglas técnicas de certeza, desprovistas de moralidad y justicia para la sociedad a la cual van dirigidas; por tanto, un sistema legal debe tener viabilidad social y legitimidad en cuanto a los valores compartidos por esa misma comunidad. La seguridad jurídica, efectivamente, no implica una injusticia *per se*, pero tampoco puede admitirse que se proteja solo el interés exclusivo de una de las partes del conflicto, y con ello olvidarnos de las razones del otro lado. Siendo así, rechazamos la ilusión óptica de que "toda seguridad ya es justicia", por lo

(4) Es muy fácil quedar impresionados con frases que parecen resumir una sabiduría supuestamente milenaria, y que se reducen a repetir adagios tales como: "primero en el registro, mejor en el derecho", "el tercero de buena fe", "la publicidad como seguridad jurídica", etc. En realidad, el mundo real es mucho más complejo en detalles y pugnas valorativas, que no pueden encerrarse en dos o tres frases. A lo largo del estudio quedará aclarado este punto.

(5) Miquel González, José María: *La posesión de bienes muebles*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 491-492.

que **es necesario que el legislador mantenga un delicado equilibrio entre las posturas en controversia a fin de buscar la mejor solución según las circunstancias**.

Aquí debo citar la afirmación de la mejor doctrina europea en el sentido de que **la propiedad se justifica gracias a la posesión**, ya que el título formal es solo un medio para lograr la finalidad del derecho, cual es el aprovechamiento y disfrute de los bienes, esto es, poseer. Por tanto, si desde una perspectiva axiológica el fin se encuentra en grado superior al medio, entonces es evidente que la posesión se encuentra en situación de primacía sobre la propiedad (6), y no al revés como a veces se sostiene en nuestro medio (7). En efecto, si el ordenamiento jurídico reconoce el monopolio de un sujeto sobre los bienes, con exclusión del resto, ello solo se justifica en cuanto ese sujeto debe incorporar ese bien a la producción, generar riqueza, mejorar la economía con beneficio general, obtener rentas que generen impuestos, etc. El Derecho no reconoce una propiedad egoísta e individualista que se olvida del bien común. Eso no es admisible ni social, ni económicamente. Y tampoco desde una perspectiva moral, pues sería inaceptable tutelar el dominio de quien se cruza de brazos y no hace nada con el bien, cuando existen millones de seres humanos que mueren de hambre, con todo lo doloroso que eso significa. Por tal motivo, resulta evidente que la usucapión o adquisición de la propiedad por efecto de la posesión no puede ser erradicada del Derecho, ya que en ella está la ontología misma, la razón de ser del dominio, por encima de cualquier formalismo (8).

---

(6) "El fin trasciende al medio, es más importante que el medio; en el sistema, es el *prius* lógico. La posesión tiene esta importancia central, que no se puede reconocer a la propiedad", Sacco, Rodolfo y Caterina, Raffaele: *Il Possesso*, Giuffrè, Milán, 2000, p. 9.

(7) En esta **desacertada** postura continúa, por ejemplo, Mejorada Chauca, Martín: "Comentario al artículo 897". En: VVAA. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, *Gaceta Jurídica,* Lima, 2003, tomo V, p. 80, quien sigue diciendo que la posesión es una "apariencia de propiedad" y, por tanto, la posesión solo merecería protección en cuanto pálido reflejo de la propiedad. Esta tesis se encuentra refutada desde hace mucho tiempo, y para ello basta citar algunos nombres ilustres como Luigi Mengoni, Ángelo Falzea, Massimo Cesare Bianca y el mismo Rodolfo Sacco.

(8) Algunos sostienen que la usucapión debe ser removida totalmente a favor del Registro, pues "no se puede admitir el despojo". La idea es sim-

Incluso, y para horror de los economicistas jurídicos nacionales, la usucapión tiene plena vida en el *Common Law*, aunque con el nombre de *adverse possession* (9), que bien puede traducirse como

---

plemente absurda, pues la propiedad toda está llena de guerras de conquista, invasiones, usurpaciones, fraudes, abusos, despojos, abandonos, olvidos, etc. Es muy difícil pensar que un solo pedazo de tierra no haya pasado por alguna de estas patologías. Para eso surge la usucapión como hecho jurídico calificado de PRECLUSIVO, esto es, que pone fin a los debates interminables sobre la legalidad de las adquisiciones: "En presencia de una situación de hecho que expresa un interés real y actual, y a falta de hechos que, **dentro de un razonable marco de tiempo transcurrido**, demuestran la real vigencia de una situación jurídica incompatible, el Derecho legítimamente deduce que del pasado remoto no sobrevive algún interés jurídico el cual exija y amerite su garantía, en preferencia del interés manifestado por la situación de hecho presente. Para superar el eventual conflicto entre la situación jurídica nueva y el estado jurídico preexistente y, al mismo tiempo, **para tener en cuenta la hipótesis opuesta de total coincidencia entre ellos**, el Derecho se vale de efectos jurídicos que cubren la alternativa de la innovación y de la conservación y que por su eficacia se diferencian sea de los hechos exclusivamente constitutivos, sea de aquellos exclusivamente declarativos" (FALZEA, Ángelo: Voz: *Efficacia Giuridica*. En: *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Giuffré Editore, Milán, 1985, p. 410). Por su parte, el padre de la antropología moderna, el eminente jurista inglés, profesor de Oxford, Henry Sumner MAINE (*El Derecho Antiguo*, tomo II, p. 65), ha dicho que la usucapión es una regla de oro legada para siempre por la jurisprudencia romana, y por medio del cual la falta de regularidad del título de propiedad queda siempre salvada, por lo que la propiedad y la posesión pueden volver a reunirse en una sola mano; luego agrega que por algo este instituto ha subsistido y se mantiene en el Derecho comparado. **Sin embargo, en opinión nuestra, lo que sí puede ser discutido en nuestro ordenamiento es el plazo legal extraordinario de diez años para que opere la usucapión, el cual es REDUCIDO según un análisis comparativo con los sistemas jurídicos nacionales más representativos, y lo que permite sospechar, obviamente, que en ese tiempo se puedan mantener las contradicciones entre el interés de quien pretende conservar el derecho y el interés del que busca la preclusión del debate. Sobre este punto, el del plazo, sí merece pensarse en serio una reforma legal.**

(9) En el Derecho inglés se admite la usucapión contra el Registro luego de doce años según la LAND REGISTRATION ACT de 2002, aunque el sistema es bastante detallista y complicado, de acuerdo a la conocida complejidad del régimen de propiedad en ese país, el que tiene un origen histórico

"posesión contradictoria", lo cual implica que se trata de una posesión en contradicción respecto del título del propietario.

Por tanto, la finalidad del Derecho registral es arbitrar un sistema que permita conocer el estado de los derechos (por ejemplo: la información sobre el propietario, los gravámenes, la situación física), facilitando de esta manera el tráfico patrimonial en condiciones armónicas de justicia y seguridad. En este sentido, la doctrina más moderna viene proclamando las ventajas de un sistema sin soluciones radicales, en donde la inscripción juegue un papel importante para la seguridad del tráfico, pero sin cerrar los ojos a la realidad extrarregistral (10). El Registro es una institución creada para dar respuesta a las apremiantes necesidades de facilitación del tráfico patrimonial, de certidumbre en la titularidad de los derechos y de estabilidad en la circulación de la riqueza, por lo que se debe encuadrar como una figura de **SEGURIDAD JUSTA**, y no solo ante un instituto de mera seguridad vaciado de contenido o sin finalidades valiosas. Detrás de ella subyace una racionalidad lógica y económica, así como un apego profundo por la conducta leal y honesta, es decir, por el acto bueno y justo.

Desde nuestra perspectiva, no basta con la seguridad jurídica a rajatabla, esto es, proclamar la verdad dogmática del Registro y olvidarse de sus límites intrínsecos (defectos, inexactitudes, imposibilidad de contradecir la realidad notoria, la posesión, etc.) y de sus límites extrínsecos (fraude, mala fe, etc.). Debemos recordar en este punto que una seguridad, así entendida, llevará inexorablemente a una situación de desorden o de incumplimiento de la ley (desuso de la norma). La protección al adquirente de buena fe no puede realizarse sin que el *verus dominus* cuente con unas garantías institucio-

---

feudal. Sobre el particular puede verse: RIDALL, J. G.: *Land Law*, 7.ª edición, Lexis-Nexis, Londres, 2003, pp. 587 ss.

Por su parte, en el Derecho de Irlanda, fuertemente inspirado por el sistema inglés, el plazo de la *adverse possession* es también de doce años a favor del poseedor en concepto de dueño (*squatter*), según el STATUTE OF LIMITATIONS de 1957: COUGHLAN, Paul: *Property Law*, 2.ª edición, Gill & MacMillan, Dublín, 1998, pp. 212 ss.

(10) FARIAS BATTLE, Mercedes: "Realidad del Tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, p. 912.

nales que hagan reducir casi hasta el límite del absurdo las posibilidades de error o despojo de su derecho (11). En este punto se aprecian con claridad los fundamentos que se hallan detrás de recusar la inscripción constitutiva, así como de los beneficios de dar entrada a la buena fe como elemento necesario en la protección registral, y en la preferencia del usucapiente sobre el tercero registral.

Por lo demás, el Registro trata de conseguir la verdad, aunque sepa que no siempre lo conseguirá, para lo cual se reviste de las mayores garantías institucionales a efectos de que el propietario inscrito coincida con el mismo que indica la realidad jurídica; de allí se explica las garantías de la titulación auténtica, calificación técnica del registrador, ordenación a través del folio real, tracto sucesivo, respeto de la prioridad, entre otros **factores que sustentan la organización del Registro**. Todos estos mecanismos aseguradores tienen como finalidad salvaguardar el principio de justicia, y no la seguridad jurídica por sí misma. El Registro debe entenderse como un instituto de paz jurídica, de estabilidad social, de tranquilidad ciudadana en el ámbito patrimonial; pero, lo más importante es que se encuentra inspirado en la tutela de las conductas leales y honestas, en la protección de los terceros de buena fe y en la evitación de los fraudes.

II. SUPERACIÓN DEL EXTREMISMO REGISTRAL

El Registro busca publicar la realidad jurídica a efecto de lograr seguridad jurídica en los actos de transmisión y adquisición de bienes; pero nunca puede contraponerse a dicha realidad, bajo pena de limitarse a vivir en una ficción y, con ello, propiciar el fraude. Nuevamente debemos recordar que el Registro es un medio, y no un fin

(11) Por tal razón, debe tenerse en cuenta lo siguiente: "Naturalmente que interviene un tercero en el problema, pero su buena fe, su creencia en la titularidad del transmitente, no puede, en principio, pesar más que la realidad. El tercero tendrá para sí la creencia, pero el propietario tiene a su favor la realidad. En estos términos el problema sólo se puede resolver a favor del tercero por otras razones, que justifiquen la preferencia del tercero, más allá de su buena fe": MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *La posesión de bienes muebles*, *op. cit.*, pp. 450-451.

por sí mismo. En tal sentido, la mecánica de inscripción y publicidad solo se justifica dentro del contexto de un sistema patrimonial sano, honesto, justo, seguro; en donde la información registral dé publicidad de los hechos, sin crearlos o sin deformar la realidad.

En mi concepto, el Registro solo puede entenderse, y valorarse, como una figura de seguridad jurídica CON JUSTICIA. Obviamente, nadie puede impedir que se utilice el Registro de manera contraria a sus fines. En ese caso, el legislador (o el juez) deben arbitrar soluciones que ponderen adecuadamente los intereses en pugna (12). El Derecho contiene las reglas correctoras de las eventuales iniquidades que se puedan presentar, lo que en ningún caso pasa por darle veracidad absoluta al Registro o limitarse a cerrar los ojos ante la inconmensurable realidad.

El "Derecho registral extremista" pretende cerrarse en la inscripción, y con ello adopta una cuestionable postura ideológica, en pro de los Bancos, empresas financieras, trasnacionales y todos aquellos a quienes solo les interesa lucrar y recuperar su inversión en el menor tiempo posible. De allí nacen ideas tales como que fuera del Registro nada existe, no es válido o carece de relevancia jurídica. En cambio, "el que inscribe cuenta con una garantía absoluta de su derecho". Con este criterio el estudio del derecho debiera iniciarse y concluirse el mismo día, pues todos los conflictos de la vida debieran solucionarse con la frase trillada: "primero en el registro, más poderoso en el derecho".

En efecto, nunca, en ningún sistema jurídico del mundo se ha pretendido que el Registro otorgue garantía absoluta e inconmovible, pues la realidad impone tomar en cuenta otras variables para llegar a una justa y armónica conciliación de intereses. **Por eso hoy, y desde siempre, se reconocen múltiples limitaciones a la actuación del Registro, es decir, aspectos sobre los cuales no juega ningún rol**. Enumeremos algunos: mala fe del tercero, posesión, usucapión, error en las mediciones de las superficies, datos físicos de la finca,

(12) "La misteriosa fuerza de la tierra no puede ser desconocida por el registro, como creación artificial del hombre, pues el registro, en ocasiones, se deja seducir por intereses espurios. En particular, la posesión pública y pacífica prueba la propiedad (prescripción) y la presume": Álvarez Capero-chipi, José Antonio: *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª edición, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 41.

dominio público, demanio natural, derechos reales patentes o notorios, elementos de hecho discordantes con la publicidad, adquisiciones originarias, restricciones legales de la propiedad, dobles inmatriculaciones, entre muchos otros. En consecuencia, **el Registro solo puede otorgar una relativa seguridad**, pues nada ni nadie puede avanzar más allá de eso. Los extremistas siguen soñando, y lo seguirán haciendo, con el mito de la seguridad plena. Por el contrario, nosotros sostenemos la necesidad de un "Derecho registral realista", que tome en cuenta las complejidades de la vida en relación, y no se cierre en las formas. Recordemos que el Registro es, quiérase o no, un formalismo, por lo cual tiene todas las ventajas de tal (certeza, seguridad, fehaciencia), pero también tiene todos los inconvenientes de ceñirse a la etiqueta y abandonar el contenido (fraudes, engaños, apariencia, mala fe, injusticia, deformaciones de la realidad).

Muchas veces se dice que el Registro protege al diligente que inscribe y no al negligente que se mantiene en la clandestinidad. Pues bien, esa es una forma de ver las cosas, a veces interesada con el fin de proteger a los inversionistas, a los poderosos, a las trasnacionales. Pero existe otra perspectiva: ¡qué importa el diligente que inscribe, por ejemplo, si hace más de diez años que no posee! Ante ello, cabe preguntarse, ¿qué es más relevante? Inscribir y guardar un título formal en el escritorio; o disfrutar de los bienes, producir, generar riqueza, mover la economía. Como dice VALLET DE GOYTISOLO, se puede ser diligente en lo formal (registro) pero negligente en lo sustancial (usar y disfrutar de los bienes). Por tanto, hay que descartar este argumento facilista.

El "nuevo Derecho registral" (realista), por tanto, se enfoca en la complejidad del problema, asumiendo que el Registro es un importante instrumento que otorga garantía relativa a los actos de transmisión y adquisición de bienes, pero que puede ser sobrepasado por otros valores que el ordenamiento considera preferibles.

III. LA FALSA DICOTOMÍA ENTRE "SEGURIDAD ESTÁTICA" Y "SEGURIDAD DINÁMICA"

También se sostiene de forma ingenua que el Registro sirve para favorecer a los terceros, es decir, a los que adquieren derechos, y en el caso de conflicto su posición jurídica es privilegiada frente al

propietario, ya que se encuentra en juego el principio de seguridad del tráfico o de protección de los terceros adquirentes (13). De esta forma buscamos sentirnos bien con nosotros mismos; lavar nuestras conciencias ante el drama que significa despojar a un ser humano de su propiedad adquirida probablemente con el sacrificio de toda una vida, y por el solo efecto de un formalismo. Así se dice que la preferencia del adquirente ("seguridad dinámica") se debe a que este es un inversionista, un productor, un creador de riqueza, un hombre activo que hace y construye para beneficio de la economía; por el contrario, el despojo que se comete contra el propietario actual ("seguridad estática"), está justificado porque se trata de un sujeto improductivo, rentista, que no mueve la economía, que está cruzado de brazos, que no da utilidad social a la riqueza, etc. Con estas palabras, los patrocinadores de esta tesis ya se sienten aliviados. **El problema es que dicho argumento resulta totalmente falso**.

El jurista alemán Víctor EHRENBERG propuso en 1903 hacer una distinción entre la "seguridad del tráfico o seguridad dinámica" (seguridad, propiamente dicha, en nuestra concepción de las cosas) y la "seguridad de los derechos o seguridad estática" (justicia, para nuestra tesis). Así, la seguridad estática exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho subjetivo se concrete sin el consentimiento del titular, por lo cual si este es un propietario legítimo, solo cabe que sea despojado de su derecho por acto voluntario; cualquier otra cosa es un despojo. En cambio, la seguridad dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente (14). Este concepto hizo fortuna y desde ese momento se le ha citado en forma

(13) MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto: "Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado". En: *Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica,* tomo 177, Lima, agosto 2008, p. 74.

(14) Cit. GARCÍA GARCÍA, José Manuel: "La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo por el 50.º aniversario de la reforma hipotecaria de 1944*, Madrid, 1995, p. 91.

reiterada, incluso en nuestro país, con el fin de justificar los importantes efectos que el Registro produce en beneficio del tercer adquirente de buena fe, en desmedro del propietario.

Así se habla de una pugna entre dos posiciones antagónicas: el interés del propietario por conservar su derecho, y el interés del adquirente por asegurar la eficacia de su adquisición, aun en contra de la voluntad del propietario. En tal caso, se dice, la posición prevaleciente es la del tercer adquirente.

En realidad, no existe seguridad estática y dinámica. Eso es un simple juego de palabras sin ningún contenido. Con un ejemplo vamos a demostrar nuestro aserto: supongamos que "A" es propietario inscrito de un predio determinado, sin embargo, este sufre la falsificación de una venta que nunca realizó a favor de "B". Luego, "B" transfiere el bien a "C", quien según la ortodoxia registral resulta contar con un interés prevaleciente al ser un tercero de buena fe (art. 2014 CC). Así, preferir la seguridad jurídica dinámica, favorecedora de la circulación de la riqueza y del tráfico patrimonial, conlleva que se tutele la situación jurídica de quien moviliza los bienes a través de la adquisición de los mismos (esto es, se prefiere a "C"), y se perjudica al propietario estático que no crea riqueza (esto es, "A"). Muchos autores se sienten tranquilos con esta explicación y alaban la tesis del germano EHRENBERG, por la cual aducen que el sistema patrimonial debe construirse a partir de la seguridad del tráfico.

Sigamos con nuestro ejemplo. El señor "C" está maravillado con la perfección del sistema jurídico peruano, pues jamás pensó que a pesar de que el bien había sido transferido a "B" mediante una escritura pública falsificada, empero, terminó siendo validada. Por su parte, "A" está decepcionado del sistema legal, pues de manera injustificada, y sin tener la culpa del fraude, resultó privado de su titularidad. Pues bien, hasta allí los teóricos de la "seguridad dinámica" se mostrarían conformes en asegurar las adquisiciones de los terceros que mueven la economía y crean riqueza.

Sin embargo, falta un pequeño detalle: al día siguiente, "C" es objeto de una nueva falsificación a favor del señor "D", quien seguidamente vende el mismo bien a "E", el cual sin dudas es un tercer adquirente de buena fe con derecho inscrito en el Registro (art. 2014 CC). Inmediatamente "C", antes maravillado por el sistema legal peruano, invoca que la propiedad es inviolable y que nadie puede ser privado de su derecho

por una falsificación. El antes entusiasta defensor de nuestro ordenamiento jurídico-registral, ahora se convierte en su principal detractor.

¿Cómo una persona puede estar a favor y en contra de una misma norma legal? La razón de ello es muy simple: el **antes adquirente**, beneficiado por la seguridad dinámica, resulta ser ahora un **propietario actual**, perjudicado por el concepto de seguridad estática. Es decir, todos los adquirentes se convierten inmediatamente en propietarios, y si en un primer momento la regla privilegia a los terceros, sin embargo, cuando se encuentran en un segundo momento, el mismo sujeto pasa a ser propietario y su derecho se vuelve débil y vulnerable frente a un futuro y potencial tercer adquirente. En consecuencia, **la seguridad dinámica favorece hoy al señor "C", pero mañana fácilmente lo puede perjudicar**.

En suma, la seguridad dinámica no sirve para nada si no existe seguridad estática, pues resulta irracional que hoy ganes algo y mañana lo pierdas. Ningún tercer adquirente se conforma con solo eso; también necesita y requiere tener seguridad en la posición jurídica de propietario que ya obtuvo. Por tanto, el sistema jurídico exige seguridad dinámica y estática, ambas a la vez; pues no basta preferir una frente a la otra, ya que en tal situación la seguridad del adquirente se convierte en inseguridad absoluta del propietario. Recuérdese que el adquirente de ayer es el propietario de hoy; por tanto, en ambas posiciones se requiere de seguridad y justicia.

La seguridad dinámica y la estática simplemente no existen; pues la protección del adquirente no acaba en ese momento temporal, sino que requiere protección en cuanto se convierte en propietario. En caso contrario, se trataría de dotar de seguridad para un acto jurídico, pero al mismo tiempo se generaría zozobra e incertidumbre durante todo el tiempo de la situación dominical o propietaria. Pues bien, es claro que estamos en presencia de un falso dilema que se desmorona por sí solo. La doctrina más atenta hace mucho tiempo se dio cuenta de la inexistente dualidad entre ambos "tipos" de seguridad jurídica, pues en realidad se trata de las dos caras de una misma moneda que se encuentran en íntima vinculación e interdependencia (15). En otras palabras, de nada

(15) BOLÁS ALFONSO, Juan: "La documentación como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil". En: BOLÁS

sirve contar con seguridad dinámica si no se tiene seguridad estática.

En tal contexto, los principios registrales de protección a los terceros, tales como el de inscripción declarativa –preferencia del título inscrito sobre el no-inscrito (art. 2022 CC)–, o la fe pública registral –protección del titular inscrito frente a un negocio nulo antecedente (art. 2014 CC)–, simplemente resuelven el problema técnico derivado de sujetos que se encuentran en conflicto por la existencia de distintos títulos de propiedad sobre el mismo bien, o por la nulidad de dichos títulos, y ante esa situación de incertidumbre jurídica se requiere de un mecanismo racional que solvente la duda. En otras palabras, el ordenamiento siempre preferirá un título sobre el otro, por lo que la existencia de la norma conflictual se hace imprescindible. En todos los casos habrá un "potencial domino" que se vea privado del derecho, ya sea por aplicación de los principios registrales o de cualquier otro criterio, tal como la antigüedad del título o la toma de posesión.

Sin embargo, la Constitución protege la propiedad ya adquirida (art. 70.º), así como la libertad contractual como mecanismo para que los bienes circulen en el tráfico (art. 2-14.º); por tanto, no puede aceptarse que un propietario pueda ser despojado o "expropiado" (en sentido no-técnico) de manera impune cuando no existe un valor fundamental que compense esa solución extraordinaria por la que un titular es privado de su derecho en contra de su voluntad. Aquí se encuentra en juego la racionalidad misma del sistema patrimonial basado en intercambios voluntarios y en el reconocimiento de la posesión. En este ámbito no es posible oponer el interés de la colectividad que favorezca al tercer adquirente, enfrentado al del propietario individual, pues también existe un interés colectivo en la conservación de la propiedad en manos de su titular. Y no se diga en forma demagógica que la defensa del propietario rentista es un simple rezago del individualismo; pues resulta evidente que las adquisiciones *a non domino* jamás buscan socializar la propiedad, sino simplemente atribuírselos a otro sujeto (16). Por el contrario, la pro-

---

ALFONSO (Coordinador): *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 44.

(16) Aquí utilizamos las lúcidas consideraciones de: MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *La posesión de bienes muebles*, *op. cit.*, pp. 491-492.

tección absoluta del adquirente, por sobre el titular real, constituye uno de los postulados naturales del liberalismo salvaje del siglo XIX, por el cual se afirmaba la necesidad de que los bienes circulen a cualquier costo, fomentando la especulación con el valor de cambio de las cosas, antes que el disfrute (17).

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado con claridad que el contenido de la propiedad incluye necesariamente la protección del derecho sobre las interferencias externas, a lo que denomina "garantía de indemnidad"; por tanto, ello reafirma que las adquisiciones *a non domino*, como ocurre con los principios registrales, son de aplicación restringida cuando realmente exista un valor o bien constitucional materia de tutela:

> "El derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 17 de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, *prima facie*, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La «inviolabilidad» de la propiedad a la que se refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no solo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como *garantía de indemnidad*. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo" (Exp. N.º 00043-2007-AA/TC, 6.º fundamento jurídico).

IV. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL TERCERO POR ADQUISICIÓN *A NON DOMINO.* TUTELA DE LA APARIENCIA

Las normas de protección a los terceros no son inconstitucionales *per se*, como lo demuestra su existencia en diversos sistemas jurí-

(17) *Ibid.*, p. 492.

dicos. Ello se debe a una razón muy simple: existe un mundo real, en el existe un solo bien material que es disputado por los dos hipotéticos titulares; ante tal circunstancia, la ley civil deberá dar una respuesta a la controversia, y uno será beneficiado, mientras el otro será desposeído. Al margen de cualquier pretensión ideal, lo concreto es que el derecho de uno de los contendientes será desconocido, pues la ley no puede inventar un bien para satisfacción del perdedor. Como la ley no puede evitar que sucedan estos conflictos, entonces solo queda instaurar normas racionales que brinden soluciones justas con seguridad jurídica. Ahora bien, ello no implica que cualquier "opción" del legislador o cualquier "interpretación" judicial o doctrinal deba ser avalada, pues en tal sentido existe la obligación de respetar y potenciar los valores que informan y guían la Constitución y los tratados de derechos humanos, especialmente la inmunidad de la propiedad.

Por tal razón, "el principio de la adquisición *a non domino* puede tener como toda norma jurídica un sentido social, si se mantiene allí donde realmente se puede justificar la pérdida del derecho del propietario" (18). Por tanto, la circunstancia natural o normal es que se imponga la realidad jurídica, esto es, que se proteja al verdadero propietario, sin importar que exista un tercer adquirente de buena fe, cuya cadena de dominio se basa en un título nulo, por lo que en teoría su adquisición se desmorona.

Sin embargo, en determinadas circunstancias excepcionales se valora en forma preferente la posición del tercer adquirente, por sobre la del propietario, ya que se produce un fenómeno denominado "protección de la apariencia", cuando un cierto hecho ha producido un "error común", esto es, cualquier persona en tal situación hubiese creído que procedía conforme a derecho, y siempre que se encuentre amparado en una norma legal. En doctrina se reconoce que la protección de la apariencia se produce cuando concurren los siguientes elementos (19):

i) El sujeto actúa sobre la base directa de la situación aparente (por ejemplo: información del Registro), por tanto, actúa con-

(18) *Ibid.*, p. 493.

(19) Eizaguirre, José María de: *Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 231-232.

fiado por la apariencia y por virtud de ella decide realizar la adquisición. La confianza tutelada por la norma es aquella que induce a realizar un acto correspondiente a la apariencia suscitada, tal como una disposición o una inversión. Es decir, "el tercero **se apoya para actuar**, en la información que se ofrece oficialmente, en el acto o actos jurídicos realizados, o en la mera situación de hecho" (20).

ii) El sujeto actúa de buena fe, esto es, desconoce el hecho jurídico contradictorio a pesar de haber tenido una actuación diligente para comprobar o verificar la titularidad previa. La negligencia siempre anula la buena fe.

iii) El sujeto debe contar con un título oneroso, pues solo se protege a quien pierde un derecho y no a quien solo pretende asegurar un lucro. En suma, debe tratarse de un acto digno de protección.

iv) La situación aparente es imputable al titular que finalmente es perjudicado o cuyo derecho se extingue. Es decir, el propietario, por ejemplo, permite que se cree una apariencia que finalmente engaña a un tercero inocente.

Nadie puede perder su derecho sin que de alguna manera le sea imputable esa consecuencia, ya sea porque permitió, o toleró, o dio lugar a la situación de apariencia en la cual confió un tercero. Es necesario que el titular actúe con culpa (imputabilidad), pues solo de esa forma se explica que la apariencia termine imponiéndose a la realidad jurídica. Caso contrario, no hay razón justificativa para que el Derecho renuncie a la verdad, ni para que se despoje a un titular cuyo derecho se encuentra protegido por mandato de la Constitución mediante la denominada "garantía de indemnidad".

La indemnidad cede por efecto de la propia culpa del titular que permite la situación de apariencia, que lleva al error común de los terceros, y en tal contexto se privilegia el principio constitucional implícito de seguridad jurídica.

---

(20) Bustos Pueche, José Enrique: *La doctrina de la apariencia jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 70.

V. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES SUSTANTIVOS SON NORMAS DE TUTELA DE LA APARIENCIA

Los principios registrales son hipótesis concretas de la doctrina jurídica de protección de la apariencia, de ámbito excepcional, y de aplicación estricta con el fin de salvaguardar algunos actos de adquisición que se fundan en la confianza de uno, y que se origina en la apariencia creada por culpa de otro. Puestos en la balanza ambos intereses, la inocencia y diligencia se valora en nivel superior frente a la negligencia de quien no cumple la carga legal de conservación de su derecho.

Solo cuando las normas de protección de la apariencia se mantengan dentro del ámbito estricto de su función y presupuestos, detallado en el párrafo precedente, podrán ser compatibles con la Constitución, pero cualquier exceso en su aplicación o en su interpretación, la hace devenir en inconstitucional para el caso concreto. Por ejemplo, el artículo 2014 CC, en abstracto, es constitucional, pero solo si se entiende aplicable a circunstancias excepcionales de tutela del tercero cuya conducta es digna de valoración positiva; y simultáneamente se despoje al propietario por una omisión o acción culpable. Siendo así, las interpretaciones exageradas del 2014 CC son inconstitucionales; y decimos "exageradas" a todas aquellas posturas por las cuales la sola inscripción, por virtud de ese mérito, tiene ya por sí misma la protección del Registro. Es decir, el principio de fe pública entendido como principio, y no como excepción, es una clara muestra de interpretación normativa contraria a los valores constitucionales, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado.

Un caso concreto son las falsificaciones de instrumentos públicos que, a pesar de tal circunstancia, llegan a inscribirse; y luego permiten seguidamente que un tercero adquiera confiado en la apariencia registral. Normalmente se sostiene que tal situación conlleva que el tercero mantenga su adquisición por virtud del principio de fe pública registral (art. 2014 CC). Esta es una hipótesis típica de interpretación que infringe la Constitución, pues desnaturaliza la garantía de indemnidad que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

En tal caso, el propietario que sufre la falsificación es inocente del hecho ilícito que ha dado lugar a la apariencia, por lo que su situación

de absoluta neutralidad no puede jugar en su contra, aun cuando el tercero cuente con buena fe. De lo contrario estaríamos simplemente despojando a uno para terminar atribuyendo el bien a otro, casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó. ¿Puede admitirse una interpretación normativa que lleve al despojo arbitrario? ¿Esa es la función que le confiere el sistema legal a las normas de protección de la apariencia? Las respuestas, en ambos casos, son negativas.

La doctrina de tutela de la apariencia vincula una serie de institutos jurídicos, tales como la posesión, el Registro y los títulos valores. En todos ellos puede constituirse un tercero protegido por efecto de su confianza en la situación de apariencia. Eso no es nada nuevo y se conoce desde hace mucho tiempo (21). Recuérdese que los pandectistas alemanes del siglo XIX, influidos en el liberalismo económico que pretende hacer circular la riqueza sin tropiezos para beneficio del capitalismo, son los mismos que desarrollan las teorías modernas sobre esas tres instituciones jurídicas. Por tanto, resulta obvio que la doctrina mercantil y la civil se influenciaron recíprocamente (22).

Sin embargo, el hecho de que los títulos valores y el Registro inmobiliario hayan tenido elementos de contacto, especialmente en orden a la función que cumplen en el sistema legal, no es argumento suficiente para pretender igualarlos para cualquier efecto práctico,

---

(21) Cuando se lee el libro de Fernando MÉNDEZ GONZÁLEZ (*De la publicidad contractual a la titulación registral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 153 ss.), se tiene la impresión de que este creyese "estar descubriendo" la vinculación entre los títulos valores y el Registro. En todo caso, le aclaramos a dicho autor que ese tema se conoce desde muy antiguo, y que nosotros mismos ya lo hemos expuesto en una **obra anterior a la de MÉNDEZ**, y en la que curiosamente hay muchas similitudes respecto a lo que él expone. Nuestro texto es el siguiente: GONZALES BARRÓN, Gunther: *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Jurista Editores, **Lima, 2002**, pp. 213-229.

(22) La creación germánica del Derecho cambiario (sobre los títulos valores) pronto es adoptada por el Derecho Civil mediante los nuevos principios de responsabilidad por la apariencia y protección de la confianza: MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans: *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1980, traducción de Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, p. 106.

tal como se hace en una reciente doctrina, francamente exagerada y extremista:

> "En efecto, la letra incorpora el derecho de crédito y lo *independiza*, a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten el negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido, en *abstracto* –abstracción personal–. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor –adquirente cambiario de buena fe– solo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.
>
> El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes regirá el contrato, pero una vez inscrito el derecho resultante del mismo, esto es, una vez incorporado el contenido de tal derecho –*intabulado*, si se prefiere– al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto fe pública impone que al adquirente –a título oneroso y de buena fe– le afecte únicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste" (23).

Hay varias incongruencias en el texto citado, lo que permite **desvirtuar fácilmente** la pretensión (ingenua) de identificar una letra de cambio con el negocio adquisitivo de un bien inmueble.

En primer lugar, la importancia y centralidad de la vivienda y la tierra impiden que se le asimile a la fácil circulación de un título valor. En efecto, el hogar –en sentido material– es una necesidad esencial del hombre, y que en muchos casos se adquiere por una sola vez en toda una vida. Siendo así, los actos de transmisión y adquisición de bienes inmuebles constituyen actos de la máxima importancia, casi místicos y sagrados para el lego, y que jamás podrán igualarse al burocrático endose de una letra. La complejidad en la adquisición de un predio está en relación con la importancia que tiene. Piénsese que cualquier persona cobra tal vez miles de cheques a lo largo de

(23) MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando: *De la publicidad contractual a la titulación registral*, *op. cit.*, p. 168.

su vida, pero a veces nunca podrá adquirir una vivienda. El Derecho ha realizado perfectamente su trabajo: la circulación de los títulos sobre créditos, más o menos estandarizados y fehacientes, no requiere mayor complicación; pero los inmuebles, y sus variadas vicisitudes, son otra cosa.

En segundo lugar, los títulos valores concentran la titularidad y la posesión; por tanto, solo ejerce el derecho quien tiene en su poder el documento. En cambio, el Registro no dice nada sobre la posesión, y es perfectamente posible que ambas situaciones estén disociadas, y muy gravemente, con lo cual el sistema legal debe preferir el interés del poseedor, con lo cual el Registro jamás podría dar la seguridad de un cheque.

En tercer lugar, empaquetar un crédito en un documento que lo incorpore es una tarea sencilla; lo que no puede replicarse para el caso de los predios, cuyas vicisitudes son más complejas, en orden a los títulos contrapuestos entre sí, cadenas de dominio irregulares, dobles inmatriculaciones, conflicto de linderos, entre muchos problemas. En suma, es imposible la identificación de objetos radicalmente distintos.

En cuarto lugar, la ley civil no reconoce la abstracción cartular para el caso de la transmisión de inmuebles. Este argumento se deduce del artículo 2014 CC (análogo al art. 34 de la Ley Hipotecaria española), por virtud del cual solo se protege al tercero de "título oneroso"; lo que no guarda relación o analogía alguna con la circulación de los títulos valores. En efecto, el tenedor de una letra o un cheque bien pudo adquirirlo a título gratuito, o incluso robar el documento o encontrárselo en una calle. Ninguna de esas circunstancias impedirá que pueda cobrar el crédito siempre que exhiba el título con una cadena meramente formal de endosos, o sin ello, incluso, si se trata de título al portador. Existe aquí, claramente, una abstracción que facilita la liberación del deudor. Por el contrario, la norma registral exige imperativamente que el tercero cuente con causa onerosa para obtener protección, lo que desde ya otorga fundamental importancia al negocio jurídico que sustenta la adquisición. No basta la sola inscripción, pues la propia mecánica registral obliga que consten los negocios y consiguientemente sus causas. Por tanto, no se entiende cómo puede hablarse de "abstracción", ni siquiera para terceros, si la fe pública registral impone que se conozcan las causas negociales.

En quinto lugar, si para MÉNDEZ "el sistema registral debe ser análogo al de los títulos valores", entonces un inmueble se transmitiría por la "verdad oficial" que representan las inscripciones, sin necesidad de verificar los negocios jurídicos que le dieron origen. Ya hemos demostrado que esta propuesta es absurda y contraria a ley, pero hay un tema adicional: su autor no se ha puesto a pensar que en la doctrina de los títulos valores, la falsificación de la firma no genera derecho alguno. Es decir, el supuesto obligado que sufre de una falsificación siempre podrá oponerse con éxito frente al tenedor, negando al pago, aunque este haya adquirido el título de buena fe (24). Por tanto, si en los títulos valores el tercero carece de protección frente a una falsificación, entonces lo mismo debe ocurrir en el Registro. El registrador español no se ha dado cuenta de que su tesis termina limitando la protección registral en contra de su manifiesta intención.

El principio de fe pública registral, de esta forma, queda reducido a sus justos límites, como mecanismo de tutela excepcional, que no protege los fraudes ni las voluntades inexistentes. Por tanto, se descarta la interpretación extremista que otorga protección al tercero en caso de falsificaciones, suplantaciones o nulidades radicales originadas por la ausencia de voluntad que sustente el negocio jurídico. En todos esos casos, acorde con la garantía de indemnidad que reconoce nuestra Constitución, el derecho del propietario originario (*verus dominus*) queda a salvo.

VI. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES CEDEN ANTE LOS DERECHOS HUMANOS

Pero el problema de la opinión de MÉNDEZ GONZÁLEZ no solo es de incongruencia jurídica, sino fundamentalmente de corte filosófico

(24) "La exención de responsabilidad por la falsedad no solo es consecuencia de la inimputabilidad del acto al sujeto que lo padece. Es el propio empleo de la letra de cambio el que resultaría perjudicado, si no se combatiese jurídicamente la falsedad; del mismo modo que el mercado de obras de arte quedaría anulado en sus cimientos si no se persiguiese la falsedad": EYZAGUIRRE, José María de: *Derecho de los Títulos Valor*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 258.

y principista, esto es, sobre el modo de ver el Derecho y sobre la posición del hombre en él. En tal sentido, el contradictor expresa una opinión fuera de época, y constituye un claro ejemplo de liberalismo superado, pues solo en el siglo XIX sería admisible que el sistema legal tuviese como único fin que "los bienes circulen", que "se movilice la tierra", o que "prime la seguridad jurídica" [¿seguridad de quién y para qué?; ¿con qué fines? (25)]; olvidándose por completo

(25) Un ejemplo de quien sigue sin entender que el Derecho ya mutó hace tiempo es el autor de la siguiente opinión: "Desde nuestra línea, asumida en los capítulos precedentes, no compartimos tal opinión, en la medida que la apariencia es un elemento que no puede ser analizado desde un punto de vista objetivo (como sí sucede con la publicidad registral) sino meramente subjetivo. No se establecen reglas, ni límites para determinar cuándo un comportamiento cubre las expectativas de una apariencia oponible" (GONZALES LOLI, Jorge: "Protección al tercero registral societario". En: VVAA. *A los doce años de la Ley General de Sociedades*, Editorial Grijley-Cathedra Lex, Lima, 2010, p. 252).

Es inaudito sostener que la apariencia sea "subjetiva", cuando en realidad se trata de "hechos" imputables a la misma persona o empresa, y que como hechos de la realidad sociológica son "objetivos". Ambos (apariencia registral y apariencia social) son datos que se muestran y se exteriorizan ante el mundo. Si un sujeto da a entender que su voluntad es distinta a lo que aparece en el Registro (por ejemplo, inscribió la revocatoria del gerente, pero al mismo tiempo este sigue ejerciendo funciones, dando órdenes y firmando documentos), entonces, ¿a quién perjudicamos?, ¿al tercero que es inocente?, ¿o a la empresa que permite que el gerente revocado siga en funciones, con lo cual se engañe a los terceros? Es obvio que la doctrina de la apariencia encuentra culpa en la empresa, y protege al tercero de buena fe, inocente en todo este entuerto. **En conclusión, la teoría de la apariencia tutela al tercero, pero en un contexto en el cual se valoran todas las circunstancias del caso, sin encerrarse en el formalismo registral**.

Seguramente GONZALES LOLI, partidario del "formalismo", sería de la opinión de que la empresa, causante de la situación equívoca, sea quien se beneficie con una solución jurídica que solo podría tacharse de inmoral. El mismo autor también debe ser partidario de eliminar la unión de hecho porque es una apariencia o "hecho subjetivo"; o que las sociedades de hecho (irregulares) sean nulas porque "son hechos subjetivos"; o que los decretos leyes son inexistentes porque son "hechos subjetivos". Dentro de este contexto es lógico que él mismo sostenga que: "el asiento registral prime sobre el título archivado, normalmente una escritura pública". Curioso caso de quien ejerce la actividad notarial, pero que simultáneamente piensa que su propia

del ser humano, su dignidad y otras consideraciones que hacen inviable regresar a un Registro como "verdad oficial". Hoy se habla del derecho a la vivienda como derecho humano de carácter econó-

---

escritura **no vale nada ni tiene utilidad**, pues un simple error del registrador al momento de extender el asiento se sobrepone, o deroga, el "título archivado".

Por lo demás, la protección de los terceros centrado única y exclusivamente en el formalismo registral, conlleva que "no exista nada más que el registro"; "toda otra consideración no importa ni tiene relevancia"; en suma, se dice que ese es el mecanismo más eficiente para lograr la "seguridad jurídica". Aquí exponemos textualmente la idea del contradictor: "De esta manera se garantizaría realmente la seguridad de quien contrata bajo la fe de lo inscrito en el registro de sociedades frente a toda inexactitud registral" (GONZALES LOLI, Jorge: "Protección al tercero registral societario". En: VVAA. *A los doce años de la Ley General de Sociedades*, Editorial Grijley – Cathedra Lex, Lima, 2010, p. 258).

En buena cuenta, el Registro se convierte por arte de magia legislativa en la única verdad, en la "verdad oficial". **Aquí vamos a desmontar de manera definitiva esa opinión**:

En primer lugar, la verdad es única, por lo que el adjetivo "oficial" sale sobrando. Eso me hace recordar a los "comunicados oficiales" de una dictadura, que justamente por ser tales ya generan sospecha de que se trate de una falsedad. Por tanto, la afirmación de que el Registro es una "verdad oficial" nos lleva a rechazarla, pues se trata de una desviación lingüística fuera de lugar.

En segundo lugar, la verdad se da en el mundo de los hechos, y no es posible que la existencia de un hecho se imponga verticalmente por parte del Estado, a *manu militari*.

En tercer lugar, desde una perspectiva crítica, de tono científico y filosófico, es obvio que no existen verdades oficiales, sin contraste con el mundo real. Parece algo impuesto, arbitrario e irrazonable. La ciencia moderna descarta que exista un conocimiento oficial.

En cuarto lugar, constituye una pretensión exagerada, injusta y desproporcionada, pensar que la única verdad es la que se encuentra en unos libros del Registro, y que todo lo que pase u ocurra fuera de esos libros simplemente no existe, no vale, no tiene importancia o carece de relevancia jurídica, ya que todo se descarta por el fácil expediente de cerrar los ojos ante la realidad. Sin dudas, la "verdad oficial del Registro" es una ingenuidad digna de mejor causa. La siguiente opinión pone las aguas en su nivel:

"Hablar, por tanto, de verdad oficial es una manifestación de arrogancia similar a la del que pretendiese poner límites al campo. No hay tal verdad oficial, ni puede haberla, por mucho que sea el cuidado que se ponga en

mico y social establecido por diversos tratados internacionales (se inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que no es propiamente tratado, y se consagra en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales); o el derecho humano a la tierra, derivado de los derechos humanos a la vida (digna), a la alimentación, a la salud y al entorno adecuado. Asimismo, las Cortes Internacionales vienen sosteniendo la importancia de la propiedad comunal indígena, por cuanto debe respetarse la relación tradicional

---

lograrla: la realidad de los hechos siempre la excederá. En esta vida no hay nada que sea gratuito, y convertir lo que tradicionalmente se ha considerado como apariencia especialmente protegida en verdad oficial, no es otra cosa que pretender, so pretexto de que toda la realidad está en el Registro, que el Registro sea la realidad. Y esto es, de entrada, una ficción; y si la puerta del Registro la guarda alguien que no sea juez, es, además, una arbitrariedad" (LÓPEZ BURNIOL, Juan José: "Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias". En: www.vlex.com/vid/238440, p. 39).

La "verdad oficial" en el Registro implica negar la realidad, vivir en una ficción, volver al mundo platónico de las ideas; y eso en el Derecho conlleva a deslegitimar cualquier orden jurídico. Nunca un sistema de normas puede asentarse en la sola apariencia o en la ficción sin contenido.

Vamos a poner un ejemplo adicional sobre los efectos que produce encerrarse en el formalismo y desoír la realidad. Hoy el número de parejas en unión de hecho supera notoriamente a las nacidas del matrimonio. Esa es una verdad incontrastable y fuera de discusión. Paradójicamente el Código Civil regula las uniones de hecho en dos artículos, mientras que el matrimonio tiene 200; pero en fin, ese es otro tema derivado del desfase de nuestro legislador. Pues bien, ¿qué pasaría si un hipotético legislador, apegado a las formas, decidiera desconocer las uniones convivenciales a efecto de prestar reconocimiento exclusivo al matrimonio? ¿Acaso ello impediría que se produzca el concubinato? Por supuesto que no. El resultado de un ordenamiento solemne, como el propuesto, conllevaría la disolución del orden jurídico, ya que rápidamente la sociedad dejaría de sentirse representada por ese derecho de formas, y que no tiene en cuenta los hechos.

Téngase en cuenta que mientras en la Teoría General del Derecho se habla de la "derrotabilidad" de los principios jurídicos, ya que es perfectamente posible que queden parcialmente de lado cuando entran en conflicto dos o más principios. Ello significa que en el ámbito de los derechos fundamentales se acepta la relatividad de soluciones; mientras que en el Registro se camina contracorriente, pues allí se postula el absolutismo de la "verdad oficial, única y sagrada". Es decir, un Derecho registral en contradicción con la filosofía y teoría jurídica.

que existe entre el hombre y la tierra como parte de la cultura ancestral (Convenio N.º 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales), y en donde el suelo no es una simple mercancía materia de "circulación" para beneficio de constructoras, inmobiliarias, mineras o trasnacionales. En tal contexto, nada significa el formalismo registral.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la propiedad comunal es más una forma de vida que una simple mercancía que se negocia en el mercado; e incluso ha ordenado que los Estados repongan la tierra a sus titulares originarios (indígenas), aun cuando hubiese cambiado de manos. El Alto Tribunal se manifiesta así en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay:

> "Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Los miembros de la Comunidad poseen una «relación omnicomprensiva» con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio, no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, pero, en el presente caso, no se ha adoptado las medidas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce comunal tradicional."

En esta situación nada importa la fe pública registral, o la protección de la apariencia, ni la buena fe, pues se está en presencia de consideraciones jurídicas basadas en el hombre, y no en los intereses pecuniarios. La Corte IDH dice lo siguiente en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay:

> "Conforme a la propia legislación paraguaya, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tienen el derecho a solicitar que se les devuelva sus tierras tradicionales, **aun cuando éstas se encuentren en manos privadas** y no tengan plena posesión de las mismas. Respecto a la limitación temporal del derecho de recuperación, se considera que el derecho que asiste a los miembros de la Comunidad no ha caducado."

El hombre necesita como elemento vital la vivienda y la tierra para solventar sus necesidades más elementales de descanso, inti-

midad y hasta felicidad como individuo con mundo interno, inseparable a él, y también dentro de un contexto social pues sirve de albergue a la familia. La tierra es, muchas veces, la adquisición de toda una vida de trabajo y esfuerzo, que otorga paz, tranquilidad y permite que se cumplan en la práctica otros derechos humanos que le corresponden a la persona y su dignidad intrínseca.

El derecho a la vivienda no se basa en el formalismo registral, sino en la tenencia efectiva de la unidad inmobiliaria que sirve de ámbito material de la vida del ser humano, sustento de paz y tranquilidad individual y familiar. La falta de vivienda adecuada no solo atenta contra la dignidad del hombre, sino que impide a los perjudicados el goce de muchos de sus derechos humanos, tanto civiles como políticos, o los económicos y sociales. La Organización de las Naciones Unidas advierte que la inobservancia del derecho a la vivienda se debe, entre otras causas, a la especulación con la vivienda, las mega-compras con fines de inversión y rápido retorno, los proyectos de desarrollo de infraestructura a gran escala (26). Mientras la humanidad está tratando de hacer efectivo el acceso a la vivienda de los más pobres, otros siguen bajo la perspectiva de impulsar la especulación del suelo como único mecanismo de desarrollo y riqueza (para algunos). En tal sentido se dice que: "De acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado. El derecho a una vivienda adecuada incluye, entre otras cosas, el derecho a la protección contra la injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, familia, hogar y el derecho a la **seguridad jurídica de la tenencia**" (27). Nótese que se habla de seguridad de la tenencia, esto es,

(26) *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sra. Raquel Rolnik, y sobre el derecho de no discriminación*, ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/63/275, de 13 de agosto de 2008, p. 6.

(27) *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, Anexo I: Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo*, ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/18, de 5 de febrero de 2007, p. 18.

de la posesión de la vivienda, como elemento clave del derecho humano, y no por solo efecto de una inscripción.

Inclusive, hoy se habla del "derecho humano a la tierra", como sustento de vida y dignidad de comunidades, agricultores, seres humanos; y cuyo reconocimiento permitirá que sus derechos puedan ser ejercidos a plenitud. Compárese esta inquietud social con la pobre alocución de los que siguen anclados en el formalismo de un Registro como mecanismo de "seguridad jurídica de los adquirentes". **Sin duda, el Derecho ha cambiado, pero algunos todavía no se han dado cuenta**, y siguen anclados en el formalismo, en el positivismo, en el conceptualismo, o en las "verdades oficiales" o en la trampa de la "seguridad jurídica"; que solo es seguridad de los poderosos. Aquí las apreciaciones del Relator Temático de Vivienda de la ONU:

> "29. Sin un reconocimiento adecuado de los derechos tanto individuales como colectivos sobre la tierra, el derecho a una vivienda adecuada en muchos casos no se puede ejercer de forma eficaz. No obstante, el derecho a la tierra no está únicamente vinculado al derecho a una vivienda adecuada, sino que está integralmente relacionado con los derechos humanos a la alimentación, el sustento, el trabajo, la libre determinación y la seguridad de la persona y del hogar y el sostenimiento de los recursos comunes de propiedad. La garantía del derecho a la tierra es por tanto fundamental para la mayoría de la población mundial que depende de la tierra para sus vidas y sustento. En el contexto urbano, el reconocimiento jurídico de los derechos sobre tierra con frecuencia es crucial para proteger el derecho a una vivienda adecuada, en particular el acceso a los servicios esenciales y a los modos de ganarse la vida, especialmente para los pobres de las zonas urbanas" (28).

Nada de esto le interesa a MÉNDEZ GONZÁLEZ, ni a GONZALES LOLI, quienes sostienen exactamente lo mismo que decían los liberales

(28) *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006,* ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/18, de 5 de febrero de 2007, p. 11.

decimonónicos hace dos siglos, con el agravante de que ignoran las nuevas concepciones jurídicas, las distintas realidades sociales, la configuración personalista del Derecho luego de dos guerras mundiales, que se traduce en la centralidad del hombre, en el reconocimiento universal de los derechos humanos, en el Estado Constitucional y Social de Derecho y en la progresiva implantación, ya irreversible, de los derechos económicos, sociales y culturales.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA INSTITUCIÓN CONDICIONAL DE HEREDERO Y SU MODERNIZACIÓN POR LOS NOTARIOS

Carmen López Beltrán de Heredia
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Valencia
(Campus de Excelencia Internacional)

SUMARIO

I. RAZONES DE ESTE TRABAJO

II. CONDICIÓN POTESTATIVA POSITIVA DE HECHOS PASADOS Y SU FORTALECIMIENTO POR LOS NOTARIOS

III. OTRA CONDICIÓN SENSATA PROPUESTA POR LOS NOTARIOS

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 9/2010, DE 27 DE ABRIL

V. CONDICIÓN RESOLUTORIA

VI. PREVENCIONES PARA DIVERSOS TIPOS DE CONDICIONES:
- A) Introducción
- B) Condiciones imposibles o ilícitas:
  1. Previsión general
  2. La condición de contraer o no contraer matrimonio

VII. CONDICIÓN SUSPENSIVA POTESTATIVA NEGATIVA

VIII. CONDICIONES MÚLTIPLES

IX. CONDICIÓN SUSPENSIVA:
- A) Introducción

B) Administración
C) Partición

X. REGLAS COMUNES A LA INSTITUCIÓN BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA
A) Aplicación a la institución de heredero de las reglas sobre las obligaciones condicionales:
1. Introducción
2. Pérdida, mejora o deterioro de los bienes de la herencia mientras está pendiente la condición
B) Deudas de la herencia
C) Aceptación de la herencia por los acreedores del heredero

XI. INSCRIPCIÓN DE LOS BIENES SUJETOS A CONDICIÓN
A) Condición suspensiva
B) Condición resolutoria

BIBLIOGRAFÍA

I. RAZONES DE ESTE TRABAJO

Un trabajo de investigación sobre la institución de heredero bajo condición parece conveniente, dada la regulación insuficiente y confusa del Código Civil.

Además, la literatura jurídica al respecto es muy escasa. Prueba de ello es que los autores que han escrito algo sobre el particular en Libros de Texto o Comentarios a los artículos correspondientes del Código Civil se refieren, en sus alusiones bibliográficas, a otros Libros de Texto o a otros Comentarios al Código Civil. Hay muy poca doctrina que trate estos temas de modo específico en artículos o monografías. No he encontrado ningún trabajo reciente.

No obstante, existe una sentencia del Tribunal Constitucional muy reciente, de 27 de abril de 2010, y varias sentencias modernas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre el particular, la última encontrada es de 3 de diciembre de 2009, que trata de una condición sensata, a la que vamos a referirnos de inmediato.

Por otra parte, los notarios están modernizando la institución condicional de heredero, adaptándola a nuestros días, al proponer determinadas condiciones, adecuadas a nuestros tiempos, dignas de protección jurídica, aconsejando con gran acierto a los testadores.

No obstante, no podemos realizar aquí un estudio exhaustivo de la institución condicional de heredero, por lo que hemos decidido abordar algunos de los aspectos más relevantes y/o polémicos de dicha institución.

II. CONDICIÓN POTESTATIVA POSITIVA DE HECHOS PASADOS Y SU FORTALECIMIENTO POR LOS NOTARIOS

La mencionada sentencia del TS de 3 de diciembre de 2009 trata de una condición potestativa positiva de hechos pasados.

La condición es, básicamente, con los matices que luego veremos, "cuidar del testador/a en su ancianidad o en cualquier estado de necesidad".

A esta misma condición se refiere la sentencia de 15 de septiembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Además, los notarios están interesados en potenciar esta condición como medio para proteger a nuestros mayores y a los incapaces, que puede concebirse como potestativa de hechos pasados si el testador/a impone la condición de que atiendan y cuiden en su ancianidad, o puede concebirse como una condición suspensiva o resolutoria normal si se trata de cuidar a otra persona, por ejemplo, a un hermano incapaz.

De esta forma la institución condicional de heredero puede convertirse en un instrumento de protección de las personas con discapacidad, acreditando así su función e interés social.

La sentencia de 15 de septiembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ante una disposición relativa al cuidado de la testadora, afirma que "revela una práctica notarial del rural gallego en la que encuentran acomodo las disposiciones testamentarias (por lo general de los mayores), a favor de algún pariente bajo la condición o modo de que cuide y asista al testador o a otra persona".

En realidad, considero que esta no es una disposición exclusiva de la práctica notarial del mundo rural gallego. Le pasa como al tes-

tamento entre cónyuges del "uno para el otro" o de concesión del "usufructo universal" , fórmulas que en la Comunidad Valenciana son consideradas, por algunos, como "costumbres valencianas", cuando resulta que ese tipo de testamento es habitual en todas las Comunidades Autónomas entre esposos bien avenidos.

Respecto de la condición potestativa positiva de hechos pasados, que tiene, a mi criterio, mucho futuro, cabe destacar que habrá desde el principio un llamamiento definitivamente eficaz o ineficaz y, por tanto, ha de conocer el interesado la existencia de la condición para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento.

Se trata de una condición impropia, pues no existe, en este supuesto, período de pendencia de la condición.

El Código Civil no se refiere expresamente a estas condiciones, pero de algunos preceptos podemos extraer la posibilidad de su existencia. Como hemos visto, se trata de una condición potestativa positiva. Tales condiciones, en principio y por lo general, deben cumplirse después de la muerte del testador, como afirma el artículo 795,1.º; no obstante, se exceptúa el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse, como dice el propio artículo 795 en su párrafo 2.º. Luego, es posible su cumplimiento antes de la muerte del causante, y "cuidar" de una persona que ha fallecido es un modelo acabado de condición cumplida (o incumplida) que no puede reiterarse.

Además, podemos ampararnos en el artículo 1113 CC, que define la condición como suceso futuro e incierto, o suceso pasado que los interesados ignoren.

Para el caso de los herederos condicionales, el artículo 796 CC sienta una regla especial: si el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida; si lo sabía, solo se tendrá por cumplida si no puede existir o cumplirse de nuevo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado admiten este tipo de condiciones.

Por otra parte, es preocupación de los notarios lograr que esta condición se redacte de la forma más correcta posible, para evitar dudas y confusiones, como las que sucedieron en los supuestos de hecho que han llegado a nuestro Tribunal Supremo. Así, debe aparecer claramente si se trata de una condición suspensiva o de un modo, aclarar las consecuencias de un posible incumplimiento, sea este imputable

o no al obligado y de no serlo prever acontecimientos que imposibilitan el cumplimiento, tales como que el cuidador fallezca antes que el testador/a, que al cuidador le sobrevengan circunstancias personales o familiares que le imposibiliten seguir atendiendo al testador/a después de haber estado prestando cuidados durante mucho tiempo, que el cuidador ignore la obligación impuesta. Además, sería conveniente que el testador expresara qué entiende por cuidados y atenciones y cuándo deben comenzar a prestarse, si de forma inmediata, en cuanto lo precise, esté sano o enfermo o si solamente han de prestarse en el supuesto de que no pueda valerse por sí mismo y, además, decirnos cómo han de prestarse tales cuidados (1).

La previsión de cuidar al testador/a puede concebirse como condición o como modo. No obstante, GORDILLO considera que nunca podrá ser una institución modal, ya que "el modo implica, siempre, una actividad del sujeto a realizar después de la muerte del causante".

Sin embargo, como opina ALBALADEJO, nada obsta para considerar que el modo consista en una obligación a cumplir en vida del causante, porque siendo la esencia del modo una obligación impuesta al instituido, no se ve que sea impedimento para el mismo el hecho de que tal obligación verse sobre una conducta a observar en vida del testador (2).

En este orden de ideas, los Tribunales admiten que esta obligación impuesta por el causante se considere tanto condicional como modal.

Así, la referida sentencia de 15 de septiembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia considera modo y no condición la disposición de la testadora en virtud de la cual ordenaba a las herederas que la cuidaran y le prestaran toda la asistencia que necesitase hasta su fallecimiento, afirmando que resulta ocioso "entrar en disquisiciones jurídicas sobre la naturaleza –condición o carga modal– de la disposición testamentaria cuestionada al ser determinante el cumplimiento de ésta".

---

(1) ESPIÑEIRA SOTO, I.: "Institución jurídica empleada: Institución de heredero u ordenación de legado bajo la condición de cuidar al testador-otorgante", Aula Social, Objetivo: proteger a nuestros mayores, www.notariosyregistradores.com.

(2) ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Comentario a los artículos 797 y 798 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2, Madrid, 1984, p. 496.

Realmente, si la condición o el modo se cumplieron efectivamente antes de la muerte del causante, no hay mayor problema, la institución de heredero nacerá pura y da exactamente igual que la califiquemos de condicional o modal.

No obstante, si no se cumplió, hay diferencias importantes, si calificamos la disposición testamentaria de condición suspensiva el llamado no será nunca heredero, en cambio si la calificamos de modo, el heredero entrará en posesión de los bienes hereditarios, será imposible que cumpla el modo, entonces los legitimados para ello tienen tres opciones: a) exigirle una indemnización de daños y perjuicios; b) solicitarle que devuelva la herencia; c) simplemente dejarle que disfrute de los bienes hereditarios sin imponerle ninguna sanción, ya que si la partición está legalmente hecha entre los coherederos o por el contador-partidor testamentario o por árbitro, considero que es perfectamente válida, aunque el modo haya resultado incumplido, y el registrador de la propiedad, por ejemplo, tendrá que inscribir los inmuebles adjudicados al heredero *sub modo*, sin exigir que se demuestre el cumplimiento del mismo. Incluso si la partición es judicial, considero que el contador-partidor designado, conforme al artículo 784 de la LEC, no podrá exigir la prueba del cumplimiento del modo si los interesados no la solicitan, las operaciones divisorias se pueden aprobar sin este requisito y si los interesados no están conformes con la partición realizada por el contador-partidor, el juez oirá a las partes y ordenará practicar, exclusivamente, las pruebas que propongan y no otras (conforme a lo dispuesto en el art. 787 LEC).

III. OTRA CONDICIÓN SENSATA PROPUESTA POR LOS NOTARIOS

Los notarios también han mostrado su preocupación por el testamento a favor de los hijos que ingresan en una Orden Religiosa, ante el temor de que renuncien a la herencia a favor de sus hermanos o la donen a la Orden Religiosa a la que pertenecen y, después, pierdan la vocación, salgan de la Orden y se encuentren sin medios económicos para subsistir.

El problema se soluciona mediante un fidecomiso condicional, se deja al religioso su legítima estricta y los demás hijos el tercio de mejora y de libre disposición, con la condición de entregar al hermano una parte de esa porción si abandona el convento.

A tales condiciones pueden añadirse otras que la práctica notarial considere oportunas, de conformidad con las necesidades y aspiraciones de los testadores de nuestros días.

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 9/2010, DE 27 DE ABRIL

Por otra parte, existe una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de abril de 2010, sentencia 9/2010, de enorme interés, que trata también de una institución condicional, dado que lo en ella resuelto puede influir en los diversos aspectos sobre el particular.

Se trata de una curiosa condición que nace válida pero que se convierte en ilícita a la luz de los principios constitucionales.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional evita, una vez más, pronunciarse sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares, respetándolos, pero por otras razones.

Respecto de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares cabe recordar aquí las conocidas tesis de la doctrina alemana, recogida por CLEMENTE MEORO: a) La llamada teoría de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*), cuya primera versión, la llamada "eficacia inmediata" (*unmiltelbare Drittwirkung*), mantiene que los particulares tienen en sus relaciones con otros particulares los mismos derechos, cargas y obligaciones que los poderes públicos; b) La segunda versión, la de la eficacia mediata (*mittelbare Drittwirkung),* que es la que ha triunfado en la jurisprudencia constitucional alemana, considera que el sistema establecido por la Constitución informa el Derecho Privado, de la misma manera que lo hace respecto del resto del ordenamiento jurídico, lo que significa que debe ser respetado por el legislador y también por la interpretación judicial de las normas, en especial a través de la interpretación de las cláusulas generales ("orden público", "moral", "buena fe", "buenas costumbres") (3).

(3) CLEMENTE MEORO, M.: "Los aprovechamientos de pesca en la Albufera de Valencia", en *Curso de Derecho Civil Valenciano,* coord. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., Valencia, 2000, p. 338.

Esta sentencia parece inclinarse decididamente por la segunda tesis.

Dicha sentencia se dicta para resolver el recurso de amparo contra otra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cataluña.

En resumen, los hechos fueron los siguientes: el asunto trae causa de un testamento ológrafo del año 1927, donde se establecía una sustitución fideicomisaria, siendo los destinatarios finales de los bienes los descendientes "legítimos" de los hijos del causante (en realidad la cláusula testamentaria fue más complicada, pero a los efectos que aquí interesan se puede simplificar).

Uno de los hijos del causante tenía dos hijas adoptivas, que no fueron consideradas "legítimas" por los Tribunales de Justicia ordinarios y, en consecuencia, excluidas de la sucesión.

En su demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional las hijas adoptivas alegan que la sentencia impugnada ha vulnerado su derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 CE, precepto que se encontraba vigente al producirse el llamamiento de los sucesivos herederos fideicomisarios.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende que la expresión "hijos legítimos" empleada por el testador ha de referirse al momento del otorgamiento del testamento o del fallecimiento del causante, de modo tal que en aquella fecha la expresión hijos legítimos no comprendería a los adoptivos. Las recurrentes entendieron que esta expresión debe referirse al tiempo del llamamiento de los fideicomisarios.

El Tribunal Constitucional afirma que no ha sido el causante quien discriminó a sus descendientes, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de su jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio como el relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el artículo 14 CE en relación con el artículo 39.2 CE. A este resultado se llega por aplicación de la doctrina constitucional, en virtud de la cual los órganos judiciales no pueden vulnerar el artículo 14 CE cuando interpretan las normas jurídicas con un criterio que produzca "el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada".

Por otra parte, el problema de eventual aplicación retroactiva de la Constitución se resuelve considerando que el órgano judicial debe tener en cuenta el momento en el cual tiene eficacia la disposición testamentaria, que es cuando se ha de enjuiciar la condición impuesta por el testador. Se sienta, así, doctrina respecto de todas las sustituciones fideicomisarias condicionales o a término y a todas las instituciones condicionales en las cuales la eficacia de la atribución sea posterior a la Constitución Española, con lo cual queda en entredicho, una vez más, el efecto retroactivo de la condición, que, como veremos, es muy relativo y del que el Tribunal Constitucional no se ocupa expresamente pero es consecuencia lógica de su pronunciamiento al respecto.

V. CONDICIÓN RESOLUTORIA

Doy por sobradamente conocidas las modalidades de la institución de heredero y dado que en nuestro Código posee una singular relevancia la distinción entre condición suspensiva y resolutoria, el estudio de las condiciones debe hacerse tratando de seguir las huellas de esta dualidad de regímenes jurídicos (4).

Trataremos aquí de ciertos aspectos relativos a la condición resolutoria.

En el Derecho Romano, según la regla *"semel heres, semper heres"*, la institución de heredero no podía hacerse sino en forma pura o sometida a condición suspensiva, pues en este último caso, cumplida la condición, sus efectos se retrotraían al momento de la muerte del causante, entendiéndose que el heredero condicional había sido siempre heredero; si la condición no se cumplía, el heredero condicional no había sido nunca heredero. La condición resolutoria y el término no eran admisibles por contradecir aquel principio, aunque su inclusión en el testamento no anulaba la disposición, sino que se tenía por no puesta.

El Código Civil admite tanto la condición suspensiva como la resolutoria y el término inicial y final, como resulta de los artículos 790, 791 y 805 y, aunque regula solo expresamente la institución de here-

(4) Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1983, p. 542.

dero o legatario bajo condición suspensiva, dado que no existe ninguna previsión especial que prohíba la institución bajo condición resolutoria y las obligaciones pueden estar sometidas a este tipo de condiciones, la institución de heredero puede, igualmente, estar sometida a condición resolutoria, lo que sucede muchas veces en la práctica, normalmente bajo la forma de sustitución fideicomisaria.

No obstante, VALLET DE GOYTISOLO, en minoría absoluta, considera que no es posible heredar bajo condición resolutoria, afirmando que quien hereda no puede dejar de ser heredero de su causante, porque no puede dejar de haberle heredado. Ha llegado a decir que "La condición resolutoria supondría la posibilidad de retroacción del fenómeno sucesorio; es decir: vuelta al *universum ius* del difunto, regreso más difícil si cabe que el parto al claustro materno" (5).

No estoy, en absoluto, de acuerdo con esta tesis minoritaria de VALLET, que conduciría a una negación de la sustitución fideicomisaria condicional, no prohibida en ningún lugar. En efecto, las sustituciones fideicomisarias tienen que ser, necesariamente, condicionales o a término. Cuando son condicionales, la condición funciona como resolutoria para el fiduciario y como suspensiva para el fideicomisario.

Siendo esto así, y aunque será raro encontrar condiciones resolutorias no enmarcadas en la sustitución fideicomisaria, no es imposible que existan y sean válidas. Respecto del pago de deudas, cobro de créditos, frutos, mejoras, etc., se aplicarán las reglas de la sustitución fideicomisaria por analogía, como sostiene CAPILLA (6), con buen criterio, a juicio de la concursante, aunque esta tesis impida la retroacción total, que no puede producirse porque el Derecho, por mucho que quiera, no puede borrar todo lo realmente sucedido en el período de pendencia de la condición.

VALLET DE GOYTISOLO suele ofrecer, a veces, una interpretación excesivamente romanista de los preceptos sucesorios de nuestro Código Civil, complicando innecesariamente nuestro Derecho Sucesorio, ya de por sí complejo. No rige en nuestro sistema el principio *semel heres, semper*

(5) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. I, Madrid, 1980, p. 214.

(6) CAPILLA RONCERO, F.: "El contenido del testamento. La designación del favorecido", en *Derecho de Sucesiones*, VVAA, coord. F. CAPILLA, Valencia, 1999, pp. 172 y 173.

heres, por tanto, el que ha sido heredero puede dejar de serlo, asumiendo, como es lógico, las obligaciones que contrajo siendo heredero.

Recordemos, además, que los artículos 797 y 800 CC tienen previsto el supuesto de un heredero que debe devolver la herencia con sus frutos e intereses.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado admiten la condición resolutoria. Así, la STS de 17 de marzo de 1966, entre otras.

VI. PREVENCIONES PARA DIVERSOS TIPOS DE CONDICIONES

A) INTRODUCCIÓN

De todos modos, clasificación de las condiciones puede hacerse con arreglo a criterios muy diferentes.

La clasificación entre condiciones suspensivas y resolutorias es fundamental. No obstante, algunos tipos de condiciones, clasificadas desde otra perspectiva, son también objeto de regulación específica en Derecho sucesorio.

Lo prevenido para ciertas condiciones afecta tanto a las suspensivas como a las resolutorias. Aclaración que realizamos por lo siguiente: dado que el Código solamente regula de forma expresa la institución de heredero bajo condición suspensiva, algún autor entendió que para las resolutorias tendríamos que acudir directamente a lo estipulado en materia de obligaciones, ya que nada se dice respecto de ellas en la sección especial que el Código dedica a esta cuestión. Pero el Tribunal Supremo, con indudable acierto, ha aclarado el sentido del artículo 791 CC, afirmando que las especialidades en materia de sucesiones se aplican también a la condición resolutoria (puede verse al respecto la STS de 10 de febrero de 1986, entre otras).

B) CONDICIONES IMPOSIBLES O ILÍCITAS

1. Previsión general

Las condiciones imposibles o ilícitas se tendrán por no puestas (art. 792 CC). La norma (el art. 792 CC) es imperativa, pues da exactamente igual lo que diga el testador.

Estas condiciones producen la nulidad parcial del testamento, que alcanza a la concreta condición, pero no provoca la nulidad total del testamento, ni, por tanto, afecta a la institución de heredero ni al nombramiento de legatarios (7).

En sede de obligaciones el Código sienta una regla distinta: según el artículo 1116 CC este tipo de condiciones anularán la obligación que de ellas dependa, salvo la condición de no hacer una cosa imposible, que se tendrá por no puesta (pues parece claro que se quiso establecer una obligación pura).

Esta divergencia se explica acudiendo a los antecedentes históricos. Al parecer, la regla se remonta al Derecho Romano, en el que era sostenido el criterio del artículo 792 por los sabinianos contra los proculeyanos, quienes mantenían la nulidad. Triunfó la primera opinión, pero el propio Gayo no encontraba razón suficiente para la diferencia establecida (8).

Acaso, como dice MONTÉS, se trata de un beneficio hacia las disposiciones de última voluntad, que parte de la idea de favorecer la conservación de un negocio que ya es irrepetible (9).

En otro orden de ideas, hay un género de condiciones, llamadas "perplejas", en realidad absurdas, que contienen elementos contradictorios o de imposible inteligencia. Si tales condiciones son simplemente oscuras, se procurará averiguar su sentido por las reglas de la interpretación, si son realmente "perplejas", es decir, verdaderamente contradictorias o ininteligibles, se tendrán por no puestas, como imposibles.

2. La condición de contraer o no contraer matrimonio

La condición de contraer o no matrimonio merece una investigación completa, dedicada exclusivamente a ella, por lo que he decidido prescindir aquí de un análisis detallado.

No obstante, considero que, en la actualidad, tales condiciones son ilícitas, pues suponen una coacción inadmisible, un soborno, para

(7) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Comentario al artículo 792 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, t. 4, Libro III, 2.ª ed., Barcelona, 2006, p. 764.

(8) MONTÉS PENADÉS, V. L.: ob. cit., p. 1065.

(9) MONTÉS PENADÉS, V. L.: ob. cit., p. 1065.

limitar la libertad de contraer matrimonio, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, entre otras.

Tales derechos, constitucionalmente reconocidos, conforman el orden público, límite a la autonomía de la voluntad.

No ignoro que existe una sentencia del Tribunal Constitucional de 1982 que admite la condición de "casarse con un noble", pero de esa fecha hasta nuestros días ha pasado mucho tiempo, la versión legislativa y social sobre el matrimonio ha cambiado radicalmente.

VII. CONDICIÓN SUSPENSIVA POTESTATIVA NEGATIVA

Aunque tampoco voy a detenerme aquí en el estudio de las condiciones potestativas casuales o mixtas y su cumplimiento, considero de interés realizar una breve referencia a la condición suspensiva potestativa negativa.

El artículo 800 CC establece: "*Si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán o no darán lo que fue prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos e intereses.*"

La razón del precepto estriba en que no podremos saber hasta la muerte del favorecido si cumplirá o no la condición, por lo tanto, sin la prevención del artículo 800 CC nunca sería heredero.

La condición suspensiva potestativa negativa funciona como resolutoria positiva *sui generis*: el evento condicionante negativo se convierte en un hecho positivo (contravenir la prohibición del testador), el heredero adquiere la herencia, pero si realiza la conducta prohibida, su derecho se resuelve, con efectos retroactivos (retroacción dudosa, por lo demás, como veremos, respecto de la condición resolutoria normal).

Además, deberá prestar fianza para la hipótesis de contravenir lo dispuesto por el testador.

Es opinión común que el artículo 800 CC recoge la llamada "caución Muciana" del Derecho Romano. La figura es, por tanto, para la condición suspensiva, ya que en Derecho Romano no era admisible la condición resolutoria.

Algún autor, como TORRALBA (10), por ejemplo, entiende que el precepto literalmente no impide que se pueda aplicar, también, a todas las condiciones resolutorias, incluso la redacción final del mismo da pie para fundamentar dicha solución.

Según esta tesis, el artículo 800 CC sería aplicable a todas las condiciones resolutorias y no solamente a las resolutorias potestativas, pues en otro caso quedaría sin resolver la regulación de las demás condiciones resolutorias.

No obstante, creo que a las condiciones resolutorias no se les debe aplicar el artículo 800, sino las reglas relativas al fiduciario, como ya he afirmado.

Volviendo a la condición suspensiva potestativa negativa, que es a la que el artículo 800 se refiere expresamente, y respecto de la devolución de los frutos e intereses, que es una consecuencia de la retroactividad de la condición, el heredero que devuelva la herencia puede compensar los gastos necesarios con los frutos e intereses percibidos.

Si el heredero se niega a entregar la fianza, se pondrá la herencia en administración, según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 801 CC (11), tanto si se trata de una condición resolutoria como si se trata de una condición suspensiva potestativa negativa. En este último caso, como opina CAPILLA, parece razonable considerar excluido, entonces, al designado bajo condición como posible administrador, no aplicándose el artículo 803,1, pues ya tuvo la oportunidad de hacerse con los bienes (y no como mero administrador) prestando fianza, y no lo hizo (12).

A pesar de lo expuesto, considero que si bien el heredero bajo condición suspensiva potestativa negativa tiene que devolver frutos e intereses, porque si la condición se cumple nunca será heredero, con efectos retroactivos; en cambio, el heredero instituido bajo condición resolutoria fue heredero y considero que debe ser tratado como poseedor de buena fe, haciendo suyos frutos e intereses hasta

(10) TORRALBA SORIANO, V.: ob. cit., p. 1954.

(11) ALBALADEJO GARCÍA, M.: ob. cit., p. 518; TORRALBA SORIANO, V., ob. cit., p. 1956.

(12) CAPILLA RONCERO, F.: "El contenido del testamento. La designación del favorecido", *Derecho de Sucesiones*, VVAA, coord. F. CAPILLA, A. M. LÓPEZ, M.ª R. VALPUESTA, V. L. MONTÉS, Valencia, p. 166.

que la condición se cumpla, de otro modo no veo qué interés puede tener una titularidad claudicante, que, como heredero, le ocasionará gastos y molestias, pues debe pagar las deudas de la herencia, pagar los legados, poseer los bienes hereditarios con la diligencia de quien sabe que puede verse obligado a restituir. Francamente, me parece excesivo que, además, tenga que devolver frutos e intereses desde el momento de la apertura de la sucesión.

VIII. CONDICIONES MÚLTIPLES

Parece de interés realizar una breve referencia a las condiciones múltiples.

El testador puede poner varias condiciones al heredero, como advierten Las Partidas, que solucionan la cuestión dando por cumplida la condición si se cumple una de ellas, cuando son alternativas, como demuestra su ejemplo en la que el testador utiliza la partícula "o" (13).

Tal solución puede aplicarse a nuestro Derecho, porque es totalmente lógica.

Pero, el testador puede imponer también diversas condiciones suspensivas acumulativas, de forma que el heredero tenga que cumplirlas todas, antes de entrar en posesión de la herencia.

Respecto de las condiciones resolutorias acumulativas cabe pensar que el heredero no dejará de serlo hasta que se cumpla la última de ellas, pues carece de buen sentido hacerle abandonar la herencia antes.

En sede de contratos, RDGRN de 4 de diciembre de 2010, publicada en el BOE el 11 de enero de 2011, admite la inscripción de una compraventa en la cual el pago del precio aplazado funciona, a la vez, como condición suspensiva y resolutoria expresa. La condición suspensiva se refiere a la transmisión del derecho real de propiedad

(13) SEXTA PARTIDA, Título III, Ley XIII, ob. cit., p. 59, "E las condiciones pueden ser puestas departidamente en esta manera, como si dixesse el testador: Establezco por mi heredero a fulano, si diere cient maravadis por mi alma, o si finiere tal Eglesia o tal Monasterio. Entonzes decimos, que abonda para valer tal establecimiento, si el heredero cumple alguna de ellas".

(reserva de dominio), la resolutoria se refiere al contrato, es decir, a los efectos obligacionales surgidos del mismo.

Más complicado resulta que el testador imponga al mismo heredero, y a la vez, una condición suspensiva y otra resolutoria, porque como heredero bajo condición resolutoria entraría en posesión de los bienes de la herencia hasta que la condición se cumpla, lo que parece incompatible con el mecanismo de la condición suspensiva. Tal combinación conduce a una condición imposible, por lo que debemos tenerla por no puesta.

También podemos hablar de condición múltiple, esta vez desde el punto de vista subjetivo, como advierten nuevamente Las Partidas, si son varios herederos y se les impone a todos la misma condición (14). En este caso habremos de distinguir a su vez las llamadas condiciones divisibles e indivisibles (15). Serán divisibles si pueden ser cumplidas por varios sujetos, actuando con independencia unos de otros, se refieren a supuestos o eventos que por su naturaleza o por la Ley o por disposición del testador pueden realizarse por partes. Condición indivisible es la que debe cumplirse por todos los herederos sometidos a la misma.

De ser divisible y tratarse de una condición suspensiva, será heredero el que cumpla la condición; si es resolutoria dejará de ser heredero el que quede afectado por el cumplimiento de la condición, los demás seguirán siendo herederos y la parte del que tuvo que dejar la herencia acrecerá a los restantes solo si entre ellos existe derecho de acrecer.

IX. CONDICIÓN SUSPENSIVA

A) INTRODUCCIÓN

Respecto de la condición suspensiva voy a referirme solamente a algunos aspectos relativos a la administración de los bienes hereditarios, durante el período de pendencia de la condición, y a la partición provisional.

(14) SEXTA PARTIDA, Título III, Ley XI, ob. cit., p. 56.
(15) MONTÉS PENADÉS, V. L.: ob. cit., p. 1006.

B) ADMINISTRACIÓN

Mientras la condición está pendiente se pone la herencia en administración, según dispone el artículo 801: *"Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse."*

La puesta de los bienes en administración persigue otorgar una garantía a los interesados cuando sus derechos penden del cumplimiento de una condición. No obstante, el causante puede ordenar que la herencia condicional se entregue al heredero y que este, sin tener que dar más garantías, la entregue al otro si es que no le corresponde (16).

Los bienes en administración comprenderán toda la herencia si el heredero condicional es heredero único, supuesto que será excepcional en la práctica; comprenderá la cuota del heredero, si existen coherederos, mientras la herencia esté indivisa, y la porción de bienes que se adjudiquen provisionalmente al heredero condicional en la partición provisional, solicitada por los restantes coherederos.

La administración se confiará por el orden preferencial establecido en los artículos 802 y 803 CC.

Resulta sorprendente que no se le otorgue el primer puesto al sustituto vulgar, si lo hubiera, pese a que si no se cumple la condición, será el que adquirirá la herencia o legado en primer lugar.

LACRUZ considera que la preferencia del coheredero o coherederos con derecho de acrecer, por encima incluso que el sustituto, cuyo derecho es preferente, se debe a que tales coherederos poseen ya el resto de la herencia, con lo cual se evita disparidad de criterios respecto de la posesión de los bienes hereditarios (17).

Considero que la verdadera razón de la preferencia de los coherederos con derecho de acrecer radica en el hecho de que el sustituto está también sometido a condición: si la condición se cumple, no será heredero nunca; si la condición no se cumple, será heredero desde el momento de apertura de la sucesión. En cambio, si aceptamos la doctrina moderna respecto del acrecimiento, se trata de una vocación solidaria, incumplida la condición, los coherederos con

(16) ALBALADEJO, M.: "La institución de heredero", *Discurso...*, ob. cit., p. 98.

(17) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, ob. cit., p. 277.

derecho de acreer recibirán la parte del heredero condicional sin necesidad de una nueva aceptación.

El administrador deberá pagar las deudas hereditarias correspondientes al que, finalmente, será heredero. El problema consiste en establecer si podrá vender bienes hereditarios a tal fin. Desde luego, los acreedores podrán embargar los bienes hereditarios que estimen conveniente, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo esto así, no se ve mayor inconveniente para que el administrador, en el ejercicio de una correcta administración, solicite el permiso de los interesados para vender bienes hereditarios al objeto de pagar las deudas de la herencia y que de no obtener tal permiso solicite la autorización judicial, como en caso del fideicomiso.

Cabe ampararse en el artículo 186 CC, por la remisión que efectúa el artículo 804 CC a la administración de los bienes del ausente, que permite la disposición de tales bienes en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida.

Ahora bien, a pesar de que sea de aplicación el artículo 186 CC, aquí no hay ningún ausente, por lo que no habrá ninguna necesidad de acudir al juez si todos los interesados están de acuerdo en vender o gravar los bienes de la herencia para pagar a los acreedores.

Por otra parte, la doctrina entiende que el administrador está obligado a hacer inventario de los bienes muebles y describir los inmuebles, pero esta opinión debe matizarse. Si se trata de bienes concretos, como parece, resulta que eso supone el haber realizado una partición previa y por lo tanto no debe hacerse ningún inventario, ni describir nada, porque tales operaciones ya están hechas cuando el administrador recibe los bienes adjudicados al heredero condicional, en la partición provisional, que ahora veremos.

C) PARTICIÓN

Los herederos sometidos a condición suspensiva no podrán pedir la partición de la herencia mientras la condición no se cumpla, pues su derecho se encuentra expectante. Sin embargo, según establece el artículo 1054 del CC, los demás coherederos sí podrán llevar adelante la partición, siempre que aseguren competentemente el derecho del heredero condicional.

Ese "aseguramiento" se ha venido entendiendo por parte de la doctrina como la necesidad de afianzar el importe de la obligación en suspenso, teniendo en cuenta que se trata de una partición provisional en tanto no se acredite fehacientemente que la condición no podrá cumplirse o que no ha sido cumplida.

Considero que afianzar el importe de la cuota del heredero condicional no es bastante. Una cosa es solicitar la partición y otra participar en la misma cuando la pidan los restantes coherederos. Así, si la partición se realiza entre los coherederos, el heredero condicional, aunque no es nadie, por el momento, en la sucesión, tiene derecho a participar y exigir que se guarde la posible igualdad y se incluyan en su lote bienes de la misma naturaleza, calidad o especie que a los demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 1061 CC.

Como afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, DE LA CÁMARA, y GÓMEZ SALVAGO, parece lo más razonable que se reparta el caudal hereditario contando con la intervención del sometido a condición suspensiva, y considerar que la partición es firme para los herederos puros y provisional para el llamado bajo condición.

Desde el punto de vista del heredero condicional, considero que se deben adjudicar los bienes correspondientes a su cuota, aunque sea de forma provisional. Esos bienes se pondrán en administración, tal administración no tendría ningún sentido si no se adjudicaran bienes concretos, de forma condicional, al heredero; la administración no puede reducirse a una fianza. En suma: el administrador tiene que tener algo que poder administrar (18).

---

(18) En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, ob. cit., p. 572, afirman que "No es fácil la inteligencia de este precepto (el art. 1054 CC), pues puede interpretarse como si hablase de una partición sólo entre los coherederos puros, aunque sometida al evento de que la condición impuesta al heredero condicional no se cumpla (en ello consistiría el aseguramiento de su derecho), o de una partición realizada con el heredero condicional, que estaría representado a estos efectos por el administrador de su herencia. No parece viable la primera tesis, puesto que carecerían de sentido las normas sobre la administración de la herencia que se imponen en la institución bajo condición suspensiva haya un heredero o varios coherederos (*vid.* art. 803); el administrador nada tendría que administrar. En cambio, con la segunda tesis, administraría la parte que se le ha adjudicado al coheredero condicional, y en ello consistiría el aseguramiento de su derecho. La provisionalidad en estas circunstancias supone que dicha adjudicación

En suma, la partición provisional solamente tiene lugar respecto del heredero condicional y firme respecto de los herederos puros. Esta solución parece contradecir el tenor literal del artículo 1054 CC, que parece referirse a la provisionalidad de la totalidad de la partición. No obstante, una interpretación pegada a la letra del precepto supondría, por un lado, imponer una limitación injustificada respecto de los herederos puros, además iría contra el principio de mantenimiento de las particiones, no parece razonable que en el caso de incumplimiento de la condición se deba practicar una nueva partición, con los gastos y trastornos que acarrea (19).

A todo ello puede añadirse que si la partición fuera provisional para los herederos puros tal partición estaría sometida a una especie de condición resolutoria, pues se cumpla o no la condición, cuando termine el período de pendencia, deberían aportar de nuevo todos los bienes adjudicados a la masa del caudal hereditario partible, lo que significa que no podrían disponer de tales bienes y deberían conservarlos convenientemente. Todo ello carece de buen sentido, los herederos puros no están sometidos a ninguna condición y carece de lógica que no puedan convertirse en lo que son: herederos puros, con derecho a disfrutar y disponer libremente de los bienes hereditarios que les sean adjudicados en la partición.

Otra cuestión es la relativa a los efectos de la partición provisional correspondiente al heredero condicional.

---

queda sin efecto si la condición no se realiza, y deben producirse nuevas adjudicaciones a favor de los coherederos, si tiene derecho a la parte del condicional, lo que puede suceder o no. Si no, estaríamos ante una nueva delación a favor de otro llamado, al cual no le puede vincular la partición de la totalidad de la herencia que con anterioridad se hubiese practicado".

También, GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *La partición judicial: problemas*, Valencia, 2008, p. 63.

ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, t. III, Barcelona, 1979, p. 765, sin profundizar en la cuestión afirma que el heredero instituido bajo condición suspensiva, como garantía de sus derechos, puede intervenir en la partición a fines de fiscalizarla.

(19) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Comentario a los artículos 1054 y 1055 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, direcc., PAZ-ARES, C.; DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., t. I (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, pp. 2469 a 2474.

Este, que todavía no es heredero, no adquiere la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados, como los herederos puros (cfr. art. 1068 CC). Tales bienes se entregarán al administrador quedando fuera del tráfico jurídico, porque el administrador, en principio, no tiene facultades dispositivas. Ahora bien, como acabamos de ver, considero que si están de acuerdo todos los interesados en la herencia, incluido el heredero condicional, se podrá vender algún bien adjudicado a este, por razones de necesidad o conveniencia o, en su caso, solicitar la autorización judicial para ello.

Por otra parte, los bienes inmuebles adjudicados al heredero condicional no podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad a su nombre, porque no es heredero todavía, no puede aceptar la herencia, por tanto, no puede llegar a ser heredero hasta que la condición se cumpla, ahora bien, si se le adjudica un lote de bienes, como propongo, los inmuebles no corren riesgo, ya que seguirán constando en el Registro de la Propiedad a nombre del difunto y los coherederos no podrán venderlos, ni gravarlos, hasta que la condición se cumpla o se tenga certeza de que ya no se cumplirá.

Los bienes adjudicados provisionalmente al heredero bajo condición suspensiva no provocarán, necesariamente, una nueva partición si la condición no se cumple. En efecto, tales bienes corresponderán al sustituto si lo hubiera, a los coherederos con derecho de acrecer que pueden ser uno, varios o todos. Por último, abriremos la sucesión intestada y se llamará a los herederos que lo hubieran sido en el momento de la muerte del causante, dado los efectos retroactivos de la condición suspensiva.

X. REGLAS COMUNES A LA INSTITUCIÓN BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA

A) APLICACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO DE LAS REGLAS SOBRE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

1. Introducción

El artículo 791 CC se remite a la regulación de las obligaciones condicionales respecto de lo no previsto en la sección dedicada al heredero bajo condición.

Tal aplicación resulta, en realidad, muy dudosa, dado que muy poco tienen que ver las obligaciones condicionales con la institución condicional de heredero.

En efecto, las obligaciones condicionales nacen, fundamentalmente, de un contrato, pues es difícil imaginar una obligación condicional que surja de otras fuentes. Como dice BLASCO, la condición (y en general los elementos accidentales del contrato) atiende no solo a la determinación de los efectos finales del contrato, sino también (y acaso principalmente) a una determinada y concreta composición de intereses contractuales de las partes que conforman la regla contractual en virtud de la autonomía privada (20).

Siguiendo de nuevo a BLASCO, el negocio condicional no es el resultado de la adición de una determinada cláusula condicional a un negocio considerado, sin ella, puro con la finalidad de delimitar no ya el supuesto de hecho negocial y el ámbito de vigor del contenido contractual, sino los propios efectos de la misma declaración de voluntad. Supone la composición y protección de determinados intereses contractuales de las partes y es inescindible: solamente se quiere de esa manera (21).

En suma, el contrato, tal y como lo quisieron las partes (condicional, en nuestro caso), es la norma que rige las relaciones derivadas de ese contrato, norma aceptada de común acuerdo por las partes intervinientes en el mismo, para conseguir los efectos queridos o, cuando menos, aceptados por ambas partes.

En cambio, cuando hablamos de condiciones impuestas en el testamento no hay ningún acuerdo de voluntades. El testador impone las condiciones que estime convenientes, para lograr los fines que a él, exclusivamente, interesan, le parezcan bien o mal al heredero o legatario condicional.

Baste para comprobar cuanto venimos afirmando, que, en sede de obligaciones condicionales, el artículo 1115 CC establece que la obligación condicional es nula cuando el cumplimiento de la condición depende exclusivamente de la voluntad del deudor. En cambio, en materia de sucesiones las condiciones puramente potestativas

(20) BLASCO GASCÓ, F. de P.: *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva,* Valencia, 1991, p. 18.

(21) BLASCO GASCÓ, F. de P.: ob. cit., p. 23.

impuestas al heredero o legatario no solo son válidas, son las más frecuentes.

En todo caso, trataremos de establecer aquí cuáles son las reglas que pueden aplicarse a la institución condicional.

En el análisis de la eventual aplicación de tales reglas tenemos que tener presente lo siguiente:

Si la condición es suspensiva, el heredero ocupará una posición similar a la del acreedor condicional, porque tiene la expectativa de ser heredero y convertirse en dueño de los bienes hereditarios. Por tanto, tiene derecho a defender lo que será suyo si la condición se cumple.

En cambio, si la condición es resolutoria, la posición del heredero será similar a la del deudor, puesto que debe devolver los bienes si la condición se cumple.

Como ya he señalado, las reglas de las obligaciones condicionales poco tienen que ver con las de la institución de heredero o nombramiento de legatario bajo condición, unas veces porque tales reglas son excluidas directamente mediante una regla específica en contrario y otras veces porque no estamos tratando de obligaciones, nos encontramos ante un fenómeno, el sucesorio, mucho más complejo que una sola o varias obligaciones, independientes entre sí o coligadas.

2. Pérdida, mejora o deterioro de los bienes de la herencia mientras está pendiente la condición

El artículo 1122 establece una serie de reglas respecto de las obligaciones bajo condición suspensiva de dar, para el supuesto de que la cosa se pierda, se deteriore o mejore mientras está pendiente la condición.

Conforme al artículo 1123 CC, cuando la condición resolutoria sea de dar, para el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa se aplicará al que debe hacer la restitución las disposiciones respecto al deudor contenidas en el artículo precedente.

Ambos preceptos parten de la hipótesis en la cual la condición se cumple.

1.º Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación.

El precepto se refiere tanto a la pérdida material como a la pérdida jurídica. El riesgo, por tanto, corre de cuenta del acreedor. En nuestro caso, el riesgo será para el heredero definitivo; por tanto, será para el heredero bajo condición suspensiva si la condición se cumple, para el heredero bajo condición resolutoria si la condición no se cumple o para los llamados en lugar de uno u otro si no se cumple o si se cumple la condición.

Como afirma MONTÉS al tratar de las obligaciones condicionales, el precepto no sigue la regla *res perti domino,* la imputación de riesgos se hace en base a criterios puramente obligacionales: la pérdida o deterioro fortuito lo sufre el acreedor aunque no sea propietario, porque el deudor ha cumplido la obligación de conservar que le incumbe y se libera entregando la cosa en el estado que se encuentre (22).

En nuestro caso, la persona en cuyo poder se encuentra la cosa que se pierde puede ser propietario o no. Esa persona solamente puede ocupar dos posiciones: la de propietario claudicante, si la condición es resolutoria; la de administrador, si la condición es suspensiva. Y, en ambos casos, la cosa se pierde para quien resulte ser su dueño definitivo. Luego aquí sí se cumple la regla: "las cosas perecen para su dueño".

Por otra parte, debemos tener en cuenta que el artículo 1122 CC está previsto para una condición y una obligación de dar que, en principio, comprenderá un solo objeto. En el caso de una herencia, por lo general, estará compuesta de múltiples cosas determinadas y concretas. En consecuencia, y también por lo general, el artículo 1122 CC se aplicará a ese supuesto. Es decir, pérdida parcial. Los demás bienes de la herencia no se verán afectados.

No es imposible la pérdida total, aunque sea rara en la práctica.

Aunque según este artículo la pérdida fortuita extingue la obligación, en nuestro caso se extinguirá la obligación de restitución del heredero definitivo, pero no se extinguirá su cualidad de heredero, recibirá una herencia vacía de contenido patrimonial, con los derechos y deberes inherentes a esta condición.

a) Si la condición es suspensiva y se pierde toda la herencia o parte de ella, se perderá en poder del administrador, lo que

(22) MONTÉS PENADÉS, V. L.: ob. cit., p. 1142.

evita la mayoría de los problemas interpretativos que surgen en torno a la obligación condicional.

No tiene aquí lugar la preocupación de la doctrina por la obligación correlativa en las obligaciones sinalagmáticas (23). No hay en nuestro supuesto ninguna obligación recíproca.

b) Si la condición es resolutoria, el heredero no tiene ninguna obligación de entregar a los herederos que le sustituyan los bienes hereditarios que se perdieron sin su culpa.

Por último, quienes pueden llegar a ser herederos tienen derecho, según creo, a pedir que se aseguren los bienes hereditarios, contratando con una Compañía de Seguros el riesgo de la pérdida o deterioro de los bienes. Respecto de los inmuebles, resulta que, por lo general, lo habitual (lo normal) es que se aseguren para el caso de deterioro o pérdida fortuita. Es razonable que quien tenga interés en esos bienes exija que se aseguren. La indemnización del seguro será para el heredero definitivo, las primas serán pagadas por el poseedor, entiendo, con los frutos, rentas o intereses de los bienes hereditarios y si el poseedor empleó bienes propios para pagar las primas tiene derecho a reembolso cuando deba entregar los bienes o la indemnización al heredero definitivo.

Respecto de los bienes muebles, se podrá exigir la contratación de un seguro, para el caso de pérdida o deterioro, cuando el bien mueble sea de excepcional valor y perfectamente identificable: un cuadro, una joya, por ejemplo.

2.º Si la cosa se perdió por culpa del deudor, este queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

En nuestro caso:

a) Si la condición es suspensiva, será el administrador de la herencia el que responderá de daños y perjuicios, salvo que

(23) Díez-Picazo, L.: *Fundamentos...*, ob. cit., entiende que "la aplicación del principio general aplicable a las obligaciones sinalagmáticas y el juego por analogía de la regla cuarta del artículo 1122, parece, que debe permitir el derecho de resolución del vínculo. Y ello tanto si la imposibilidad es fortuita como si la imposibilidad es culposa".

el administrador sea el propio heredero condicional, en cuyo caso responderá este.

b) Si la condición es resolutoria, el heredero que deja de serlo será quien deba indemnizar tales daños y perjuicios.

3.º Cuando la cosa se deteriore sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.

a) Si la condición es suspensiva, cuando la cosa se deteriore sin culpa del administrador, el menoscabo tendrá que soportarlo el heredero si la condición se cumple, o el llamado en su lugar si la condición no se cumple.
b) Si la condición es resolutoria, el menoscabo lo sufrirán los herederos que sustituyan al heredero condicional si la condición se cumple.

4.º Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar por la resolución de la obligación o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios en ambos casos.

En nuestro supuesto no existe semejante opción.

a) El heredero bajo condición suspensiva tendrá que aceptar o repudiar la herencia, si la acepta tendrá derecho a exigir daños y perjuicios, cuando deban entregarle los bienes hereditarios.
b) El heredero bajo condición resolutoria es quien tiene los bienes en su poder, por tanto será él a quien se pueda imputar culpa o negligencia en el cuidado de los bienes y tendrá que indemnizar daños y perjuicios al heredero que le sustituya.

5.º Si la cosa mejora por la naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden a favor del acreedor.

a) La solución es obvia. Las mejoras en las que no ha intervenido el administrador serán para el heredero bajo condición suspensiva si la condición se cumple.
b) Este tipo de mejoras serán para los herederos que sustituyan al heredero condicional si la condición suspensiva no se cumple.

c) Tales mejoras serán para el heredero bajo condición resolutoria si la condición no se cumple.
d) Serán para los llamados en lugar del heredero bajo condición resolutoria si la condición no se cumple.

6.º Si mejoran a expensas del deudor, no tendrá este otro derecho que el concedido al usufructuario.

a) Si la condición es suspensiva, como es lógico, el administrador no podrá exigir indemnización por las mejoras que realizó voluntariamente. Se aplica el artículo 487 CC: el administrador podrá hacer las mejoras útiles o de recreo que estime convenientes, con tal de que no altere la forma y la sustancia de los bienes hereditarios, pero no tendrá derecho a indemnización. Podrá, no obstante, retirar las mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento del objeto.

Podrá también compensar las mejoras con los desperfectos sufridos por los bienes de los que él debe responder, por aplicación analógica del artículo 488 CC (24).

Considero que si el heredero definitivo no desea esas mejoras, porque le resulta muy costoso su mantenimiento (por ejemplo, una piscina), podrá pedir al administrador que reponga los bienes de la herencia a su anterior estado.

b) Igualmente, estas reglas se aplicarán al heredero bajo condición resolutoria si la condición se cumple.

B) DEUDAS DE LA HERENCIA

Según la regla "antes es pagar que heredar", si la condición es suspensiva, los coherederos y/o el administrador deberán pagar las deudas y demás cargas de la herencia con los bienes pertenecientes al caudal hereditario. Considero que el heredero condicional tiene derecho a participar en la decisión sobre qué bienes concretos deben venderse para pagar a los acreedores.

(24) En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., en relación a la obligación condicional, en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1983, p. 550.

El heredero bajo condición suspensiva no estará, en modo alguno, obligado a pagar las deudas con su propio patrimonio, puesto que todavía no es heredero y no sabe si llegará a serlo.

Sin embargo, el heredero sometido a condición resolutoria es heredero hasta que la condición se cumpla y, por tanto, deberá pagar las deudas de la herencia incluso con su propio patrimonio si no aceptó a beneficio de inventario.

Por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 783 CC, relativo a las sustituciones fideicomisarias, el heredero bajo condición resolutoria podrá deducir el importe de las deudas pagadas imputándolas a bienes hereditarios. Mucho más dudoso y complejo es determinar si quien entra en posesión de los bienes de la herencia debe pagar lo que el heredero condicional pagó con sus propios bienes. Considero que si los bienes hereditarios alcanzan para pagar tales deudas, el heredero condicional tiene derecho a deducir su importe. Sin embargo, si el patrimonio hereditario es insuficiente, el segundo heredero no tiene por qué soportar el pago de deudas que excedan del caudal relicto, le bastará con aceptar a beneficio de inventario para evitar devolver al heredero condicional lo que este pagó con su propio patrimonio. Incluso podemos entender que en todo caso su aceptación es a beneficio de inventario, por aplicación analógica del artículo 1021 CC, si la posesión del heredero condicional duró más de un año.

De todas formas, no parece tener mucho sentido la aceptación por el segundo heredero cuando sea patente que los bienes de la herencia ni siquiera cubren el valor de las deudas y demás cargas de la herencia.

En suma: el heredero bajo condición resolutoria deberá pagar las deudas del causante, incluso con su propio patrimonio si no acepta a beneficio de inventario. La respetabilidad de los derechos de los acreedores reclama las debidas garantías, luego podrá resarcirse mediante la reintegración que corresponde al heredero que le sustituya. El problema es que, ante la falta de activo hereditario y exceso de pasivo, el llamado a ocupar el lugar del heredero que debe dejar la herencia no quiera aceptar y tengamos que llamar al siguiente, en el orden sucesorio, y al siguiente... hasta llegar al último heredero intestado, que es el Estado o la Comunidad Autónoma correspondiente, en cuyo caso la herencia se considerará aceptada a beneficio de inventario, por disposición de la Ley, y el heredero que pagó deu-

das con sus propios bienes, siendo el patrimonio hereditario insuficiente, no podrá recobrar la parte que excedió del caudal relicto.

Supuesto distinto es el del heredero que paga las deudas hereditarias con sus propios bienes, habiendo activo suficiente en la herencia para pagarlas. En tal caso, el heredero que le sustituye en el goce de los bienes hereditarios debe devolverle todo lo que pagó, ya sea con bienes de la herencia o con sus propios bienes, si lo prefiere, por las razones que considere oportunas o mejor aún, el heredero saliente puede deducirlas antes de entregar la herencia.

C) ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA POR LOS ACREEDORES DEL HEREDERO

Podemos plantearnos también una situación rocambolesca: el heredero condicional no acepta la herencia porque su pasivo es muy inferior al activo y la herencia no le basta para pagar a sus propios acreedores.

Según la regla general, los acreedores pueden pedir al juez que les autorice a aceptar la herencia, en nombre del heredero, si este repudia la herencia en su perjuicio. Conforme al artículo 1001 CC: "*La acción solo aprovechará a los acreedores en cuanto baste para cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiera, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en el Código (art. 1001 CC)*".

Cuando existe un heredero condicional, esta facultad de los acreedores plantea problemas.

Si el heredero está sometido a condición suspensiva, hasta que la condición se cumpla, no puede aceptar o repudiar la herencia. Luego sus acreedores tendrán que esperar al cumplimiento de la condición. Cuando la condición sea potestativa, el heredero con muchas deudas, a quien no compense quedarse con el exceso, si lo hubiere, no tendrá ningún interés en cumplir la condición. Es más que dudoso que los acreedores del heredero puedan cumplir por él, aunque la condición potestativa no sea personalísima o que puedan obligar al heredero a cumplirla.

Si la condición es resolutoria, los acreedores pueden aceptar en nombre del heredero, pero adquirirán una herencia resoluble, de cumplirse la condición la tendrán que devolver. También aquí el

heredero puede dejar a sus acreedores sin nada, cumpliendo la condición que implica el retorno de bienes, cuando tenga la posibilidad de hacerlo. Puede pensarse que los acreedores, en este caso, pueden utilizar la acción rescisoria del artículo 1259 CC, pero esta posibilidad no parece clara: ¿Qué es lo que pueden rescindir? Si la condición es potestativa el heredero es muy libre de cumplirla o no.

Además de las dificultades que tiene la prueba de la intención deliberada del heredero de perjudicar a sus propios acreedores, no acabo de ver cómo podrán defenderse, ellos no están legitimados, en principio, para exigir el cumplimiento de la condición.

XI. INSCRIPCIÓN DE LOS BIENES SUJETOS A CONDICIÓN

A) CONDICIÓN SUSPENSIVA

Aquí trataremos de establecer si los bienes hereditarios pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del heredero condicional.

Antes de la partición, el heredero bajo condición suspensiva no podrá pedir la anotación del derecho hereditario en abstracto (cfr. art. 42, 6.º LH), porque todavía no es heredero y no tiene ningún derecho, ni abstracto ni concreto; el heredero bajo condición resolutoria sí podrá pedir tal anotación, pues es heredero desde el momento de la muerte del causante.

En cuanto al derecho hereditario concreto, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y otros sostienen que el heredero instituido bajo condición suspensiva puede inscribir los bienes hereditarios a su favor, aunque mientras la condición se halle pendiente no haya aún el heredero adquirido los bienes (art. 23 de la Ley Hipotecaria) (25).

No estoy de acuerdo con esta tesis, creo que los bienes adjudicados al heredero bajo condición suspensiva no se pueden inscribir a

(25) ROCA SASTRE, R. M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ I XIRGO, J.: *Derecho Hipotecario*, t. VI, 9.ª ed., Barcelona, 2009, p. 451.

El artículo 23 LH dice: "El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por medio de una nueva inscripción, a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse".

su nombre, porque todavía no es heredero. Los mismos autores citados se contradicen, sosteniendo en otro lugar, de la misma obra, que la inscripción de la adquisición *mortis causa* bajo condición suspensiva no es importante, ya que estas quedan fuera del tráfico jurídico inmobiliario (26).

Avala esta solución la reforma del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, producida por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que eliminó la posibilidad de inscribir los bienes a nombre del fideicomisario condicional.

El artículo 82 del Reglamento Hipotecario de 1947 establecía que "en los fideicomisos el fiduciario y los fideicomisarios, si fueran conocidos, podrán obtener la inscripción de sus respectivos derechos". Tal artículo fue criticado, como explican el propio ROCA-SASTRE MUNCUNILL (y otros), porque tanto el fiduciario como el fideicomisario podían inscribir su derecho, "como si ambos derechos o posiciones jurídicas fuesen idénticas, cuando lo cierto es que el único y verdadero propietario de los bienes fideicometidos es el fiduciario, por cuanto el fideicomisario, en tanto penda el gravamen fideicomisario, solamente tiene una expectativa de llegar a ser propietario de los bienes fideicometidos, que en los fideicomisos condicionales, es tan incierta que propiamente no es objeto de inscripción propiamente dicha, sino de simple constancia registral de la posibilidad de llegar a ser propietario de los bienes".

En la actualidad, los bienes se inscriben exclusivamente a favor del fiduciario, por ser los titulares actuales de los bienes hereditarios, sin perjuicio de hacer constar en esta inscripción la cláusula relativa al gravamen fideicomisario.

Además, el solo hecho de solicitar la inscripción puede equivaler a aceptación tácita (27) y eso no puede hacerlo heredero bajo condición suspensiva (cfr. art. 991 CC).

Esta es la opinión de la DGRN, entre otras, la resolución de 19 de septiembre de 2002, de 22 de junio de 2005 y la de 11 de agosto de 2006.

---

(26) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.; BERNÁ I XIRGO, J.: *Derecho Hipotecario*, t. V, 9.ª ed., Barcelona, 2009, p. 515.

(27) ROCA SASTRE, R. M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.; BERNÁ I XIRGO, J.: *Derecho Hipotecario*, t. VI, 9.ª ed., ob. cit., p. 484.

B) CONDICIÓN RESOLUTORIA

Distinta es la posición del heredero bajo condición resolutoria. Este es heredero desde el momento de la muerte del causante, puede inscribir a su nombre los bienes inmuebles que se le adjudiquen, haciendo constar en el Registro el carácter claudicante de su adquisición.

Conforme al artículo 23 de la Ley Hipotecaria: el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones resolutorias de los actos inscritos se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución llega a verificarse o por una cancelación, según los casos.

Si el titular registral de un derecho sujeto a condición resolutoria hubiese otorgado actos de disposición o gravamen, una vez cumplida la condición, quedarán también extinguidos, y de haber sido inscritos procede la cancelación correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La institución de heredero bajo condición", *Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1983.

— "Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, 1983, pp. 1093-1108.

— "La institución de heredero y del legado condicional o a término", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2, Madrid, 1984, pp. 400-557.

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Comentario al artículo 1121 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, t. II, direcc. PAZ-ARES, C.; DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (MINISTERIO DE JUSTICIA), Madrid, 1991, p. 82.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J.: "La institución de heredero bajo condición", *Contestación al discurso de M. Albaladejo, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* Madrid, 1983.

BIANCA, M.: *Le successioni*, vol. 2, Milano, 2005.

BLASCO GASCÓ, F.: *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva*, Valencia, 1991.

CAPILLA RONCERO, F.: "El contenido del testamento. La designación del favorecido", en *Derecho de Sucesiones*, VVAA, coord. F. CAPILLA, A. M. LÓPEZ, M.ª R. VALPUESTA, V. L. MONTÉS, Valencia, 1992.

CAPILLA RONCERO, F.: "El contenido del testamento. La designación del favorecido", en *Derecho de Sucesiones*, VVAA, coord. F. CAPILLA, Valencia, 1999.

CLEMENTE MEORO, M.: "Los aprovechamientos de pesca en la Albufera de Valencia", *Curso de Derecho Civil Valenciano*, coord. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., Valencia, 2000, pp. 325 a 344.

DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1986.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Comentario a los artículos 1054 y 1055 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, direcc. PAZ-ARES, C.; DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., t. I (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, pp. 2469 a 2474.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2.º, 4.ª ed., Madrid, 1993.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1983.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia y Sucesiones*, 10.ª ed., Madrid, 2006.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, reimp. de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C.: *La partición judicial: problemas*, Valencia, 2008.

GORDILLO CAÑAS, A.: "Testamento: institución condicional de heredero, condición potestativa de pasado, su cumplimiento. Mejora de nieto matre viviente. Modo testamentario", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 23, abril-agosto 1990, pp. 631-641.

KIPP, T.: *Derecho de Sucesiones*, vol. II, trad. de la octava ed. alemana y estudios de comparación y adaptación a la legislación española por ROCA SASTRE, R., Barcelona, 1951.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de Sucesiones*, t. I, Barcelona, 1973.

— *Elementos de Derecho Civil*, vol. V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988.

LLEDÓ YAGÜE, F.: *Derecho de Sucesiones*, vol. II, Bilbao, 1991.

LÓPEZ FRÍAS: *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Granada, 2008.

LÓPEZ VILAS: "Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 575 y ss.

LUNA SERRANO, A.: "Disciplina del modo testamentario imposible", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXI, 1968, pp. 109-138.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "El modo testamentario y las prohibiciones de disponer", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXVII, 1974, pp. 301-338.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "De las obligaciones puras y de las condicionales", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, direcc. por M. ALBALADEJO, t. XV, vol. I, Madrid, 1989, pp. 988-1171.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "De la institución de heredero y del legado condicionales o a término", *Comentario del Código Civil*, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2.ª ed., Barcelona, 2006, pp. 760-790.

PETRELLI, G.: *La condizione*, Milano, 2000.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V., vol. 2.º, Barcelona, 1963.

ROCA SASTRE, R. M.ª: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, Barcelona, 1941.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones,* t. I, Madrid, 1989.

ROCA SASTRE, R. M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ I XIRGO, J.: *Derecho Hipotecario*, t. V, 9.ª ed., Barcelona, 2009.

— *Derecho Hipotecario*, t. VI, 9.ª ed., Barcelona, 2009.

— *Derecho Hipotecario*, t. VII, 9.ª ed., Barcelona, 2009.

— *Derecho Hipotecario*, t. VIII, 9.ª ed., Barcelona, 2009.

RODRÍGUEZ OTERO, L.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 2007.

RUBIO GIMENO, G.: "Comentario a la Sentencia de 9 de octubre de 2003: Institución modal de heredero. Incumplimiento del modo: acción interpuesta por los beneficiarios del mismo. Exigibilidad del modo. Interpretación del testamento. Atribución de los frutos al heredero que incumple", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, t. 65, 2004, pp. 761-774.

SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, Madrid, 1953.

TORRALBA SORIANO, V.: *El modo en el Derecho Civil,* Alicante, 1966.

— "De la institución de heredero y del legado condicional o a término", *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, direcc., PAZ-ARES, C.; DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., Madrid, 1991.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. I, Madrid, 1980.

— *Estudios de Derecho Sucesorio,* vol. II, Madrid, 1981.

— *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. I, *Fundamentos*, Madrid, 1982.

LA PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD EN EL TESTAMENTO BAJO-MEDIEVAL (1)

Juan Alfredo Obarrio Moreno
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Valencia

Voluntas testatoris in testamentis totum facit,
et omnino observanda est.
CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum juris.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: LA PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

1. EL TESTAMENTO CERRADO
2. PRIMERA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO EN EL QUE NO CONSTABA EL DÍA, EL MES Y EL AÑO DE SU REDACCIÓN
3. SEGUNDA DUDA: TESTAMENTO SIN LA INDICACIÓN DEL LUGAR
4. TERCERA DUDA: TESTAMENTO ESCRITO POR UN TERCERO Y SUSCRITO POR EL TESTADOR
5. CUARTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO PRIVADO REDACTADO POR UN TERCERO, EN EL QUE EL TESTADOR NO LO SUSCRIBÍA, SOLO LO RUBRICABA

(1) El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación: *Parlamentos y ciudades en la Corona de Aragón en la encrucijada de la crisis del Antiguo Régimen.* Ministerio de Ciencia e Innovación. Ref. Der 2009-09193. 2010-2011.

6. QUINTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO ESCRITO POR EL TESTADOR, PERO SIN SU POSTERIOR SUSCRIPCIÓN

7. SEXTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO EN EL QUE NO CONSTABA EL SELLO O LA PRESENCIA DE UN NOTARIO Y DE UNOS TESTIGOS

8. SÉPTIMA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO ESCRITO EN UN IDIOMA INUSUAL, COMO EL LATÍN, EL GRIEGO O EL HEBREO

9. OCTAVA DUDA: LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO ESCRITO EN UNA TABLA U OTRA MADERA

10. NOVENA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO REDACTADO POR EL TESTADOR CUANDO APARECÍAN NOTAS, CIFRAS O ABREVIATURAS INSÓLITAS

11. DÉCIMA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO CUANDO HABIENDO DEJADO EL TESTADOR UN ESPACIO EN BLANCO, CON POSTERIORIDAD APARECÍAN AÑADIDOS O NUEVAS DISPOSICIONES

12. UNDÉCIMA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO CON CANCELACIONES O RASGADOS EN SU PARTE SUSTANCIAL

13. DUODÉCIMA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO SIMULTÁNEO

14. DECIMOTERCERA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO SIN LA INSTITUCIÓN DEL HEREDERO

15. DECIMOCUARTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO EN EL QUE NO SE HALLABA DESIGNADO NINGÚN HEREDERO

16. DECIMOQUINTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO SIN LA INTERVENCIÓN DE UN NOTARIO

INTRODUCCIÓN: LA PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

La decadencia de la regla *heredis institutio est caput et fundamentum* (2), de los *verba legitima* (3) o de la paulatina evolución del codicilo en el Derecho sucesorio posclásico (4) facilitó, como apuntaran VISMARA y MASCHI (5), la primacía de la voluntad testamentaria sobre el carácter formal del testamento (6), pudiéndose hallar referencias textuales en las que se le hacía referencia con el término *voluntates* (7).

Esta decadencia de los requisitos formales, unida al desarrollo de los principios *favor voluntatis* y *favor testamenti* (8), pervivió, y aún

(2) Gai. 2,229; 2,234; Ulp. Epit. 24,15; D. 29,7,10; D. 28,6,1,3; I. 2,20,30. En en este sentido, ALBANESE, B.: "La successione ereditaria in Diritto Romano antico". *Annali Palermo*, 20 (1949), pp. 446-447, sostiene el carácter arcaico de la *hereditas institutio*.

(3) Gai. 2,116-217; 2,81; D. 28,1,29,1; Ulp. *Regul.* 25,9. Cfr. BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y donación*. Barcelona, 1960, pp. 25 y ss.; BONFANTE: "Le affinità giuridiche greco-romane", *Rivista di Storia antica* 13 (1910), pp. 200 y ss.; MASCHI, C. A.: "La solennità della heredis institution el Diritto Romano", AE 17 (1937), pp. 226 y ss.; ORTUÑO PÉREZ, M.ª E.: *La institución de heredero en el Derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, 1999, pp. 107 y ss.

(4) SAMPER POLO, F.: "La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar", AHDE 28 (1968), pp. 87-227.

(5) VISMARA, G.: "Appunti intorno alla heredis institutio", *Studi Besta*, vol. 3 (1939), pp. 349 y ss.; MASCHI, C. A.: "La solennità", ob. cit., pp. 220 y ss.

(6) SUMMAN, A.: "La ricerca della <*voluntas testantis*> nel diritto romano clasico e giustinianeo", *Il Filangieri*, XLII, 1917, pp. 225-226: "Anche a prescindere dall'antitesi col *favor testamenti* ed in genere coi principii fondamentali dell'*institutio heredis*, l'obssequio per la volontà del testatore si appalesa come tendenza caratteristica del diritto giustinianeo, in contrasto col diritto classico... i giureconsulto clasico dà la sua decisione in base ai *verba*, in base alla fattispecie concreta che gli è sottoposta; il bizantino assicura la attuazione della volontà del testatore...".

(7) CTh. 2,24,1. Con relación al término *voluntas*, VISMARA, G.: "Apunti intorno alla heredis insittuio", *Studi Besta*, Milano, 1939, III, pp. 354 y ss.; FORCELLINI, Ae.: *Totius latinitatis lexicon*, Pertz, 1858, Voz *voluntas*.

(8) SUMMAN, A.: *Favor testamenti e voluntas testantium*. Roma, 1916.

se incrementó, durante la época visigoda (9) y altomedieval (10), acentuándose la ausencia de la institución del heredero (11) y el declive de las solemnidades formales (12), lo que favoreció la aparición de fórmulas testamentarias más flexibles, como la *epistola hereditates* o las donaciones *post obitum* y *reservato usufructo* (13).

Con la recepción del *ius commune* y la reaparición de las formas testamentarias romanas, de sus géneros, la doctrina –AZO (14)– volvió a cuestionarse qué requisitos eran los que se necesitaban para la confección y perfección del testamento bajo-medieval (15).

A este respecto, partiendo del criterio *falsita in testamentis vitari debet* (16), la doctrina tardo-medieval (17) sostuvo que el testa-

---

(9) PÉREZ DE BENAVIDES, M. M.ª: *El testamento visigótico. Una contribución al testamento romano vulgar*, Granada, 1975, pp. 78 y ss.

(10) LEICHT, P. S.: *Diritti reali e di successione. Storia de Diritto Italiano. Il Diritto Privato*. Milano, 1960, p. 172 y pp. 249-251; ALONSO Y LAMBÁN, M.: "Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón", RDN, V-VI (julio-diciembre 1954), pp. 11-196; y IX-X (julio-diciembre 1955), pp. 241-399; ALONSO MARTÍN: "La sucesión «mortis causa» en los documentos toledanos de los siglos XII-XV". AHDE, 50 (1980), pp. 941-970; ARVIZU Y GALARRAGA, F.: *La disposición "mortis causa" en el Derecho español de la Alta Edad Media*. Pamplona, 1977, p. 101; GARCÍA GALLO, A.: "Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España", AHDE, 47 (1977), pp. 425-497; "El problema de la sucesión «mortis causa» en la Alta Edad Media española", AAMN, 10 (1959), pp. 247-276; MEREA, P.: "Sobre o testamento hispánico no seculo VI", *Studos de Direito privado visigotico*, pp. 86-99; AHDE, 15 (1945), pp. 71-111.

(11) MEREA, P.: "Sobre o testamento hispánico", ob. cit., p. 87.

(12) GARCÍA GALLO, A.: "Del testamento romano", ob. cit., pp. 293-294.

(13) BERMEJO CASTRILLO, M. Á.: *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la castilla altomedieval,* Madrid, 2002, p. 601.

(14) AZO: *Summa, De fideicommissis rubrica*: ... *ad hoc ut aliquis possit ex ultima voluntate commodum consequi hec tria necessaria sunt: et ut voluntas sit et sollempnitas sit et probari possit.*

(15) *Vid.* PERTILE, A.: *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla cofificazione. v. IV. Storia del diritto privato*. Torino, 1893, pp. 25-30; NICCOLAI, F.: *La formazione del diritto successorio negli statuti comunali del territorio Lombardo-Tosco*. Milano, 1940, pp. 265-282.

(16) C. 6,23,29; C. 6,23,31; C. 6,42,32; ESCAÑO, F. DE: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 5: *Tum propter falsitates vitandas*.

mento debía observar tanto las solemnidades propias de cada reino, o del lugar donde se redactaba, lo que no limitaba la libertad de testar, por ser esta *de iure gentium et naturali* (18), como la recta voluntad del testador, toda vez que el error (19), el miedo (20) o

(17) SAXOFERRATO, B. DE: *Commentaria*, vol. 7. *Codex, rubrica De summa trinitate, lege* 1, núm. 23: *sed illa solemnitas publicandi potest per statutum et consuetudinem minui et mutari*; CÁNCER, J.: *Variarum*, Lib. 1, Cap. 4, núm. 92: *In testamentis servandam esse illam solemnitatem, qua reperitur in loco ubi conduntur... testamenta quae iure speciali valent, tollere primum iure comuni validum, habens omnes solemnitae*; GÓMEZ, A.: *Ad leges Tauri, Lege* 3, núm. 20: *Dico, quod si Lex, statutum, vel consuetudo illius loci vel Regni loquitur simpliciter, et indistincte; extenditur ad omnes personas, etiam forenses, et tenetur facere testamentum secundum solemnitatem ejus*; BURGOS DE PAZ: *Ad leges Taurina, Lege* 3, núm. 387: *Ex quibus sequitur leges regias de habitantibus loquentes, locum non habere in ciue seu in eo qui prociue receptus sit, seu quem vulgus ciuem nominauerit: nisi etiam in oppido commoretur.*

(18) D. 29,1,13,2; SAXOFERRATO, B.: *Commentaria*, vol. II, *Digestum Vetus. De conditione indebiti rubrica, Lege Interdum*, núm. 7: *Testamentum ipsum quod sit de iure gentium.*

(19) D. 28,5, 92[90]; C. 6,24,4; C. 6,24,7; C. 6,42,1, PARTIDAS, 6,1,21; PRAETIS, S. DE: *De ultimarum voluntatum interpretatione, Tractatus. Lugduni*, 1587. Lib. 2, fo. 3, núm. 121-129: *Vigesimosexto, institutio haeredum est nullius momenti, quando testator errauit in causa finali, credens haeredem coniunctum naturali vel legali coniunctione: qui vero non est coiunctus valide, ut de eo, quem credebat fratrem, et sit in linea transuersali.* 122: *... quem credebat esse arrogatum vel adoptatum, et valide non erat.* 123: *... ubi conditio impossibilis, quam testator putabat possibilem, vitiat dispositionem testamentariam... qui loquitur etiam in Doctore, haeredem instituentem filium arrogatum invalide: sequitur Iaf. in l. neque ad fi. de testam. sic error in filiatione reddit testamentum nullum, per eadem et alia iura.* 124: *Idem de errore in nomine patris. Idem institutio est nulla de filio legitimato, cuius legitimatio sit nulla. ... Quod intelligendum est nisi appareat de voluntate patris pro futura alia legitimatione valede fienda.* 125: *Idem de filio senis nato verisimiliter, non ex ipso sene, institutio non valet ab eo facta, ut erronea fuerit causa institutionis.* 126: *Exinde unum aduertendum est, quod ubi deficit testamentum errore defuncti in coniunctione personae institutae valet pro venientibus ab intestato in tantum, ut teneantur ad praestanda legata, et fideicommissa.* 128: *... quando simpliciter factum est legatum vel fideicommissum: secus est, ubi legatum nominatum factum est ab haerede sic inualido praestandum, quia tunc legatum etiam non valet.* 129: *... quando alias ratione erroris vitiatur institutio.*

cualquier otro vicio de la voluntad determinaba la nulidad *ipso iure* del testamento (21).

Partiendo de este criterio: *voluntas si non est perfecta nec testamentum perfectum est*, la escuela estatutaria vino a establecer los criterios teóricos por los que se entendía perfecto el testamento (22). Veamos sus dos aportaciones fundamentales: la opinión de Baldo DE UBALDIS y la de Juan DE IMMOLA.

Baldo DE UBALDIS, en su comentario a la ley primera de la rúbrica *De los testamentos*, nos informaba de que el testamento se podía perfeccionar de cuatro formas, a saber (23):

En primer término, el testamento se perfeccionaba cuando la voluntad del testador constaba de forma clara, completa y precisa (24).

La segunda perfección era más formal: debía constar la institución del heredero, por ser una forma sustancial y la "cabeza" del testamento (25).

La tercera perfección era la que hacía referencia a las necesarias y legales solemnidades testamentarias, o, en palabras de Baldo, la *diligentia legem* (26).

---

(20) UBALDIS, B.: *In Sextum Codicis Librum Commentaria, Si quis aliquem testari prohibet rubrica. Lex prima*, núm. 18: *Item quid si testamentum non est factum dolo, vel metu: sed imbecillitate aetatis, ut ab adulto: vel imbecillitate consilii, ut a muliere vetula? Respondeo, valet testamentum, et nemo rescindere potest ipsum*; ESCAÑO, F. DE: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 13: *Quod in multis patet, ut in testamentu facto, quod ex defectu voluntatis licet rite et solemniter conditum vidatur, nullum* sit... *Cuius vera ratio est, quod voluntas, et consensu in actu testandi debet esse liber, et absolutus... Et metus excludit consensus.*

(21) ESCAÑO, F. DE: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 17: *Cum igitur testamenti causa efficiens voluntas testantis sit, si haec non fuerit perfecta, testamentum etiam perfectum non erit.*

(22) GÓMEZ, A.: *Ad Leges Tauri, Lege* 3, núm. 24: *et in testamentis et ultimis voluntatibus tractatur de probanda voluntate defuncti post ejus mortem, qui veritatem perfecte sciebat, et non potest eam declarare, enc se et bona sua defendere, si de ea dubitetur, et potest facilius falsitas committi. Ergo merito requiritusr praedicta solemnitas.*

(23) UBALDIS, B. DE: *In I. et II Infortiati Partem Commentaria.* Venetiis, 1615, *De testamentis rubrica, Lex Prima.*

(24) D. 28,1,25; D. 28,1,29,pr.

(25) D. 28,6,1,pr.; I. 2,20,34.

(26) D. 31,36.

Como última perfección mencionaba la confirmación y los efectos del testamento.

Menos complejo se nos presenta el planteamiento de Juan DE IMMOLA, para quien la perfección del testamento se alcanzaba por dos vías: por razón de la voluntad y de la solemnidad (27).

Esta concepción fue la que la doctrina tardo-medieval siguió en su práctica totalidad (28), hasta llegar a sostener que la voluntad del testador se convertía en su elemento esencial, el que primeramente se debía (29):

> SESSÈ: *Testator quotiescunque integre et perfecte suam voluntatem coram notario, et testibus declaravit, cum in tali casu non detur defectus voluntatis, quamuis deficiat aliqua solemnitas positiva, dispositio valet* (30).

---

(27) IMMOLA, I.: *In Secundam Digesti Novi Partem Comentaria praeclara...* LUGDUNI, 1533. *De testamentis rubrica, Lege Si quis*, núm. 3: *Perfectionem duplicem tantum consideravit, nempe ratione voluntatis, et ratione solemnitatis.*

(28) ESCAÑO, F. DE: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 28: *In testamento duplex datur forma, substantialis, et probatoria, et ita duplex tantum perfectio, quae est unicuique formae, conveniat debet considerari, et a forma substantiali, quae est solemnitas perfectio solemnitatis, et sic communiter recepta est.*

(29) MANTICA, F.: *Tractatus de Coniecturis ultimarum in libros duodecim distinctus auctore*. Venetiis, 1605. Lib. 2, Tít. 4, núm. 1: *Et quamvis non possit fieri controuersia de solemnitate, quin etiam fiat de voluntate, in qua substantia testamenti consistit, quia solemnitas est introducta, ut possit constare de legitima testatoris voluntate... nam et voluntas totum facit. Unde etiam substantiam dicimus persona testatoris, quia ad substantiam testamenti primum requiritur*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL: *Opera Omnia*. LUGDUNI, 1726-1728. Lib. 4, Cap. 8: *Pro dilucida hujus Capitis explicatione, quae intricatam etiam continet materiam, et ab Interpretibus nostris acceptam diversimode, observandum, atque constituendum erit primo loco, quo distinctius procedatur, inter omnes constare, ac certi juris esse, testatoris voluntatem in ultimis voluntatibus praedominari in omnibus, et tanquam Reginam primum locum obtinere, et ideo praecipue spectandam, atque observandam ad unguem, et totum facere, nec circumveniri debere, nec nimia verborum subtilitate subverti.*

(30) SESSÈ, J. DE: *Decisiones, Decisio* 420, núm. 1.

Finalmente, esta línea de pensamiento, lejos de constituir una mera construcción teórico-doctrinal, fue objeto de una disputa frecuente tanto en los ambientes académicos como en los tribunales de justicia (31), porque, como afirmó MARTA (32), la perfección o imperfección del testamento por razón de la voluntad o de las solemnidades no constituyó un nuevo género testamentario, como pudo ser el testamento sacramental en Cataluña (33), sino que determinaba los elementos probatorios y sustanciales que, en mayor o menor medida (34), todo Ordenamiento civil debía respetar: su auténtica esencia (35).

Pasemos a analizar su vigencia en un Ordenamiento en concreto, el del Reino de Valencia, en un testamento en particular: el cerrado, y cada uno de los supuestos –o dudas– contemplados por la doctrina.

1. EL TESTAMENTO CERRADO

Un reflejo claro de esta concepción doctrinal la hallamos en la figura del testamento cerrado, y, más en particular, en el *testamentum parentum inter liberos*, en el que a juicio de la doctrina tardomedieval (36), la nuda voluntad del testador *–absque solemnitate–*,

(31) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL: *Controversiarum*, Lib. 4, Cap. 21, núm. 13: *Et sic per dispositionem particularem: nam utroque casu et Petrus de Peralta, et caeteri supra relati animadvertunt, testamentum dici imperfectum ratione voluntatis, et nihil valere. Idque procedit aequaliter de jure hujus Regni, sicut de jure communi, nec ulla lege regia quovis pacto alteratur, prout latius annotavit statim, et ita tenendum est.*

(32) MARTA, G. A.: *Summa totius successionis legalis. Venetiis*, 1666. Tomo 2, Part. 4, *Quaestio* 4, artículo 6, núm. 17, *in fine*.

(33) CÁNCER, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 4, núm. 71: *Aliqui volunt testamentum sacramentale, non dici posse testamentum nuncupativum, sed esse quandam ultimam voluntatem in genere, id est, innominatam.*

(34) CÁNCER, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 4, núm. 76: *quia duplex est forma testamenti; probatoria, et substantialis.*

(35) D. 28,1,25; ESCAÑO, F. DE: *Tractatus*, Cap. 2, núm. 42: *quod qui contra simplicem voluntatem defuncti licet non solemnem iudicaret, facere contra veritatem.*

(36) PISTOIA, C. DE: *Lectura Super Codice, De testamentis, Lege Hac consultissima*, núm. 1: *Testamentum imperfectum valet inter liberos*; CÁN-

como ya sucediera en el testamento militar (37), determinaba su validez (38).

CER, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 4, núm. 5: *Haber insuper et alia specialia testamentum inter liberos, siquidem si reperiatur aliqua Schedule continens patris voluntatem, scripta, vel subscripta manu patris, valet in vim testamenti inter liberos, liceo sit sine testibus*; XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicatarum, Pars* 1, *definitio* 36, núm. 1: *Gravis est Doctorum controuersia an quemadmodum si reperiatur aliqua scedula continens ultimam patris voluntatem scripta vel subscripta patris manu, etiam sine testibus, et notario valet in vim testamenti inter liberos fauore liberorum*; Cardenal DE LUCA: *Tractatus de testamentis, Discursio* 14, núm. 7: *atque testamentum ab ultima linea perfectionem recipere dicitur opus non erat hanc inspectionem assumere, dum imperfectio, vel respective perfectio circa voluntatem, erat in toto, unde propterea, vel totum erat perfectum, vel totum erat imperfectum circa voluntatem, quamvis quoad solemnitates intraret differentia, Discursio* 26, núm. 5: *accedentibus adminiculis, quae infra ponderantur circa perfectionem voluntatis, ex pariter vera, et recepta conclusione, quod testes aliquas exceptiones patientes supplentur per adminicula.* MENOCHIUS, I.: *De praesuntionibus*, Lib. 4, *praesumptio* 7, núm. 5: *Et ratio ea est, quia aequitati conuenit, filios observare parentum voluntatem, et si omni solemnnitate careat: Cum sola ipsa veritas inter eos spectari debeat. Et frustra hic requiritur testium praesentia, cum satis constet, talem fuisse parentum dispositionem;* núm. 7: *Enim scribunt schedulam hanc demonstrari posse scriptam manu ipsius patris, matris, vel testibus, vel literarum comparatione. Sentiunt ergo, et recte, interim, et donec verificetur, schedulam esse parentum manuscriptam, haberi non posse pro testamento.*

(37) MAINO, J. DE: *Secunda Super Codice, De testamento militis Rubrica, Lege Quanquam*, núm. 3: *hic rationem quaere militibus est remissa solemmnitas iuris communis in testando: secundum ratione simplicitatis et ingnorantie iuris quam iuste pretendit miles*; PISTOIA, C. DE: *Lectura Super Codice, De testamento militis, Lege Frater tuus*, núm. 2: *Militis voluntas pro lege servatur*; Cardenal DE LUCA: *De testamentis, Discursio* 14, núm. 7: *atque testamentum ab ultima linea perfectionem recipere dicitur opus non erat hanc inspectionem assumere, dum imperfectio, vel respective perfectio circa voluntatem, erat in toto, unde propterea, vel totum erat perfectum, vel totum erat imperfectum circa voluntatem, quamvis quoad solemnitates intraret differentia*; *Discursio*. 28, núm. 6: *Ubi igitur dicta ratio militaret, tunc dicebam, quod ista schedula testamentaria sufficeret quamvis nullo teste munita sit, quoties tamen utraque veritas, ac perfectio naturalis concurrat, materialis scilicet, et de facto, quod per legitimam recognitionem constet, quod a testatore scripta esset, et formalis, quia nempe, saltem adminiculative constet de perfecta, ac determinata voluntate redacta ad*

De este criterio jurisprudencial se hará eco la literatura foral del antiguo Reino de Valencia, al reconocer que el testamento se perfeccionaba con la mera voluntad del *de cuius* (39), lo que facilitaba

---

actum testandi... cum, absque dubio militare privilegium hujusmodi defectus, utpote juris naturae non suppleat.

(38) SAXOFERRATO, B. DE: *Super Secunda Codicis, De testamentis Rubrica, Lege Hac consultissima, § Ex imperfecto*; núm. 1: *Testamentum imperfectum ratione solennitatis verum inter liberos*; núm. 2: *Testamentum imperfectum ratione voluntatis non valet etiam inter liberos*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Jurisprudentiae Forensis Valentinae. Valentiae,* 1742, Cap. 6, núm. 1: *Milites testamentum facere poterant omni solemnitate seclusa, imperatores enim, militum simplicitati consuluerunt statuendo, ut quo quomodo testati fuissent, rata esset illorum voluntas l. Lucius, l. Miles 35 ff de militari testamento... ibi: Simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quo quomodo testati fuissent, rata esset voluntas, facient igitur testamenta quomodo volent, facient quomodo poterunt. Ideoque legitimus testius numerus, non erat necessarius in militum testamentis, cum recte disponerent, constito solum de illorum voluntate, sive scripturam fecerint, sive non, princip. tit. institut. de militar. testament. ibi: Nam quamvis hii, neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur, videlicet, cum in expiditionibus occupati sunt, quo merito nostra constitutio introduxit, quo quo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Et voluerunt Romani tanto favore prosequi, et tam ingenti privilegio condecoratas esse militum voluntates, quod etiam si impulvere descripserint illas, in vagina, aut clypeo, literis suo sanguine formatis, ratas esse voluerunt, l. militis 15 C. de militari testamento, ibi: Proinde sicut juris rationibus liquit, ac semper licebit, si quid in vagina, aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quod in praelio vitae fortem derelinquunt, hujusmodi voluntatem esse stabilem opportet.*

(39) LEÓN, F. J.: *Decisiones, Decisio* 30, núm. 3; *Decisio* 32, núm. 25: *Nec obstat secundum, quia immo appositio, seu impressio sigilli in testamento manu testatoris scripto est levis solemnitas, quae etsi deficiat, non vitiatur testamentum, et fuit declaratum cum Regia sententia*; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Observatio* 50, núm. 13: *Hoc in nostro regno omnibus indistincte propria manu testamentum scribentibus, Principes nostri concesserunt... Immo etiamsi solum sit scriptum a testatore, et aliena manu exaratum, valere, et defectum proprii sigillo illud non vitiare, observatum fuisse, cum sit levis solemnitas*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 2: *Haec fere, quae militibus concessa fuerunt, circa testandi modum, et libertatem, fuerunt indulta postea parentibus inter filios*

que cuando este redactaba personalmente su testamento y lo signaba, era válido aunque no constase la presencia de un notario, de testigos fehacientes, ni del sello o suscripción, por entender que estas eran solemnidades menores que en nada podían perjudicar lo dispuesto en el testamento (40).

Esta regla jurídica que sostuvo *testamentum non potest impugnari ex omissione solemnitate juxta forum, si a testatore scriptum sit* la hallamos recogida en el Ordenamiento foral (41):

> FURS, *Rubrica de Testamentis, in Foro 18.*
> *Addidit etiam quod si testamentum erit scriptum per manum testatoris et sigillatum sigillo suo vel eciam alieno, quod valeat et habeat firmi-*

---

testantibus, tribuendo eis potestatem disponendi absque solemnitatem ulla, et dummodo de voluntate illorum constaret, testamentum validum foret, etiam si scedula privata scripta, aut subscripta, nullis testibus adhibitis fieret.

(40) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 3: *in nostro Regno, omnia illa quae de jure militibus, parentibus testantibus inter liberos concessa fuere, reperiuntur omnibus indistincte elargita, nam non solum si inter liberos testetur, testari absque juris solemnitate poterit, sed etiam si inter extraneos... et sicuti in militibus, et parentibus, nihil aliud desiderabatur, ut recte testamentum facerent, quam voluntatis probatio, ita in Regno quaelibet ultimae voluntates, nunc sint testamenta, nunc codicilli poterunt fieri absque ulla solemnitate, constito solum in scriptis de nuda testantis voluntate, for. 51 rubric. de testam. ibi: En axi que els dits testaments, codicils, o altres darreres voluntats, per alguna manera, o causa, o raho, o per omissio de solemnitat, no puixen esser annullats.*

(41) TRULLENCH, J. G.: *Decalogo*, Tom. 2, Lib. 7, Cap. 18, *Dubitatio* 2, núm. 5: *In testamento in scriptis et clauso, de iure communi requiruntur septem testes, id est, quod scriptura facta a testatore, subscribatur a septem testibus, vel ab uno pro omnibus, et signetur a notario. In nostro autem Regno Valentino, ut testamentum clausum valeat, sufficit, ut testator scripturam factam a notario, et signatam tradat clausam signandam a tribus testibus, et dicat illud esse suam ultimam voluntatem, quamvis ignorent quod in ea continetur*; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes*, *Observatio* 52, núm. 4: *Quia in nostro regno tres conficiendi ultimam voluntatem modi legitimi agnoscuntur. Primus scilicet, scriptura testatoris absque alia solemnitate, sive tradatur notario, sive non tradatur*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 4: *Et si testator, suam scripserit voluntatem, manu sua in scriptura privata, etiam quod notarius non interveniat, nec testis, nec sigillum, neque alia solemnitas, legitimum erit testamentum, dummodo constet de voluntate testatoris, et quod manu sua scripturam fecerit.*

tatem, quamvis manu publica non sit scriptum, quamvis non sint ibi testes nec aliud sigillum nec aliquam aliam subscriptionem, nec aetiam dixerit coram testibus: <Hoc est mea ultima voluntas vel meum testamentum>, ex quo sua tamen manu propria sit scriptum (42).

No obstante, en virtud de los criterios fijados en el *Corpus Iuris Civilis* (43), la propia literatura jurídica reconocía que el testamento *inter liberos* debía contener unos mínimos requisitos formales (44), a saber:

[1] Redacción y suscripción por el propio testador, o, en su defecto por un tercero.

[2] Presencia de tres o cuatro testigos rogados, a los que el testador les informaba de que el escrito que les presentaba era su última voluntad.

---

(42) FURS 6,4,18.

(43) C. 6,23,21,pr.

(44) TRULLENCH, J. G.: *Decalogo,* Lib. 7, Cap. 18, *Dubit.* 2, núm. 5: *In testamento in scriptis et clauso, de iure communi requiruntur septem testes, id est, quod scriptura facta a testatore, subscribatur a septem testibus, vel ab uno pro omnibus, et signetur a notario. In nostro autem Regno Valentino, ut testamentum clausum valeat, sufficit, ut testator scripturam factam a notario, et signatam tradat clausam signandam a tribus testibus, et dicat illud esse suam ultimam voluntatem, quamvis ignorent quod in ea continetur*; ANTÚNEZ DE PORTUGAL, D.: *Donationibus, Pars.* 3, Cap. 16, núm. 37: *Et obiter observa differentiam inter ius commune, et Regium: quia juxta in dicta Lege hac consultissima versiculo quod si litteras, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat octavus testis erat adhibendus, qui pro testatore subscriberet. Regia vero Ordinario, quae tantum quinque testes requirit in casu ignorantiae, vel impotentiae testatoris, non jubet alium testem adhiberi; sed unum ex quinque subscribere pro testatore*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 5: *Testamentum in scriptis clausum, debebat fieri de jure sub hac forma, quod testator sua propria manu scripturam faciebat privatam, ubi suam voluntatem ultimam describebat, aut a tertio scribere illam faciebat, quo facto septem adhibebantur testes, qui absque eo quod scirent, aut legerent dispositum, et scriptum, subscriptiones suas faciebant, et signa interponebant, pariterque a testatore subscribebatur, aut ab octavo teste si testator scribere nesciebat, consignabatur, et ligabatur, clausaque custodiebatur.*

[3] Suscripción y firma de los testigos (45).

Señalados los elementos mínimos que otorgaban validez jurídica a un testamento privado, la doctrina valenciana desarrolló una prolija y minuciosa casuística en torno a sus elementos constitutivos y al conjunto de solemnidades que configuraban la sucesión testamentaria (46), casuística que únicamente tenía respuesta en la propia argumentación jurisprudencial de la Real Audiencia de Valencia o en el ámbito de la literatura jurídica.

2. PRIMERA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO EN EL QUE NO CONSTABA EL DÍA, EL MES Y EL AÑO DE SU REDACCIÓN

Como apuntara GARCÍA GALLO, la insegura regulación de las fórmulas testamentarias favoreció, no solo –en el ámbito legal (47)–

(45) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 6: *Et tradit formulam, et modum faciendi testamentum istud... Et licet in prima parte, dict. for. 18 rubr. de testam. videatur dispositum, quod in testamento clauso trium, aut quatuor testium subscriptiones interveniant, et quod ab eis subsignetur scriptura unico sigillo, per secundam fori partem, hoc derogatum extitit, et in praxi admissum habemus, quod hujusmodi testamenta clausa, et in scriptis, celebrentur hoc modo, quod testator sua manu scribat dispositionem, et subscribat illam, aut faciat eam scribere aliena manu, sed propria subscribat, quo facto, absque testibus, aut alia sigilli solemnitate, clauditur testamentum, cera, et filo consuitur in modum pliçae, et remanet ad similitudinem epistolae misivae; in cera sigillum proprium, aut alienum testatoris imprimitur, describiturque in exteriori parte, ut omnibus innotescat, quod est testamentum illius personae, hoc videlicet modo. Testament de mi F.T. Et hac forma remanet testamentum cum omni solemnitate requisita, ut validitatem plenissimam in Regno habeat.*

(46) No desconocemos la identificación que la acepción *successio* tenía con la sucesión legítima, y que, acertadamente, fue puesta de manifiesto por GARCÍA GALLO, A.: "El problema de la sucesión «*mortis causa*» en la Alta Edad Media española", *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Universidad de Sevilla, 1982, pp. 257-259, por lo que utilizamos esta voz en el sentido más amplio adoptado a partir del siglo II, momento en el que se acogió a la noción de *hereditas*.

(47) GARCÍA GALLO, A.: "El testamento de San Martín de Dumio", AHDE,

una flexibilización en las solemnidades y en la precisión terminológica, sino que fue un factor coadyuvante para que la propia literatura jurídica medieval llevara a cabo una interpretación ambigua y errónea de los textos del *Corpus Iuris Civilis*, o, en su defecto, una lectura desigual de estos, lo que propició el desarrollo de planteamientos contrapuestos, que en nada simplificaban el complejo universo conceptual de la *hereditas* tardo-medieval.

Un primer ejemplo que vino a corroborar esta afirmación era el que hacía referencia a la posibilidad de que el testamento pudiera ser redactado sin que constase el día, el mes y el año de su redacción. A este respecto, la escuela estatutaria (48) sostuvo que la ausencia de una precisa datación impedía otorgar validez al testamento (49).

Frente a este criterio, ampliamente recepcionado entre la doctrina del *ius commune* (50), la literatura foral, al mantener como elemento

---

26 (1956), pp. 369-385; "Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España", AHDE, 47 (1977), pp. 425-497.

(48) UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis librum Commentaria, De testamentis rubrica, Lex* 21, Authent. *Quod sine*, núm. 4: *Scriptura privata testamenti, etiam inter liberos requirit diem, et consulem*; MAINO, J. DE: *Secunda Super Codice, De testamentis Rubrica, Lege Quod sine*, núm. 3: *quod licet regulariter in privata scriptura non requiratur quod apponatur dies nec locus... tamen hic est specialis casus in quo in privata scriptura continente testamentum patris requiritur tempus quo facta est*; DURANDUS, G.: *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, *De instrumentorum editione Rubrica*, 2 *Brevitur*, núm. 4: *Anni Domini tempore initi contractus concurrentes, vel rei, de qua conficitur instrumentum, sunt in contractu, vel instrumento ponendi*; núm. 7*: Dies et mensis, in quo instrumentum conficitur, debent in eodem post indictionem inscribi*.

(49) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 7: *Sed primo dubitari, an si testamentum istud, in scriptis factum, reperiatur sine die, mense, et anno, validum sit: videtur enim invalidum esse, quia etsi pater inter liberos testans, possit absque solemnitatem testamentum facere, sola scriptura privata sua propria manu exarata, ut diximus, tamen requiritur ad illius validitatem, quod tempus exprimatur, authent. quod fine, Codex de testamentis, novella 107, capite 1 ibi: Volumus, ut si quis literas sciens, inter filios suos voluerit facere dispositionem, primum quidem ejus subscriptione tempus declaret. Et quod requiratur appositio diei, mensis, et anni, pro validitate similis testamentis.*

(50) CÁNCER, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 4, núm. 100: *In dicta scriptura*

esencial la voluntad del *de cuius*, otorgaba legitimidad a un testamento *-manu testatoris scripto-* aunque no constase datación alguna (51).

Para no dar una mera construcción teórico-normativa ajena a la realidad jurídica, los juristas esgrimieron los siguientes ejemplos documentales:

[1] En primer lugar, la ausencia de una precisa datación se hallaba ya ausente en el testamento militar (52), como así lo ates-

---

non erat dies, nec locus... Dubitatum fuit an praedicta scriptura verificata subscriptone testatoris, probaret testamentum, et sic valida esset institutio uxoris, Respondi, ex praedicta scriptura non probari testamentum, cum imperfectum reperiretur; FONTANELLA, J. P.: *De pactis nuptialibus, Clausula* 1, núm. 9: *Scriptura privata patris disponentis inter liberos, non valet sine die*; GÓMEZ, A.: *Ad leges tauris, lex* 3, núm. 39: *Secundo probat etiam ista nostra lex Tauri: quae formaliter ponit et enumerat omnes solennitates requisitas, quas debet habere et continere testamentum in scriptis, et non ponitur ista, quod contineat diem, mensem, et annus, in quo fuit celebratum, cum iam fiat scriptura publica, et ei soli debeat credi, in qua necessario requiritur ista solennitas: et ideo cum nostra lex Tauri, expresse requirat, quod in testamento in scriptis interueniat tabellio, necessario debet continere diem, mensem, et annum.* ESCAÑO, F. DE: *Tractatus de perfectione*, Cap. 7, núm. 24: *Ut tamen perfecte haec materia, quae subtilis est, tradatur ad explicationem praedictae, Authenticae quod sine, et schedulae, hoc casu sustinendae animadvertendum opportet, quod schedula debet continere diem qua facta est, alias nihil probat, nihilque operatur*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 7: *Sed primo dubitari poterit, an si testamentum istud, in scriptis factum, reperiatur sine die, mense, et anno, validum sit: videtur enim validum esse, quia etsi pater inter liberos testans, possit absque solemnitate testamentum facere, sola scriptura privata sua propria manu exarata... Et quod requiratur appositio diei, mensis, et anni, pro validitate similis testamenti.*

(51) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 8: *Iis tamen non obstantibus tenendum judico, quod etiam si in testamento manu testatoris scripto, aut subscripto, non fuerit appositus mensis, dies, aut annus, validitatem habebit in Regno*; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio*, 50, núm. 15: *Testamentum scriptum manu testatoris apus nos etiam sine calendario valere potest.*

(52) MAINO, J. DE: *Secunda Super Codice, De testamento militis Rubrica, Lege Quanquam*, núm. 4: *hic rationem quaere militibus est remissa solennitas iuris communis in testando scilicet ratione simplicitatis et ignorantie*

tiguaban las fuentes jurídicas (53) y doctrinales (54), lo que, por analogía, podía predicarse de un testamento privado, en el que lo único esencial, al igual que en el militar (55), era que se pudiera probar la voluntad del testador (56):

> *Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 19 Februarii 1636, inter Onophrium Ponz, et Augustinum Marti; confirmata in alia aula.*
>
> *Et attento quod ex testium depositio fuit probatum et omne deductum ac articulatum pro parte dicti Onofrii in saepe memorata scriptura in viam iuris dicendum est illius intentionem non subsistere respectu validitatis praesenti testamenti cum in eo deficiat perfecta voluntas testatoris et sic neque inter liberos neque favore ipsae causae sustinetur in Sacro Regio Consilio* (57).

Siguiendo esta línea argumental, CRESPÍ DE VALDAURA recuerda cómo, en el Derecho romano, la incertidumbre o la imperfección del

---

iuris quam iuste pretendit miles. No obstante, el propio comentarista reconocerá que está, no obstante, a observar las solemnidades propias del *ius gentium vel divino*: *habes diligenter notare quod licet in testamentis militum praesertim quando fiunt in discrimine belli sint remisse omnes solennitates iuris civiles, tamen habent locum solennitates iuris gentium... sed non ille que sunt de iure gentium vel divino, puta quod uni soli testi credatur.*

(53) D. 29,1,1; C. 6,21,15,pr; C. 6,21,15,1.

(54) GRATIANUS, S.: *Disceptationes forenses*, Cap. 235, núm. 3: *Cum tempus, indictio, nomen Pontificis, et similia sint de solemnitatibus instrumenti, non de substantialibus*.

(55) D. 29,1,34,2.

(56) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 15: *Cum igitur defectos solemnitatis objici nequeat, et modo militari condi testamentum in scriptis possit, nihil interest, an habeas, vel non habeas calendarium*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 9: *Primo, quia in Regno omnes testantur jure militari... et in testamento a milite facto scriptura privata non requiritur appositio diei, mensis, vel anni, ut validitatem habeat. Ratio est, quia in testamento jure militari facto, nihil aliud requiritur, quam voluntatis probatio... et ut voluntas probetur, non requiritur expressio diei, mensis, aut anni, nam scriptura privata, ut probet, non petit essentialiter, quod in illa exprimatur dies, mensis, aut annus in quo fuit facta*.

(57) Archivo del Reino de Valencia. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 113. Sig. 14289.

calendario no hacía írrito el testamento de un militar, dado que a los militares les era lícito la redacción de diversos testamentos, de forma simultánea o por separado, sin que los últimos relegaran a los primeros (58).

[2] En segundo término, idéntico criterio se aplicaba con relación al *testamento ad pias causas*, el cual *absque die, mense et anno valet* (59):

---

(58) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núms. 16 y 34: *Nec hic obstat Textus in leg. si is qui 25 ff. de testamentis, de quo supra num 21 ubi haeredibus primis nuncupatis, si prius quam secundos exprimeret testator, obmutuisset, ex eo testamento nec esse haeredes primos disponitur, cujus dispositionem etiam habere locum in testamento inter liberos docet Genua de scriptura privata lib. 6 cap. 1 num. 116. Quia respondeo, eum qui primis haeredibus substituere vult, et secundos scribere, non habere voluntatem adhuc perfectam quoad primos haeredes. Quia incertum est, an eos gravaret, vel ad tempus, vel post tempus aliquo fideicommisso, vel alia adjiceret, quae institutioni plurimum ad traherent; et consequenter nihil mirum, si ex eo testamento nequeant succedere primi haeredes, cum adhuc satis completam non habeant pro se defuncti voluntatem: qui vero circa aliqua perfecte testatus est, nec aliquid addere, ant minuere circa eam dispositionem destinare insinuavit, vel cum addere insinuasset, perfecit scripturam; nec quod pollicitus fuerat, adjecit, jam perfecte voluntatem declaravit, et nullum patitur voluntaris defectum, proinde que recte in ea parte testatus decedit, licet in aliis intestatus sit. Juri etenim nostro, quemadmodum et militari, non repugnat decedere defunctum pro parte testatum, et pro parte intestatum.*

(59) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 25: *Nec obstat secundum, quia immo appositio, seu impressio sigilli in testamento manu testatoris scripto est leuis solemnitas, quae etsi deficiat, non vitiatur testamentum*; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 16: *Et de testamento ad pias causas idem provabit* ; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 11: *et voluntas ultima sufficienter explicatur, per scripturam privatam a testatore factam, absque die, mense, et anno, cum testamentum ad pias causas validum sit, quando scriptura privata conficitur absque die, mense, et anno. Vid.*, GRATIANUS, S.: *Disceptationes forenses, Disceptationes 895*, núm. 41: *Respondetur, quod fauore piae causae, hujusmodi dispositio sustinetur, quamuis non adsit dies, neque annus, et contraria procedunt in testamento inter liberos in quo servandum est ius ciuile. Cum aliud sit in testamento ad pias causas, in quo non debent seruari leges ciuiles, et iura positiua, sed ius canonicum, et ius*

Stephanus GRATIANUS: *Neque etiam obstat, quod talis schedula careat die, et anno, quorum expressio videtur necessaria ad hoc, ut si valida... Respondetur, quod fauore piae causae, huiusmodi dispositio sustinetur, quamvis non adsit dies, neque annus, et contraria procedunt in testamento inter liberos... Cum aliud sit testamento ad pias causas, in quo non debent seruari leges ciuiles, et iura positiua, sed ius canonicum, et ius diuinum, secundum quod non requiritur talis expressio diei, et anni, et temporis* (60).

[3] Finalmente, tanto las fuentes legales como doctrinales eran explícitas al afirmar que para la validez de un testamento privado no se requerían las solemnidades previstas para otras disposiciones de última voluntad, siendo suficiente con que constase, de manera fehaciente, la voluntad del testador (61).

---

diuinum; Cardenal DE LUCA: *De testamentis, Discursio* 14, núm. 13: *quod inter scripturas testatoris hujusmodi schedula reperiatur, ergo concludens, ac perfecta probatio resultat, ut ita testatus fuerit, nisi alia hujusmodi voluntatis adminicula concurrant, multo vero magis, ubi ipsa schedula ex sui facie imperfectionem, redoleat, utpote sine loco, anno, mense, et die, ac sine aliis partibus adiici solitis; Discursu* 15, núm. 4: *Quando igitur scriptura (cum praesupposito, quod bene justificatum esset quod sit conscripta manu testatoris), ex sui facie contineret voluntatem completam, ac perfectam quia nempe haberet institutionem haeredis, annum, mensem, diem, ac locum, aliaque verba in testamentis jam completis apponi solita... tunc credidissem pro validitate, ac perfectione potius responderi debuisse, quoniam, stante perfectione resultante ex ipsa perfectione scripturae redactae ad formam voluntatis completas, si sufficiunt praesumptiones.*

(60) GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium, Disceptationes* 895, núms. 40-42; Cap. 235, núm. 3: *Cum tempus, indictio, nomen Pontificis, et similia sint de solemnitatibus instrumenti, non de substantialibus.*

(61) LEÓN, F. J.: *Decisiones, Decisio* 32, núm. 17: *Tertio, casu nostro fuit factum testamentum inter liberos, quod valet, licet sit imperfectum ratione solemnitas. Nec requiritur aliud, quam quod testator manu propria voluntatem suam declaraverit*; núm. 25: *Nec obstat secundum, quia immo appositio, seu impressio sigilli in testamento manu testatoris scripto est levis solemnitas, quae etsi deficiat, non vitiatur testamentum*; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Observatio* 50, núm. 14: *Testamentum non potest impugnari ex omissione solemnitatis juxta Forum, si a testatore scriptum sit*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 10: *Secundo, quia in Regno, ut valeat testamentum, nulla requiritur solemnitas, sed sufficit nuda, voluntas quomodolibet explicata in scriptis.*

En virtud de esta línea argumental, BAS Y GALCERÁN llegará a sostener que si para un amplio sector de la doctrina medieval no era lícito aplicar el recurso de la analogía del testamento militar al *parentum inter liberos*, lo que hacía necesaria la constatación de la fecha del testamento (62), en el ámbito del Derecho castellano (63), del catalán (64), del valenciano (65), y, en general, de los tratadistas de Derecho sucesorio (66), por el contrario, la libertad de testar primaba sobre las solemnidades establecidas en el marco del *ius com-*

(62) UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De testamentis rubrica, Authentica Quod sine*, núm. 4*: Scriptura privata testamenti, et inter liberos requirit diem, et consulem*; ESCAÑO, F. DE: *Tractatus de Perfectione*, Cap. 7, núm. 24: *Ut tamen perfecte haec materia, quae subtilis est, tradatur ad explicationem praedictae, Authenticae quod sine, et schedulae, hoc casu sustinendae animadvertendum opportet, quod schedula debet continere diem qua facta est, alias nihil probat, nihilque operatur.*

(63) GÓMEZ, A.: *Ad leges Tauri, Lege* 3, núm. 42*: Item quaero, an in testamento in scriptis requirantur dies, mensis, et annus, in quo fuit celebratum? Et videtur dicendum, quod sic... Item etiam, quia si fieret aliud testamentum, non posset constare, quod eorum est posterius, ut illud valeat: Contrariam tamen probat textum in lege Hac consultisssima, Codice de testamentis, et in lege Jubemus eodem titulo, ubi ponitur forma, et solemnitas testamenti in scriptis et in ea non poniut ista: Secundo probat etiam in nostra Lex Tauri: quae formaliter enumerat omnes solemnitates requisitas, quas debet habere, et continere testamentum in scriptis, et non ponit istam: Quod contineat diem, mensem, et annum.*

(64) CÁNCER, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 4, núm. 5: *licet alias regulariter in scriptura privata non requiratur appositio diei, nec loci*; núm. 107: *Et praedicta opinio est vera, quia illa scriptura cum sit manu testatoris subscripta, probat voluntatem testatoris inter filio, licet in ea desit dies et locus*; FONTANELLA, J. P.: *De pactis nuptialibus, Clausula* 1, núm. 9: *Limitatur idem finaliter in scriptura privata continente voluntatem patris sua manu scripta, vel subscripta, quae valere solet in vim testamenti inter liberos, licet sit sine testibus... si tamen die caret, quo probetur tempus illius confectionis, nihil probat, nihilque operatur, communem hanc dicit opinionem.*

(65) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 12: *Defectum diei obstae probari videtur, quia licet ex imperfecto testamento teneat inter liberos voluntas... Atque in nostro casu tempus declaratum non est: ergo neque inter liberos valere potest dispositio.*

(66) CLARUS, I.: *Tractatus de testamentis, Quaestio* 14, núm. 2: *quod scilicet regulariter in privata scriptura non requiritur dies, neque annus.*

mune, lo que permitía la validez de un testamento privado en el que no constaba la fecha de su redacción (67):

> *Regia sententia publicata per Vicentium Pradel, die 24 Septembris 1655, in favorem Thomae Salafranca sententia publicata die 24 Julii 1653 confirmata in S. S. A. C.*
> *... testamento inter liberos validum absque die, mense, et anno...* (68).

En este mismo sentido se manifestó Antonio GÓMEZ en sus comentarios a las Leyes de Toro. El jurista castellano, tras reconocer que este requisito no se hallaba contemplado ni en las leyes *Hac consultissima* y *Jubemus* del Código, ni en la ley tercera de la *Lex Tauri* (69), sostuvo que en los testamentos realizados *manu privata, sine Tabellione*, no se requería que se insertara el día, el mes, el año o el lugar (70), requisitos que se exigían únicamente en los testamentos redactados por un notario (71).

---

(67) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 12: *Et quod in Regno validum sit hujusmodi testamentum, manu testatoris factum, etiam si careat die, mense, et anno, probat... Neque obstant in contrarium adducta, nam respondetur, quod etsi juxta multorum doctrinam, in testamento facto inter liberos scriptura privata, non sit necessaria appositio diei, mensis, et anni... (nam loquuntur absque fundamento, et contra jura expressa) tamen sequendo oppinionem sensientum contrarium, ideo de jure communi non est validum tale testamentum, quia ita per legem dispositum extat, sed ista legis dispossitio non est cur extendatur ad alios testandi casus, ubi per legem non requiritur praedicta solemnitas appositionis diei, mensis, et anni, ut fatis ad intentum... cum ergo in nostro Regno, testandi facultas, non sit restricta ad formam testamenti inter liberos, a jure praescriptam, sed amplior sit libertas, et jure militari testetur, nequid locum habere dispositio illa juris communis apponendi diem, mensem, et annum, in testamento.*

(68) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 88. Sig. 443.

(69) GÓMEZ, A.: *Ad Legem Tauri, Lege* 3, núm. 42: *Contrarium tamen probat texto in lege Hac consultissima, Codice de testamentis, et in lege Jubemus eodem titulo, ubi ponitur forma et solemnitas testamenti in scriptis et in ea non ponitur ista. Secundo probat etiam ista nostra Lex Tauri: quae formaliter enumerat omnes solemnitates requeritas, quas debet habere, et continere testamentum in scriptis, et non ponit istam: Quod contineat diem, mensem, et annum.*

(70) GÓMEZ, A.: *Ad Legem Tauri, Lege* 3, núm. 43: *Si vero fit manu privata, sine Tabellione, non requiruntur dies, mensis, annus, nec locus: quia in scriptura privata non requiritur.*

3. SEGUNDA DUDA: TESTAMENTO SIN LA INDICACIÓN DEL LUGAR

Una segunda cuestión que se planteó la doctrina valenciana fue la de determinar si la ausencia del lugar donde se redactó el testamento podía invalidarlo, esto es, si se debía interpretar como un requisito esencial o simplemente como una mera solemnidad adicional (72).

De nuevo, la literatura jurídica tardo-romana no fue uniforme en esta cuestión. En concreto, un amplio sector de la doctrina aragonesa –SUELVES (73), SESSÈ (74), CUENCA (75)–, de la castellana –ESCAÑO (76)–, o juristas como MATHEU Y SANZ (77) o el Cardenal

(71) GÓMEZ, A.: *Ad Legem Tauri, Lege* 3, núm. 42: *Sed in hoc dubio passu, et articulo, pro concordia dico sic: quod si testamentum in scriptis fit coram Tabellione publico, requiritur dies, mensis, et annus, in quo fuit celebratum; cum jam fiat scriptura publica, et ei soli debeat credi: in qua necessario requiritur ista solemnitas: et ideo cum nostra Lex Tauri expresse requirat, quod in testamento in scriptis interveniat Tabellio, necessario debet continere diem, mensem, et annum, quia alias non esset scriptura publica, et per consequens ista nostra lex non posuit inter solemnitates testamenti; quod contineret diem, mensem, et annum, quia tacite et implicite hoc voluit et disposuit cum requirat Tabellionem et scripturam publicam, quae sie eo non valet.*

(72) Cfr. DURANGUS, G.: *Speculum, De instrumentorum editione*, 2 *Brevitur*, núm. 9: *Post nomen principis est etiam apponendus locus, in quo recitatur instrumentum. Locus autem duplex est, scilicet civitatis, vel villae, vel castri: et etiam locus loci specialis, in quo confectum est... Post locum testes ponuntur.*

(73) SUELVES, J. C.: *Consilia, Consilium* 30, núm. 2, *centur.* 1: *Et locus non solum est de substantia instrumenti, sed actus*; *Consilio* 30, núm. 3, *centur.*1: *et alii relati a Caldas supra dixerint, posse hoc contraria consuetudine tolli; contrarium tamen verius esse.*

(74) SESSÈ, J. DE: *Decisio* 362, núm. 2: *Opponitur quod caret loco, nec calendat testamentum suum.*

(75) CUENCA, F. DE: *Ad comandae, Clausula* 40, núm. 1: *Et si de iure clausula haec actum est perfectionem actus denotet... Tamen de pro aliud est, nam ea quae post dictam clausulam sequuntur, tam necessaria sunt, ut sine eis nostrum hoc instrumenti non mereri non possit ut sine eis nostrum hoc, instrumenti non mereri non possit;* núm. 2: *Expressio enim loci confecti contractus, de qua in nostra clausula, praeter quam quod necessaria est.*

(76) ESCAÑO, F. DE: *Tractatus de perfectione*, Cap. 14, núm. 22: *Unde testibus probanda erit hoc in casu testatoris dispositio: nam testamentum*

DE LUCA (78) entendieron que no podía hablarse de testamento perfecto si no constaba el lugar de su redacción (79):

> Bartolus DE SAXOFERRATO: *In solemnitate testatorum inspicit locus in quo actus fit* (80).

Frente a esta concepción, buena parte de la doctrina castellana (81), catalana (82) y valenciana (83), o tratadistas como CLA-

---

nuncupativum de quo confecte est scriptura, ut in vim scripturae valeat, diem, et locum continere debet.

(77) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 10, Tít. 2, núm. 19: *adhibitis die, mense, anno, loco et duobus testibus in contractibus, et tribus in ultimis voluntatibus: et instrumentis sic confectis, ab eisque subsignatis, plena fides ubique debetur, tam in judicio quam extra.*

(78) LUCA, C. DE: *De testamentis, Discursio* 14, núm. 13: *ubi ipsa schedula ex sui facie imperfectionem redoleat, utpote sine loco, anno, mense, et die, ac sine aliis partibus adiici solitis*; *Discursio* 15, núm. 4: *Quando igitur scriptura (cum praesupposito, quod bene justificatum esset quod sit conscripta manu testatoris) ex sui facie contineret voluntatem completam, ac perfectam quia nempe haberet institutionem haeredis, annum, mensem, diem, ac locum, aliaque verba in testamentis jam completis apponi solita.*

(79) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 13*: Secundo poterit dubitari, an in testamento scriptura privata facto, sit apponendus, et exprimendus locus, ubi factum fuit, et pro affirmativa facit illud, quod necessarium est ad validitatem instrumenti, aut actus facti, quod apponatur locus, ubi fuit factus... Adeo quod consuetudo in contrarium, dicitur invalida... non enim potest considerari testamentum perfectum, si in eo non exprimatur locus, ubi confectum fuit, quia loci appositio denotat actus perfectionem... Et in terminis testamenti facti inter liberos, quod es defectu appositionis loci in scriptura privata invalidum reddatur.*

(80) SAXOFERRATO, B. DE: *Super Secuda Codicis, Quemadmodum testamenta aperiantur rubrica, Lege Qui testamentum*, núm. 4; UBALDIS, B. DE: *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria, Rubrica De edendo, Lex Editiones*, núm. 3.

(81) COVARRUBIAS DE LEYVA: Cap. *Relatum* I, núm. 12.

(82) CÁNCER, J.: *Variarum, Part.* 1, Cap. 4, núm. 5: *licet alias regulariter in scriptura privata non requiratur appositio diei, nec loci*; FONTANELLA, J. P.: *De pactis nuptialibus, Clausula* 1, núm. 9; XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicatarum, Pars.* 1, *definitio* 36, núm. 2: *Sic etiam scedula scripta vel subscripta manu testatoris continens eius ultimam voluntatem in fauorem piae causae sine testibus, et notario valeat in vim testamenti.*

RUS (84), BOCIUS (85), RUBEUS (86), MASCARDUS (87) y GRATIANUS (88) reconocieron que un testamento privado se perfeccionaba por la voluntad del testador y no por los elementos formales que se le pudieran añadir (89). Únicamente sería necesaria la constatación expresa del lugar cuando se hubiera rogado a un escribano público la redacción del documento (90).

---

(83) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 14*: Sed contrarium est verius, et judico sequendum in nostro Regno, nam etiam si in testamento scriptura privata facto, non apponatur locus, validum erit, et subsistens, quia ut diximus, ut sustineatur testamentum in Regno, solum requiritur, quod de voluntate testantis constet, et de illa sufficienter constat, etiam si deficiat loci appositio... Neque in contrarium adducta obstant, nam procedunt, quando tractatur de appositione loci ad denotandum actus perfectionem, ut si notarius rogetur de instrumento, secus autem quando propria manu scriptura a privato conficitur.*

(84) CLARUS, I.: *Testamentum, questio* 14, núm. 1: *scilicet ut talis cedula valeat, et illi standum sit, licet careat solemnitatibus requisitis, dummodo appareat quod sit scripta manu ipsiusmet testatoris.*

(85) BOCIUS: *Tractatus de testamentum inter liberos*, Tít. 10, Cap. 1, núm. 10; Cap. 5, núm. 201.

(86) RUBEUS: *De testamentis*, Cap. 32, núm. 715; Cap. 24, núm. 436.

(87) MASCARDUS: *De probationibus, Conclusio* 1358, núm. 61.

(88) GRATIANUS, S.: *Disceptationes forensis, Disceptatio* 235, núm. 1: *Addeo quod ultra praedicta multa requiruntur, ut alis scriptura valeat inter filios. Primo enim opus est, ut sit scriptura manu patris, vel matris, et reperiatur in aliqua arca recondita in eorum loco, et recognoscatur ab ipsis filiis, tunc enim aequum est, ut liberi obseruent voluntatem parentum; quamuis careat solemnitatibus, cum inter eos sola ipsa veritas debeat spectari, quasi superfluum habeatur testium praesentia constito de eorum voluntate, quod etiam obtinebit licet scriptura manu aliena sit facta, dummodo tamen subscripta ab ipsi parentibus.*

(89) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 14: *Deinde Petrus II, anno 1358, hoc testandi privilegium ampliavit, et omissionem solemnitatum nihil nocere stabilivit, et consequenter nuda voluntate in scriptis a testatore redacta fieri, recte probatur; et hoc jure utimur non solum inter liberos, sed et inter extraneos.*

(90) GRATIANUS, S.: *Disceptationes forensis, Disceptatio* 235, núm. 10: *Imo etiam ultra tempus esset exprimendus locus, ut valeat testamentum inter liberos*; núm. 11: *Quod tamen erit intelligendum quando non constare de voluntate testatoris nisi per rogitum notarii, tunc enim illud instrumentum testamenti nullam fidem faceret, nisi adesset locus, et dies, et omne id, quod requireretur pro solemnitate in conscribendis publicis testamentis. Aliud*

Para dotar de legitimación a esta argumentación, se esgrimieron los siguientes ejemplos:

[*Primo*] Se daba la perfección del testamento aunque no constase la presencia de testigos (91), ni su suscripción, sello o rúbrica, lo que llevó a la doctrina a sostener que, una vez probada la voluntad del testador, el testamento era válido aunque se hubiesen omitido otras solemnidades (92).

---

enim esset, quando constaret de voluntate ipsius testatoris per eius scripturam, aut per testes, nam in hoc casu defectus loci non vitiatet testamentum patris inter liberos, quasi tunc scriptura patris maneat priuata, prout dicitur tunc talis remanere quando non conficitur publicum instrumentum a notario de dicta voluntate patris; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 14: *Neque in contrarium adducta obstant, nam procedunt, quando tractatur de appositione loci ad denotandum actus perfectionem, ut si notarius rogetur de instrumento, secus autem quando propria manu scriptura a privato conficitur.*

(91) LEÓN, F. J.: *Decisiones, Decisio* 32, núm. 14*: Primo, quia testamentum manu testatoris scriptum, si proprio eius sigillo, vel alieno fuerit sigillatum, licet non sit receptum per notarium, nec habeat testes, validum, et perfectum est*; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Observatio* 50, núm. 13: *ut testamentum manu testatoris scriptum, et ejus sigillo signatum valeret etiam sine notario, sine testibus, sine alio sigillo, vel subscriptione*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 5, núm. 12: *Secundus modus faciendi testamentum in Regno, est media scriptura privata testatoris, nam si testator sua propria manu testamentum faciat, sive sigillatum ab illo proprio sigillo fuerit, sive alieno, sive non fuerit sigillatum, etiam si per Notarium receptum non fuerit, neque testes ullos habeat validum, et satis solemne est, nunc tradutur notario, vel non tradatur.*

(92) LEÓN, F. J.: *Decisiones, Decisio* 32, núm. 25: *Nec obstat secundum, quia immo appositio, seu impressio sigilli in testamento manu testatoris scripto est levis solemnitas, quae etsi deficiat, non vitiatur testamentum*; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Observatio* 50, núm. 13: *... statuit ut testamentum manu testatoris scriptum, et ejus sigillo signatum valeret etiam sine notario, sine testibus, sine alio sigillo, vel subscriptione*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 15: *Ex eisdem rationibus intelliges, quare hujusmodi testamenta scriptura privata facta, valida sunt absque testibus, aut eorum subscriptionibus, et sigillis, prout cavetur, in dicto foro 18 rubrica de testament. ibi: Que valla, e haja fermetat, jatsia ço que no haja Escriva publich, ni testimonis, ni altre sagell, ni alcuna subscripsio... Prout in Curia Romana valent testamenta facta, modo supradicto, inter Cardinales, et alios habentes indultum testandi... nam cum in con-*

[*Secundo*] Confirmada la voluntad testamentaria, la ausencia de un notario no constituía un elemento esencial (93), porque, como sostuvieron COVARRUBIAS (94) o ESCAÑO (95), probada aquella, su presencia se convertía en un elemento subsidiario (96).

---

dendis iis testamentis sit remissa omnis solemnitas, et solum requiratur voluntatis probatio, voluntate probata per scripturam privatam, etiam si nullus interveniat testis, erit testamentum validum, et sustinebitur voluntas, ut de testamento inter liberos probatur.

(93) Rolandinus BONANIENSIS: *Artis notariatus, sive tabellionum. Tomus Primus*. Cap. 3, *De partibus artis Notariatus*, fo. 10-11: *Officium et totum Artis Notariatus exercitum circa tria potissimum versatur, Contractus, ultimas voluntates, Iudicialia. Quod enim quidam in partes Notariatus, et Instrumentorum confectionem annumerant, tam communis illa est, adeoque singulis praedictis generibus inhaeret, ut per se ipsa partem non constituat, sed saltem in consequentiam istorum generum ultro veniat;* TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricae artis notariae*, Cap. 1, fo. 2: *Sunt tres principales partes notariae, quia officium notarii in tribus principalibus consistit. Primo scilicet in contractibus. Secundo in ultimus voluntatibus. Tertio in iudiciis.*

(94) COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Testamentis*, Cap. *Relatum* I, núm. 2.

(95) ESCAÑO, F. DE: *Tractatus de perfectione*, Cap. 6, núm. 11 y 15: *quod testamentum imperfectum probat voluntatem defuncti... et non recvocatur quando per testatorem recuperatur a notario testamentum;* GRATIANUS, S.: *Disceptationes forensis, Disceptatio* 606, núm. 20; núm. 22.

(96) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Observatio* 50, núm. 13: *Jacobus I, Foro 18 de testamentis, statuit ut testamentum manu testatoris scriptum, et ejus sigillo signatum valeret etiam sine notario, sine testibus, sine alio sigillo, vel subscriptione*; TRULLENCH, J. G.: *Decalogo*, Tomo 2, Lib. 7, Cap. 18, *Dubitatio* 2, núm. 5; Cap. 18: *Imo si sciat testator scribere, sufficit ipsius scriptura, suo sigillo, vel amici sigillo signata, quamvis nullus testis, et notarius adsit: et si est in loco, ubi non est sigillum, sufficit sola scriptura;* BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 16: *Ex eadem ratione erit subsistens testamentum istud, quamvis Notarius non interveniat, neque adhuc ei tradatur, neque interveniat sigillum testatoris, aut alia solemnitas... quia cum satis probetur voluntas, per solam scripturam manu testatoris scriptam, et ad illius probationem, neque sit necessarius Notarius, neque sigillum testatoris, aut alia circunstantia, erit testamentum validum, absque Notario, et sigillo.*

4. TERCERA DUDA: TESTAMENTO ESCRITO POR UN TERCERO Y SUSCRITO POR EL TESTADOR

Mayor controversia doctrinal originó la cuestión de la validez de un testamento redactado por un tercero y suscrito por el testador, lo que abre un conjunto de expectativas muy atrayentes para el estudioso del Derecho histórico.

4.1. *IRRITUM ERIT*

En concreto, la literatura jurídica valenciana expuso cómo un sector de la doctrina sostuvo la nulidad de un testamento cuando únicamente el *de cuius* lo había suscrito.

La argumentación esgrimida se basaba en las siguientes líneas argumentales:

Primo. Como advirtiera Ludovico LANA (97), si el *ius proprium* de la mayoría de los reinos bajo-medievales admitía la validez de un testamento carente de ciertas solemnidades formales, esto era consecuencia directa de que, en el mismo, quedaba explícita la voluntad del testador, plasmada por su propia mano (98):

> FURS. *Rubrica De testamentis.*
> *Statuimus licere volentibus per scripturam conficere testamentum vel aliam quamlibet ultimam voluntatem, si nullum scire volunt que in eo*

(97) LANA, L.: *De testamentorum formulis*. Venetiis, 1574, núm. 19.

(98) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 30, núm. 6: *Tertio facit, quod inquit Ludovicus Lanar, in tractatus de formulis testamentorum, Pars 1, Tomus 8, numero 19, folio 180, stante statuto (prout extat in statu Veneto) disponente testamentum per schedulam clausam propria manu conscriptam confici posse (prout etiam disponit in nostro Regno dictus foro 18) tunc si manu tertii describatur, irritum esse, quia non dicitur scriptum manu propria*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 17: *Dubitatur tertio, an si scriptura non fuerit manu testatoris scripta, sed tertii, et solum a testatore reperiatur subscripta, valeat ut testamentum; videtur enim valere non posse, quia etsi in Regno possit quilibet testare absque solemnitate, et explicare suam ultimam voluntatem, scriptura privata, hoc permittitur cum qualitate, quod propria manu testatoris sit scripta... Ergo si manu testatoris non reperiatur scriptura exarata, licet subscripta fuerit a testatore, non adimplebitur, quod forus jubet, quia nequit dici, aut considerari testamentum scriptum testatoris manu, et perconsequens irritum erit.*

vel in ea scriptura fuerint, signatam, ligatam, clausam vel involutam proferre scripturam vel ipsius testatoris vel manu tabellionis publici conscriptam... (99).

De este criterio se hará eco tanto la tradición textual (100) como la doctrina castellana, para la cual el testador, *si sciat scribere*, debía redactar personalmente el testamento en presencia de siete testigos, todos ellos varones, libres, púberes y rogados, los cuales debían suscribir el testamento; si, por el contrario, *nesciat scribere*, tenía que llamar a un octavo testigo para que lo suscribiera (101).

Secundo. A su vez se afirmaba que la suscripción, por sí misma, ni obligaba ni determinaba que, con ella, se aprobaba lo escrito, salvo que se pudiera demostrar que quien suscribía había leído o, al menos, tenía conocimiento de su contenido (102).

Esta línea de pensamiento fue la que prevaleció en ACURSIO, para quien *testamentum facer per alium prohibitum* (103).

---

(99) Furs 6,4,18.

(100) Partidas 6,1,1-2; Leyes de Toro 3.

(101) GÓMEZ, A.: *Ad Leges Tauri, Lege* 3, núm. 23: *In testamento in scriptis requiritur, quod Testator scribat voluntatem suam in aliqua scriptura clausa, vel sigillata, et in ea interveniant septem testes masculi, liberi, puberes, rogati, et subscripti: coram quibus testator uno eodemque tempore dicat, et manifestet illud esse testamentum suum; et si sciat scribere, manu propria coram eis subscribat se; si vero nesciat scribere, adhibeatur alius octavus testis qui subscribat.*

(102) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 30, núm. 2: *Non procedit haec praesumptio, quando subscribens non legisset scripturam, cui subscribit. Nam tunc non praesumitur eam approbasse*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 18*: Secundo facit, quia scripturae manu tertii conscriptae, frequenter a testatoribus subscribuntur, absque eo, quod illas legant, et intelligentes continere ultimam illorum voluntatem, quam verbaliter propalarunt tertio scribenti, in tali scriptura, subscribunt illam absque examine ullo, et ex tali subscriptione, neque censetur scriptum approbare, nisi legat omnem scripturam, vel videat, aut sciat omne contentum illa.* Cfr. MENOCHIUS, I.: *Praesumptionibus*, Lib. 3, *Praesumptio* 66, núm. 21: *Declaratur tertio, ut non procedat haec praesumptio, quando subscribens non legisset scripturam cui subscripsit. Nam tunc praesumitur eam approbasse.*

(103) ACCURSIUS: *Codicis Dn. Iustiniani, De testamentis rubrica, Lex* 29, Gl. *Quemadmodum*: *non tamen dicitur facere testamentum per alium, illud enim prohibitum est.*

4.2. *VALIDUM ERIT IN REGNO*

No obstante el precepto legal, tanto la jurisprudencia de la Real Audiencia de Valencia como la propia doctrina foral siguieron el criterio de mantener la validez de un testamento escrito por un tercero y suscrito por el testador (104):

Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 9 Julii 1630, inter Joannam Morant, et de Aracil, et Hieronymum Verdu.

... etiam quod nec voluntas, praedicta minus perfecta dici protestatione forma ut praedictum curatorem pretentum fuit nam etsi in foro 18 de testamenti libro 6 forma generaliter dispositum reperiatur testamentum manu propria testatoris factum validum esse absque testibus et eorum subscriptionibus attamen etiam obstante foro et singulari dispositione illius secundum magis communem rationis naturalis scripti rationem sufficit quod scriptura seu schedula sit a testatore subscripta, nec suffragari potest dicto curatori quod dicti testes rogati non viderint dictum Philippum scribere alii testes coram dicto Justitia producti deponant notam habuisse testatoris sed etiam ex quo testes rogati scribere nesciebant quod ipse Philippus Arazil propria manu subscripsit schedulam nomine uniuscuiusque ex dictis tribus testibus ut in corpore schedula dictum erat quae subscriptiones modo praedicto factae non posum conferunt pro validitate voluntatis in dictis codicillis contenta. Attento demum quod defectus subscriptionis specialis dicti Philippi Arazil codicillantis non facientis in dicta schedula mentionem codicilli minime reddere potest invalidam illius voluntatem cum secundum usu receptam in Regno juris naturalis scripti sententiam constituenda non est differentia etiam in hoc ultimarum voluntatum materia inter subscriptionem generalem et specialem et dicendum est, de minore sigilli cum in Regno semper levis

(104) Crespí de Valdaura, C.: *Observationes, Pars 1, Observatio* 50, núm. 13: *testamentum manu testatoris scriptum, et ejus sigillo signatum valeret etiam sine notario, sine testibus, sine alio sigillo, vel subscriptione*; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 19: *De hoc dubio consultus fui ab haeredibus Antonio Perez, mercatoris Villae Algezirae fecit enim dictus Perez, quod Vicarius temporalis Ecclesiae Parochialis Sanctae Catherinae dictae Villae, suum ultimum elogium scriberet, dictus Perez, et Thomas Perez alter ex testatoris filiis dicebat, non habere validitatem testamentum; sed non obstantibus supradictis consului validum esse, cum sola subscriptione dicti testatoris ad calcem scriptura tertii facta... et decisum a Senatu sententia per Alreus, die 9 Julii 1630 inter Joannam Morant, et de Aracil, et Hieronymum Verdu.*

solemnitas fuerit refutata, unde dicendum et hoc in casu defectum non inducere in voluntate dicti codicillantis quod in jure videtur dictus forus 18 dum in secunda posse disponit valere testamentum scriptum manu testatoris absque testibus, nec reperit solemnitatem sigilli quasi illam parvui faciens ut infra (105).

Las razones esgrimidas por la doctrina del *mos italicus* tardío fueron claras y concisas (106).

Primo. Se entendía que en el testamento *inter liberos* (107) la única solemnidad requerida era la voluntad del testador, manifestada esta con claridad, la validez del testamento no se cuestionaba, aunque hubiera sido redactado por un tercero y suscrito posteriormente por el testador (108):

---

(105) Archivo del Reino de Valencia. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 103. Sig. 13213.

(106) CÁNCER, J.: *Variarum*, Part. 1, Cap. 4, núm. 5: *Schedula privata scripta, seu subscripta manu patris, continens eius ultimam voluntatem, valet inter liberos in vim Testamenti, licet sine testibus*; MENOCHIUS, I.: *Praesumptio*, Lib. 4, *praesumptio* 7, núm. 6: *Extenditur hic casus, ut procedat etiam quando haec shedula fuisset conscripta manu aliena, sed subscripta manu patris*; XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicatarum*, *Part* 1, *Definitio* 36, núm. 1: *Gravis est Doctorum controuersia an quemadmodum si reperiatur aliqua scedula continens ultimam patris voluntatem scripta vel subscripta patris manu, etiam sine testibus, et notario valet in vim testamenti inter liberos fauore liberorum.*

(107) CLARUS, J.: *Tractatus de testamentis*, *Quaestio* 14, núm. 4: *Quaero, quid si cedula non sit a patre, sed ab alio scripta, sit tamen ab ipso patre subscripta, numquid hoc sufficiet? Respondo quod sic, Nam subscribens censetur virtualiter scribere omnia contenta in scriptura, quam sua subscriptione confirmat*; CÁNCER, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 4, núm. 5: *Habet insuper et alia specialia testamentum inter liberos, siquidem si reperiatur aliqua schedula continens patris voluntatem, scripta, vel subscripta manu patris, valet in vim testamenti inter liberos, licet sit sine testibus*; XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicatarum*, *Definitio* 36, núm. 1: *Schedula aliqua si reperiatur continens ultimam patris voluntatem scripta vel subscripta patris manu etiam sine testibus et notario, valet in vim testamenti inter liberos favore liberorum.*

(108) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 6, núm. 20: *Potestque aliquibus exornari rationibus. Primo, quia ut testamentum factum inter liberos sit validum, non requiritur, quod scribatur a testatore, sed scriptum a tertio, sufficit quod a testatore subscribatur, leg. hac*

Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 8 Februarii 1616, inter Baptistam Rubio, et Josepham Rubio, et de Diago. ... sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit... Et hoc quia in testamento inter liberos, non requiritur aliqua solemnitas, sed constito solum de nuda voluntate sustinetur (109).

Secundo. Se mantuvo la máxima que sostenía que quien la suscribía se le tenía por escribiente (110), y así, como sucediera en el ámbito crediticio (111), se creaba la ficción jurídica de entender que quien lo confirmaba, había redactado en su integridad las disposiciones testamentarias (112):

Bartolus DE SAXOFERRATO: *idem operatur subscriptio, quod ipsa scriptura operaretur... Praesentia et subscriptio quod non praeiudicat etiam ut in eo onus probandi transferatur* (113).

Tertio. Siguiendo los criterios de la tradición romanística (114),

---

consultissima, Cod. de testamentis, ibi: Vel ipsius testatoris, vel cujuslibet alterius manu conscriptam. Et ibi: Sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit... Et hoc quia in testamento inter liberos, non requiritur aliqua solemnitas, sed constito solum de nuda voluntate sustinetur.

(109) Archivo del Reino de Valencia. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 77. Sig. 8605.

(110) Cardenal DE LUCA: *De Testamentis, Discursio* 4, núm. 6: *quod scilicet sola subscriptio Testatoris concurreret scriptura vero esset aliena manu, sed ob publicam fidem Notarii, cum adesset subscriptio, per istam dici poterat dictam asserrimam verificari, quoniam scriptura per aliquem subscripta habetur ac si ab eo scripta esset, dum a nobis fieri dicuntur, quae ab alio de nostro mandato fiunt, atque per nostram subscriptionem approbantur; De judiciis, Discursio* 29, núm. 21.

(111) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 21: *Quod procedit, etiam si scripturae corpus fuerit scriptum ab interessato, aut creditore, in cujus favorem scriptura reperitur facta, praesertim inter mercatores.*

(112) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 21: *Et eo ipso, quod aliquis subscribit, et illam totam suam facit eodem modo, ac si totam scripsisset... et idem operatur subscriptio, quod ipsa scriptura operatur...*

(113) SAXOFERRATO, B. DE: *Super Secunda ff. veteris. Vo. II. De pignoratitia actione rubrica, Lege Gaius*, núm. 1.

(114) MAINO, J. DE: *De testamentis rubrica. Lege Cum antiquitas,*

se salvaguardó la validez del testamento redactado por un tercero cuando, por la mera suscripción, constaba la voluntad del testador (115).

Una vez expuestas ambas líneas de argumentación, y dado que no era factible conciliar las divergencias existentes entre ambas corrientes, los juristas valencianos, para fortalecer su *auctoritas*, sus argumentos *ex ratione*, procedían a concluir la *disputatio* con la negación de los criterios contrapuestos, lo que facilita al lector la inteligibilidad de la cuestión inicial.

Desde el punto de vista formal, los argumentos *sed contra* vienen claramente delimitados en la exposición orgánica construida por los autores, al iniciarse con una clara negación, seguida de la determinación auténtica del autor.

Los argumentos conclusivos que permiten rechazar cada una de las proposiciones iniciales son los siguientes:

Primero. No era lícito realizar una interpretación restrictiva del Ordenamiento foral (116), y en particular de los actos dispositivos de última voluntad, lo que permitía –al no mencionarse en el precepto foral el requisito de la suscripción– que se pudiera dar lugar a

---

núm. 15: *Subscribens schedule per alium scripte intelligitur omnia contenta in ea approabre acti virtualiter totam scripsisset*; núm. 16: *Una subscriptio est suffciens ad autrizandum omnes contractibus praecedentes.*

(115) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 14: *Deinde Petrus II, anno 1358, hoc testandi privilegium ampliavit, et omissionem solemnitatum nihil nocere stabilivit, et consequenter nuda voluntate in scriptis a testatore redacta fieri, recte probatur*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 22: *Ergo eodem modo valere debet testamentum subscriptum a testatore, et scriptum a tertio, quam si scriptum, aut subscriptum fuerit ab illo, cum non minus ex subscriptione, quam ex totius scripturae scriptione constet de subscribentis voluntate... Ergo cum per subscriptionem constet de voluntate subscribentis, dicere debemus non claudicare testamentum ex defectu voluntatis, cum subscribiens censeatur omnia contenta in scriptura approbare, et fateri.*

(116) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum, Pars* 1, *Praeludium*, núm. 29*: De interpretatione restrictiva, sive correctiva fororum, tene, non esse in Regno admittendam, nam Rex nequit limitare, corrigere aut restringere id, quod in foris continetur*; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 1, *Observatio* 1, núm. 45: *Sed admonendi sumus in restrictiva interpretatione, indubitatam esse apud non hanc doctrinam, cum nequeat Rex noster id, quod in Foris comprehensum est et statutum, limitare, corrigere, aut restringere.*

un testamento escrito por un tercero y suscrito por el testador (117), lo que llevaba a reconocer que la ley, cuando afirmaba que el testamento debía ser redactado por el testador, permitía comprender, también, la mera suscripción (118).

Segundo. Partiendo de la literatura estatutaria (119), la doctrina de la Corona de Aragón fue explícita al afirmar que los distintos monarcas, por ser *imperatores in regno suo*, no tenían la obligación de supeditarse ni a leyes ni a la doctrina del *ius commune* (120), por lo que si las normas del reino eran insuficientes (121), se debía recu-

(117) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 23: *Neque obstant per contraria adducta, nam ad primum respondetur, quod etsi in Foro 18 disponatur, quod manu testatoris scribi debebat testamentum, ut validitatem habeat, et nihil de subscriptione dicatur, debet etiam habere locum dispositio fori, quando scriptura manu tertii reperitur scripta, et a testatore subscripta, quia lex, aut dispositio loquens de propria scriptura, sicut noster forus, locum etiam habet in scriptura manu tertii scripta, et manu debitoris, aut personae, de qua loquitur dispositio, subscripta.*

(118) UBALDIS, B. DE: *In III et IV Codicis Librum Commentaria, De non numerata pecunia rubrica, Lex* 3, *Authent. Contra qui propriam*, núm. 8: *Subscribens se instrumento videtur totum instrumentum scripsisse*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 23: *Lex de propria scriptura loquens, habet locum in subscripta.*

(119) MAYNO, J. DE: *In primam digesti veteris partem commentaria.* Venetiis, 1590. Rúbrica *de iustitia et iure. Lex* IX, *Omnnes populi*, núm. 4: *In quo adverte, quod ius civile est duplex. Quoddam est commune: et est illud, quod habetur in libris iuris civilis per totum: et istud non potest condere, nisi Imperator, vel alius supremus princeps. Vid.* COING, H.: *Derecho privado europeo.* I. Madrid, 1995, p. 29.

(120) BELLUGA, P.: *Speculum, rubrica* 11, *versiculo His igitur*, núm. 1: *Sed certe in hoc regno, in quo princeps non recognoscit superiorem Imperatorem... princeps nec eorum officiales, non artantur ad observantiam iuris communis, iurisconsultorum nec Imperatorum. Et ideo Parisius, quae est civitas Regnis Franciae, Imperatorem non recognoscentis ubi est studium generale, Leges sunt prohibitae legi... Ideo quia in Francia, et nonnullis aliis provinciis, laici Imperatorum legibus non utuntur.* Cfr. OBARRIO MORENO, J. A.: *De iustitia et iure regni Valentiae: La tradición de las fuentes jurídicas romanas en la doctrina valenciana.* Madrid, 2005, pp. 28-32.

(121) FONTANELLA, J. P.: *Decisiones*, II, *Decisio* 498, núm. 18, criticó, a nuestro juicio erróneamente, la pasividad, por su adhesión a la literalidad de los Fueros, con la que sus vecinos aragoneses y valencianos recibieron

rrir al Derecho romano-canónico, al estar ambos *corpora iura* sustentados en la recta razón y en la equidad (122). Criterio que la doctrina aplicó sin restricciones en el ámbito testamentario, lo contrario podía llevar a una lectura errónea de la nueva ciencia jurídica tardomedieval (123).

Tercero. Así mismo, se vino a reconocer que una vez recogida la mayoría de las solemnidades testamentarias, la voluntad del testador se podía probar mediante la suscripción del testador (124).

Cuarto. Finalmente se admitió la presunción de que quien suscribía tenía conocimiento, noticia precisa y clara de su contenido, de

---

el *ius commune*: *Non sumus Cathalani tam illiberales, quantum vicini nostri Aragonense, et Valentini, qui has suis foris interpretationes a jure communi resultantes nolunt concedere, tam addicti sunt chartae, licet aliquando, velint, nolint, eis interpretationibus uti compellantur.*

(122) BELLUGA, P.: *Speculum*, rub. 11, vers. *His igitur*, núm. 3: *Leges non possunt omnes casus comprehendere. Sed ubi lex regni non sufficeret, quia non possunt omnes casus legis comprehendi... naturalem rationem servare tenetur... Sed ubi hoc non esset cautum, tunc recurrendum esset ad ius naturale. Nam ius naturale pro veritate habetur. Et quia illud praesumitur vigere ubique locorum... Et ubi iuri naturali talis casus dispositus non esset secundum rationem: bonum et aequm iudex debet procedere, et sic secundum ius positivum, quia ius et ratio convertuntur de bonis damnatorum.*

(123) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 23: *Secundo respondetur, quod etsi forus disponat, quod testator, sua manu conficiat scripturam, sicuti etiam in l. hac consultissima, dispositum extat, omittit subscriptionis casum, et perconsequens remanet sub dispositione juris communis... cum ergo de jure cautum, quod testamenta, quae sine solemnitate fiunt, prout in nostro Regno, cum sola subscriptione testatoris sustineatur.*

(124) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 23: *Sequitur, quod in Regno poterunt cum sola subscriptione hujusmodi testamenta fieri. Ultimo respondetur, quod dato, et supposito quod in Foro 18 praecisse requireretur, quod omnis scriptura testamenti a testatore scriberetur, et posset considerari exclusa subscriptio, foret solemnitas mera, haec, scribendi omne testamentum testatoris manu, nam ad probandam voluntatem, sufficit subscriptio sola, ut expresse probatur ex dicta l. hac consultissima, et cum postea in Foro 51 Regis Petri III sublata fuerit omnis solemnitas in conficiendis testamentis in scriptis, etiam sublata fuit illa exarandi omne testamentum testatoris manu, contenta in dicto foro 18.*

ahí que recaía la carga de la prueba en quien negaba su conocimiento (125).

En este sentido, LEÓN sostuvo que únicamente sería válida la suscripción del testador cuando figurase al final del testamento (126), y se pudiese constatar que su lectura se había realizado al tiempo de la *subscriptio*, ya fuese esta general o especial (127).

---

(125) CÁNCER, J.: *Variarum*, *Pars* 1, Cap. 22, núm. 3: *In dubio tamen subscribens alicui scripturae censetur habuisse notitiam omnium contentorum in ea*; Cardenal DE LUCA: *De dote, discursio* 33, núm. 6: *... quia, ubi justitia pendet a facto ambiguo habente hinc inde probationes, et adminicula, atque res deducitur ad Judicis arbitrium, cum istud non de facili de injustitia sit convincibile, exinde resultat causam semper esse periculosam*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 24: *Ad ultimum respondetur, quod non negamus subscribentem, non obligari virtute subscriptionis, nisi notitiam habuerit negotii scripti, sed pro certo tradimus praesumi de jure habuisse scientiam, et notitiam, contentorum in scriptura, quam subscripsit, etsi dicat non legisse, aut notum habuisse contentum in scriptura, debet ignorantiam probare, et illa non probata, praesumitur scripturam subscriptam fuisse, cum scientia scripti negotii.*

(126) MENOCHIUS, I.: *Praesumptibus*, Lib. 3, *Praesumptio* 66, núm. 3: *arbitrium recipientem instrumentum compromissi nulla contradictione facta, praesumi acceptasse onus cognoscendi et proferendi laudum.*

(127) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 30, núm. 3: *Et inquit Menochius ipsum hac in re multum tribuere iudicis arbitrio, ut considerata scripturae qualitate, loci distantia, temporis brevitate, et his similibus arbitrari possit, an is subscribens legere eam scripturam potuerit, vel non? Se in casu nostro constat per relationem Notarii, cui fuerunt tradita testamentum dictae domnae Iolantis, et memoriale tempore quo illud subscripsit, sed quod per suum confessarium adductum fuit, et quod credebat esse bene conceptum, et quod erat illud, de quo mentionem fecerat in suo testamento, et quod volebat, ut executioni mandaretur. Quod etiam ex depositionibus aliorum testium coadiuvantur*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 25: *Et ideo memoriale illud scriptum a testatrice in casu decis. 30 Dominus Leon, non potuit sustineri, ut testamentum, quia constabat, et probatum fuit, testatricem non legisse illud tempore subscriptionis, neque postea... Et an sufficiat subscriptio generalis, aut requiratur specialis... Solum libet advertere, quod ut dicta subscriptio operetur supra tradita, debet fieri in fine testamenti.*

5. CUARTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO PRIVADO REDACTADO POR UN TERCERO, EN EL QUE EL TESTADOR NO LO SUSCRIBÍA, SOLO LO RUBRICABA

Respondiendo a la necesidad de dar un tratamiento uniforme y sistematizado al ámbito objeto del presente estudio, la doctrina tardo-medieval se cuestionó la posibilidad de otorgar validez a un testamento redactado por un tercero, en el que el testador, *quia literas nescit*, únicamente lo rubrica sin previa suscripción (128).

En torno a esta cuestión, buena parte de la literatura jurídica del *mos italicus* tardío solventó el interrogante afirmando la validez de la declaración de última voluntad, por entender, no solo que la suscripción y la firma poseían idéntico valor jurídico (129), sino porque la voluntad del testador podía constatarse por ambas vías (130).

Frente a esta línea argumental, los juristas valencianos advirtieron de la peligrosidad de que en este únicamente viniera la simple firma del testador, lo que originaría una duda razonable sobre su fiabilidad. Criterio que les llevó a afirmar que no era suficiente con la mera rúbrica, porque esta, a diferencia de la suscripción, propiciaba la aparición de numerosos fraudes testamentarios (131).

---

(128) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 26: *Sed si testator subscriptionem facere non potest, quia literas nescit, videamus, an sufficiat pro validitate testamenti, quod scriptura manu facta, in ima parte proprio sigillo a testatore sigilletur, videtur enim eodem modo debere valere si sigillum interponatur, quam si subscriptio fiat, nam eundem operatur effectum sigillatio, quam subscriptio... Et de voluntate testatoris, non minus constabit per sigillationem, quam per subscriptionem.*

(129) Cardenal de Luca: *De judiciis, Discursio* 29, núm. 23: *Subscriptio autem aliquam habeat restrictionem, seu qualificationem, tunc ad limites subscriptionis, tota scriptura intelligenda est, neglecta amplitudine, quae in ejus corpore contineatur*; Menochius, I.: *De arbitris iudicum quaestionibus et causis. Coloniae Agrippinae*, 1615. Cap. 113, núm. 6: *subscriptio testium necessaria est ad euitandas tamen disputationes omnes, optimum est addere subscriptionem.*

(130) Gratianus, S.: *Disceptationes, Disceptatio* 162, núm. 1: *Approbatio per subscriptionem in carta vacua antequam daretur laudum, verius est quod non praeiudicet. Nam quamuis subscribens dicatur approbare omnia in scriptura content... Ubi ampliat ad sigilli appositionem in hujusmodi cartis vacuis.*

(131) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 27 *Sed quia testamentum est res magni momenti, et periculosum est scripturis*

6. QUINTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO ESCRITO POR EL TESTADOR, PERO SIN SU POSTERIOR SUSCRIPCIÓN

Otra cuestión que despertó el interés doctrinal fue el determinar la legitimidad de un testamento redactado por el testador, pero sin su posterior suscripción. A este respecto, el Ordenamiento foral valenciano (132) y su literatura jurídica (133) vinieron a reconocer su validez, aunque pudieran faltar otras solemnidades, como la fijación del año, del mes o del día (134):

---

fidem dare, cum solo sigillo... Tenendum judico, non sufficere sigillum absque subscriptione, cum in sigillatione faciliter fraus adhiberi possit, et non ita in subscriptione.

(132) Furs 6,4,18.

(133) CÁNCER, J.: *Variarum*, Lib. 1, *Pars* 1, Cap. 6, núm. 34: *Ultimo quaero, An scriptura privata sine subscriptione valeat? Respondeo quod non ... Quod tamen fallit si schedula sit scripta propria manu, quia tunc subscriptione non indiget*; XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicatarum*, *Pars* 1, *Definitio* 36, núm. 2: *Sic etiam scedula scripta vel subscripta manu testatoris continens eius ultimam voluntatem in fauorem piae causae sine testibus, et notario valeat in vim testamenti*; GRATIANUS, S.: *Disceptationes, Disceptatio* 235, núm. 1: *Addeo quod ultra praedicta multa requiruntur, ut alia scriptura valeat inter filios. Primo enim opus est, ut sit scriptura manu patris, vel matris, et reperiatur in aliqua arca recondita in eorum loco, et recognoscatur ab ipsis filiis, tunc enim aequum est, ut liberi obseruent voluntatem parentum; quamuis careat solemnitatibus, cum inter eos sola ipsa veritas debeat spectari, quasi superfluum habeatur testium praesentia constito de eorum voluntate, quod etiam obtinebit licet scriptura manu aliena sit facta, dummodo tamen subscripta ab ipsi parentibus.*

(134) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 14: *Primo, quia testamentum manu testatoris scriptum, si proprio eius sigillo, vel alieno fuerit sigillatum, licet non sit receptum per notarium, nec habeat testes, validum, et perfectum est... et licet non habeat sigillum, si tamen manu testatoris scriptum sit, valet. Quia sigilli solemnitas levist est, et eius omissio non vitiat actum... considerat, quod in illo casu testator totum testamentum manu sua scripsit, et ita quod eius subscriptio non erat necesaria*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 28: *Quod potest etiam in dubium poni est, an si testamentum scriptura privata factum, fuerit scriptum propria testatoris manu, et absque subscriptione inveniatur, validum sit, et hoc in casu si scriptura fuerit perfecta, et contineat orationem perfectam, explorati juris est valere, ut testamentum, etiam si testatoris subscriptio non fuerit apposita, lege cum antiquitas, in fine, Codice de testamentis, ibi:*

Senatus sententia publicata per Nicolaum Deona, die 17, Decembris 1588, in favorem Melchioris Barbera, et contra Rodulphum Barbera.

... ex defecto solemnitatis testamentum non anullatur, et ita si manu testatoris sit scriptum, quamvis non habeas sigillum, esse perfectum... Ergo in Valentiae Regno, in quo haec solemnitas clausurae, et sigilli non est necesaria, quamuis testator sciderit, seu diruperit fila, et evulserit seu ruperit sigillum, valebit testamentum manu testatoris scriptum (135).

7. SEXTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO EN EL QUE NO CONSTABA EL SELLO O LA PRESENCIA DE UN NOTARIO Y DE UNOS TESTIGOS

Siguiendo con esta construcción doctrinal en torno a las reglas que ordenan la aplicación práctica de la figura del *testamento scriptura privata facto*, la literatura jurídica se cuestionó la viabilidad de un testamento redactado sin que constase el sello o la presencia de un notario y de unos testigos (136).

Ante la escasez de fuentes jurídicas, y el consiguiente vacío legislativo, las dudas que originaban estos supuestos en la praxis procedimental podían ser cubiertas a través de los planteamientos doctrinales y de las distintas sentencias que hallamos recogidas en el Archivo del Reino de Valencia, lo que nos permite, en parte, solventar las oscuras interpretaciones que estos supuestos ocasionaban.

En concreto, LEÓN nos informa de un litigo que fue presentado, en 1606, ante la *Sacra Regia Audientia Valentiae*, siendo las partes litigantes Jerónimo Valleriola y su hermana, doña Francisca Valle-

---

Sanccimus si quis sua manu totum testamentum, vel codicillum conscripserit, et hoc especialiter in scriptura posuerit, quod haec sua manu confecit; sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur, neque ab eo, neque pro eo ab alio, sed sequatur hujusmodi scriptura... Scripturae enim manu alicujus scriptae, licet non subscriptae, debet stari, ut plene probet contra scribentem... Et non minus probabitur voluntas per scripturam testantis manu scriptam, etiam non subscriptam, quam si fuerit scripta, et subscripta.

(135) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Sig. 346. Caja 90.

(136) ACCURSIUS: *Codicis Dn. Iustiniani, De testamentis rubrica, Lex* 11, Gl. *Si unus*: *Si non iure testatoris, quia sex testes adhibuisti, vel septem: si tamen sigillis suis, vel alienis non signabant: non valet testamentum.*

riola, viuda de Grau. En este se nos informa de que, habiendo fallecido –"por indigno asesinato"– don Jerónimo Valleriola, de oficio abogado, fueron halladas, en un escritorio de su domicilio, nueve hojas atadas, en las que se podía leer, tanto al inicio como en el dorso, que estas contenían su último testamento, el cual, si bien se hallaba rasgado y con el sello roto, estaba escrito por su propia mano.

En cuanto a su contenido, este estaba conformado por las siguientes disposiciones: invocaciones religiosas, elección de sepultura, designación de gastos funerarios, nombramiento de un ejecutor testamentario, designación de donaciones, dotes, legítimas y del heredero universal. Asimismo, ante la posibilidad de que pudiera ser declarado írrito, se señalaba el deseo de que se mantuviera su validez, bien como codicilo, o mediante otra institución análoga. Finalmente se hacía constar el lugar, el año y el día en que fue escrito, así como la suscripción del testador (137).

---

(137) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Sig. 486. Caja 89 *Senatus Sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die prima, Iulii 1609, inter don Hieronymum Valleriola, contra domnam Franciscam Valleriola: Don Hyeronimus Valleriola Senior Iurisconsultus inter primarios sui temporis advocatos nocte diei vigesimi Octobris 1606, fuit nequiter interfectus, iacens in lecto in cubiculo propriae eius domus. Et at ergo cuiusdam scrinii in quodam conclavi cubiculorum inferiorum eiusdem domus reconditi propter cubiculum, in quo interfectus fuit, reperta fuerunt novem papiri folia simil iuncta, et consuta propria dicti defuncti manu scripta, et subscripta: in quorum principio, et in dorso legebatur, esse ultimum testamentum dicti don Hieronymi Valleriola. Quae tamen reperta fuerunt inciso filio, et rupto sigillo cum quo antea clausa, et sigillata erant. Et in dicto testamento continebantur, quae in testamentis perfectis apponi consueverunt. Nimirum invocatio Domini nostri Iesu Christi, eiusque Virginis Matris Mariae ac Sanctorum, quos testator ipsius extitisse patronos fatetur, cum Sacrosantae fidei orthodoxae professione, sepulturae electione, cum funeris impensa, nominatio manumnissorum seu testamenti executorum, clausula exonerationis conscientiae, et quam plura legata tam pia, quam profana diversis personis relicta. Et signanter legatum quoddam annuum quinquaginta librarum dommnae Franciscae Valleriola dictis testatoris filiae iam nuptae, et dotatae, illius vita durante factum, et aliud don Christoforo Valleriola eius quoque filio pro legitima, et quocunque alio iure ei competenti relictum. Item institutio haeredis universalis facta in persona dicti don Hieronymi Valleriola iunioris ius filii cum diversis vinculis, et substitutionibus, et eis deficientibus, cuiusdam cau-*

Una vez fue publicado el testamento, doña Francisca, al tomar conocimiento de que su hermano había sido declarado heredero universal, solicitaba su revocación y la apertura de la sucesión *ab intestato*: *Quod testamentum fuit publicatum, et eius virtute haereditatem adiit dictus don Hieronymus Valleriola iunior eius filius, adversus quem petitionem posuit domna Francisca eius soror, praetendo dictum testamentum fuisse a patre revocatum, et iure successionis ab intestato succedere simul cum fratre in haereditate paterna.*

Los razonamientos esgrimidos para su revocación pueden resumirse en los siguientes:

Primo. Se debía considerar inválido, como afirmara tanto el Derecho canónico (138) como la escuela de los comentaristas (139) –Bártolo (140), Baldo (141) o MANTICA (142)–, todo testamento que

---

sae piae vocatio: Clausula asseverans contenta in dicta dispositione esse illius ultimam, et supremam testamentariam ordinationem. Item et codicillaris nimirum, quod si nequiret, ut testamentum valere, saltem iure codicillorum vel alio quocunque meliori modo quo de iure sustineri posset, valeret, et pariter dies, locus, et annus, in quibus fuere scripta, ac demum subscriptio manu dicti testatoris facta omnia superiora claudens, laudans, et confirmans.

(138) c. 3,X,2,22. Con relación a estas, la canonística distingue entre las que se hallaban en partes no sospechosas del *instrumentum* –c. 3,X,2,22: *Rescriptum apostolicum propter rasuram in loco non suspecto non censetur vitiosum*; c. 9,X,5,20: *Propter paucarum literarum rasuram in loco non suspecto rescriptum non probatur falsum*–, de aquellas que, por ser muy numerosas o por no proceder del notario que había autorizado el documento, sí viciaban la escritura –c. 9,X,5,20.

(139) Con carácter ejemplificador, LARREA, J. B.: *Allegationum fiscalium*. Lugduni, 1651. *Allegatio* 96, núm. 32: *quia cum quatuor renuntiationes factae essent a domino officii, et is, qui hac renuntiatione sibi officium competere intendit, eas Tabellionibus exhiberet, et illi, ut testantur in iudicio dicerent, non posse prodesse, quia non factae tempore habili, cum a iudice exhiberi eas iuberentur, ut inde colligi possit veritas, et validitas huius renuntiationis, respondit is in cuius fauorem factae, illas lacerasse, et inde oritur vehemens praesumptio falsitatis*; OLEA, A. DE: *Tractatus de cessione iurium*. Lugduni, 1669. Tít. 5, *quaestio* 10, núm. 10: *quia cessio illa ex defectu solemnitatem non possit filii personam autorizare, maxime quando ex contractu filius laederetur.*

(140) Bartolus DE SAXOFERRATO: *Super Secunda Codicis, De testamentis et quemadmodum testamenta ordinantur Rubrica, Lege Non idcirco*, núm. 1: *Rasura vel cancellatio facit testamentum suspectum.*

hubiera sido rasgado o cortado por alguna de las partes interesadas, cuando contravenía la voluntad del testador. En este sentido, tanto la doctrina castellana (143) como la valenciana vinieron a establecer la presunción de que, habiéndose abierto el testamento, se alteraba la voluntad testamentaria, lo que lo hacía írrito (144).

Secundo. El sello del testador, a tenor de lo dispuesto por la doctrina estatutaria (145) y por el propio Derecho (146), se consideraba un elemento, no solo formal, sino sustancial del testamento (147).

---

(141) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De fide instrumentorum,* Cap. 3, núm. 1: *rasuram in loco non suspecto non cesnetur vitiosum*; núm. 8: *Instrumentum est suspectum propter rasuram in loco suspecto, et interlinearem scripturam*; *In IIII et V Codicis Librum Comentaria, De fide instrumentorum, Lex* 11: *Instrumentum cancellatum non probat*.

(142) MANTICA, F.: *Tractatus,* Lib. 12, Tít. 1, núm. 28: *Si testator linum vel signacula inciderit vel abstulerit, utpote eius voluntate mutata, testamentum non valet.*

(143) COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *De testamentis, Pars* 3, núm. 19: *testamentum non valet, si sequatur incisio filorum, et fracti sigilli*.

(144) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 2: *Primo, quia propter incisionem filorum, et fractionem sigilli testamentum non valet... quod si testator Linum, vel signacula inciderit, vel abstulerit, ut pote eius voluntate mutata, testamentum non valet, aliud est si alia quancuque ex causa, praeter mentem testatoris... et siquidem sigillum post mortem testatoris inveniatur a testamento remotum, praesumitur ab ipso testatore fuisse sublatum, nisi ex coniecturis aliud appareat*.

(145) No obstante, SAXOFERRATO, B. DE: *Digesta, Prima constitutio*, núm. 5: *Scriptura publica requiritur signum scribentis: Item est alia differentia inter scripturam publicam et privatam: quis in scriptura publica requiritur signum scribentis.*

(146) Furs 6,4,18. Recopilación 4,25,45.

(147) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 2: *Secundo, quia iuxta dictum forum 18 de testamentis, sigillum est de forma, et de substantia testamenti manu testatoris scripti. Et ita conditionaliter requiritur, quod testamentum sit scriptum manu testatoris, et sigillatum, si testamentum fiat in civitate, et modus traditus sub conditione inducit formam... Et si non esset sigillum de substantia testamenti, frustra adiecta esset in fine dicti fori exceptio illa, quod si fiat testamentum extra civitatem, vel oppidum, non requiratur haec sigilli solemnitas*. Cfr. CÁNCER, J.: *Variarum, Pars* 4, núm. 111*: Ipsi enim dixerunt de nullitate dicti testamenti, eo quod solemnia in eo defeciissent... et non fuiste manu nec sigillo dictae Marianae scriptum,*

En este sentido, LEÓN sostenía que no se podía afirmar que se estaba ante una *solemnitas levis*, porque con la presencia del *sigillo* se evitaba el dolo, el fraude o la falsedad documental (148), lo que permitía dotarle de un valor solemne y sustancial, sin el cual –con su ruptura o su deterioro– se daba la nulidad del testamento (149).

En análogo sentido, MATHEU Y SANZ nos informa de que era práctica observada en la Ciudad de Valencia el registro de los documentos más antiguos y de los confeccionados fuera del Reino –así como el de otros documentos similares–, estando al frente de esta labor el propio Archivero encargado del registro, "quien examinaba con cuidado las cartas, las subscripciones, las asignaciones, las cartas testimoniales, el sello, etcétera" (150).

Tertio. Asimismo, la doctrina (151) reconoció que aportaba al tes-

---

nec sigillatum, nec constat testibus in dicta scriptura contentis, fuiste lectum, et publicatum, et consequenter constat deficere requisita, quae de iure ad solemnitatem, et substantiam testamenti sunt necesaria, atque ita dictam preaetensam scripturam non posse dici testamentum.

(148) C. 6,23,13; C. 6,23,21; C. 6,23,29. En este sentido GOFFREDUS TRANENSIS: *Summa Super Titulis Decretalium*. Lyon, 1519. Reed. Aalen, 1992. *De crimine falsi rubrica*, fo. 123v: *Item suspecta habetur litera si fuerit alieno sigillo signata.*

(149) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 4: *Nec potest dici haec solemnitas levis... Quaere cum praedicta sigilli appositio maxima ratione munita, et exornata sit, ut pote ne quid doli, vel fraudis, aut falsitatis in testamentis incurrat... et foro 18 de testamentis unde necessario infertur, hanc sigillationem, et ligationem minime levem, sed immo substantialem solemnitatem esse... Tenentes hanc solemnitatem maxime necessariam, et essentialem esse, ita ut deficiente sigillo, vel per ommissionem, vel ruptionem, testamenta (quaquam manu testatoris conscripta sint) ruant et annullentur.*

(150) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*. Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 28: *Ex quibus dici posset originem duxisse praxim in Civitate Valentiae ab antiquisimo tempore observatam, registrandi nempe instrumenta antiquiora, vel extra Regnum confecta in Archivo Curiae Civilis, in qua reperiuntur libri, in quibus similia instrumenta registrari assuescunt, per ipsius Archivi Praepositum, sive Archiota... per nos nuncupatum Archiver qui, quidem accurate examinat litteras, subscriptiones, subsignationes, litteras testimoniales Judicum exterarum partium, sigilla et caetera.*

(151) UBALDIS, B. DE: *In I et II Infortiatam Partem Commentaria. De testamento militari, Lex* 26, núm. 4: *Sigillo appositio est signum ratificationis et confirmationis.*

tamento una mayor autoridad y privacidad, al impedir que pudiera ser conocido su contenido (152).

Quarto. La supresión de un requisito sustancial y solemne determinaba la revocación del testamento (153).

Quinto. Buena parte de la doctrina estatutaria (154) sostuvo la nulidad del testamento cerrado y sellado si aparecía roto o rasgado con posterioridad al fallecimiento del testador (155). Criterio de

---

(152) León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 5: *Tertio, quia in testamento clauso (quale fuit dicti Dominus Hieronymi Valeriola) sigillum, et linum, vel ligatura est magni ponderis, et momenti... secretaque testamenta in scriptis condita conservantur.*

(153) León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 7: *amotionem solemnitatis inducere poenitentiam voluntatis, et censeri recessum ab illa; et ponit exemplum; pro ut in nostra specie, in testamento in scriptis in quo si cordulae et signa testium a testatore tollantur, vel rumpantur, vel solemnitas aliqua cancelletur, ex hoc existimari testatorem poenituisse voluntatis suae... Primum est, quod quaelibet solemnitas ex his, quae requiruntur in testamento in scriptis, censetur gravis. Nam si cordularum ligamen censetur essentialis forma, pari modo dicendum erit, sigillationem solemnitatem substantialem esse, et haec duo vincula fortiora esse uno in iure de plano procedit... Si enim deficiente uno ex his duobus requisitis, testamentum corruit, multo fortius deficientibus duobus simul corruere debet. Secundum quod quemadmodum a motione cuiuscunque ex solemnitatibus praesumitur testatorem poenituisse praecedentis voluntatis, ita quoque ex identitate rationis, quae in iure totu facit... ex evulsione sigilli, et feractione cordularum, quae sunt dua ex gravioribus testamentorum in scriptis solemnitatibus; dicendum erit, testatorem testamentum revocare voluisse.*

(154) Ubaldis, B. de: *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De his quae in testamento detentur, inducuntur et inscribuntur rubrica, Lex* 1, núm. 10: *Testamentum, seu instrumentum in carta rasa factum non valet*; Mantica, F.: *De Coniuncturis* Lib. 12, Tít. 1, núm. 28: *Si testator linum vel signacula inciderit vel abstulerit, utpote eius voluntate mutata, testamentum non valet.*

(155) Burgos de Paz, S.: *Ad leges Taurina, Pars* 2, *Lex* 3, núm. 1125: *Ubi refert, allegata ad decisionem magni dubii in Regio Pinciano Consilio olim controversi inter Monasterium divi Augustini oppidi Pinciani, ex una parte, et fratres domnae Mariae Olmedilla ex alia, super testamento dictae domnae Mariae in scriptis ab ea condito, filisque consulto et clauso. Quod ea mortua, apertum et filis incisis fuit ad inventum: in quo Monachi dicti Monasterii ad Collegium conficiendum fuerunt instituti haeredes. Namque ipsum testamentum multi es eo impugnabant, quia praedicta scisio filorum a dicta*

autoridad que fue seguido por la parte actora para promover la impugnación del testamento: *... nam ubi testator post factum testamentum clausum, et sigillatum, data opera linum, vel signacula incidit, vel abstulit, testamentum non valet... Praesumitur autem dictum don Hieronymum Valleriola consulto, et data opera dicta filia incidisse, sigillumque rupisse ex his...* (156).

Sexto. Se entendía que la voluntad del difunto era variable hasta el último instante de su vida. Y así, en el litigio objeto de estudio, la parte demandante entendió que era factible que el padre hubiera deseado revocar el testamento, al comprobar que había desheredado al hijo mayor por una enemistad manifiesta, por creer, de forma errónea, que este vivía en concubinato con una mujer de escasa condición; motivo que pudo inducir al hijo menor –y beneficiario– a su ruptura (157).

Septimo. Finalmente se esgrimió que si el Ordenamiento foral (158) venía a reconocer la primacía de la voluntad del dispo-

---

domna Maria consulto facta iure praesumebatur, et ob id a testante testamentum ipsum eversum.

(156) León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 8.

(157) León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 10: *Sexto, dictum Don Hieronymum Valleriola dictum testamentum revocare voluisse satis deprehenditur ex loco, in quo dictum testamentum repertum fuit, nimirum a tergo scrinii, quo deiectae scripturae, et omnino inutiles reiiciuntur, ut sint pastus murium. Si enim illud dictus testator, uti supremam eius voluntatem, et testamentum perfectum reputaret, in sua arca, seu in dicto scrinio, sive scriptorio clausum haberet, ut post eius mortem recte custoditum inveniretur. Sed quis (ut est verosimile) revocaverat, illud aperuit, filum incidendo, et sigillum rumpendo, et in illum locum dictum proicidit*; núm. 11: *Cuius intentionis non levis est coniectura. Nam tempore conditi dicti testamenti, testator odio habebat don Christophorum Valleriola eius filium primogenitum, qui tunc erat illi inobediens, et volebat uxorem ducere quandam concubinam suam, et ita erat exosus patri. Postea vero cum eo fuit reconciliatus: cum voluntate enim et applausu patris uxorem duxit foeminam nobilem, quam ad suam domum traduxit dictus don Hieronymus Valleriola senior, dictumque filium, et nurum in propria domo habebat, esque multum diligebat, ut in processu fuit probatum. Et sic cessante ratione, et mutata voluntate, credendum est, revocasse testamentum, in quo filium maiorem exhaeredaverat, minorem vero haeredem instituerat, et hoc hanc causam consulto fila incidisse, sigillumque rupisse, animo revocandi testamentum.*

(158) Furs 4,6,51.

nente sobre las solemnidades testamentarias, un testamento solemne, cerrado y rubricado, si con posterioridad aparecía abierto o roto su sello, este se declaraba nulo, no por un defecto formal, sino por un vicio en la voluntad (159). Suceso que venía provocado por la actitud de Jerónimo Valleriola, el joven (160).

Este criterio fue seguido por la doctrina castellana, para la cual, en palabras de Antonio GÓMEZ, la declaración expresa de la voluntad tenía un mayor alcance legal que la solemnidad de las formas (161).

No obstante esta postura argumental, la praxis y la doctrina del Reino vinieron a esgrimir unos razonamientos contrapuestos, cuya línea discursiva puede resumirse en las siguientes premisas:

Primo. En la Real sentencia publicada en 1588 por Nicolás DEONA se vino a sostener la validez del testamento escrito y cerrado personalmente por el testador, aun cuando no constase la presencia del sello, de los testigos, del notario, o, incluso, cuando se constataba su apertura por el heredero universal:

> *Senatus Sententia publicata per Nicolaum Deona, die 17 Decembris 1588, in favorem Melchioris Barvera, et contra Rodulphum Barvera, militis.*

---

(159) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 12: *Septimo, quia licet iuxta fori Totes aquelles persones, numero 51, de testamentis, in Valentiae Regno testatores amplissimam habeant testandi facultatem, et omissione solemnitatum testamenta non annullentur, tamen ubi testator fecit cum debita solemnitate testamentum clausum, et sigillatum, illud consuendo, et sigillum imprimendo, si postea illud apparuerit filo inciso, et sigillo rupto, talis incisio, et ruptura inducit revocationem, cum hic nedum interveniant defectus solemnitatis, sed etiam voluntatis: et licet sola verbalis revocatio non tollat testamentum per factum... si tamen facto ruptum sit testamentum, vel aliqua illius pars sit cancellata, irritum fit.*

(160) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 13: *declarationem voluntatis, quae facto fit, potentiorem esse ad id infirmandum, et ad suscitandum actum, quam ea, quae fit verbis. Idque, vel ex eo apparet, quod haeredi scripto verbis haereditas adimi non potest, si tamen eius nomen cancellatum sit, bene. Quo fit, ut incisis filis respicientibus totum testamentum, voluntas haec sufficiat ad hoc, ut totum videatur revocatum.*

(161) Partidas 6,1,24; GÓMEZ, A.: *Ad legem Tauris, Lex* 3, núm. 19: *Quia debet intelligi quando testador illud dixit, et postea perfecit, et consummavit sine aliqua conditione vel modo, quia videtur poenituisse primae voluntatis.*

... testamentum manu testatoris scriptum etiam absque sigillo, notario et testibus perfectum est in Valentiae Regno, et quamuis testator filium cum quo erat clausum inciderit, et sigillum cum quo erat sigillatum amoverit, non censetur illud revocare, et quid in testamento inscriptis (162).

Idéntico criterio sostuvo la literatura jurídica (163): *quia sigilli solemnitas levis est, et eius omissio non vitiat* (164).

Secundo. Se reconocía que la ausencia de las solemnidades superfluas no podía perjudicar al testamento, menoscabo que se daba por la ausencia de los requisitos esenciales (165). En este sentido, tanto la doctrina castellana (166) como la valenciana, reconocían como innecesarias la clausura y sello del testamento, por lo que, aun habiéndose abierto el mismo, su validez no se debería cuestionar, dado que la voluntad del testador permanecía inalterada (167).

---

(162) ARV. Real Audiencia. Signatura 890. Caja 98.

(163) VALLE, R. A.: *Consilia, Consilium* 82, núm. 12.

(164) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 14: *Primo, quia testamentum manu testatoris scriptum, si proprio eius sigillo, vel alieno fuerit sigillatum, licet non sit receptum per noatrium, nec habeat testes, validum, et perfectum est... et licet non habeat sigillum, si tamen manu testatoris scriptum sit, valet... considerat, quod in illo casu testator totum testamentum manu sua scripsit, et ita quod eius subscriptio non erat necessaria... et si ordo datus a iure sit modici, et levis praeiudicii, quamvis omittatur, non vitiat actum*; núm. 15: *Et maxime hoc procedit in Regno Valentiae, quia per forum 51 de testamentis, ex defectum solemnitatis testamentum non anullatur, et ita si manu testatoris sit scriptum, quamvis non habeat sigillum, esse perfectum fuit declaratum in Consilio Regio.*

(165) C. 6,23,17.

(166) Partidas 6,1,24: *o rajando alguna de las cuerdas*; TELLO FERNÁNDEZ, *Comentariorum. Lex* 3, *Pars* 5, núm. 15; BURGOS DE PAZ, S.: *Ad leges Taurina, Lex* 3, núm. 1124: *viribus non carere quia sigillum ipsum non erat necessarium*; núm. 1125: *Tum quia, etiam hodie testamentum in scriptis consuescit claudi chordis seu filis: cui rei non derogatur hac lege: etsi sigilla quae chordis appendebant, ex hac non exigi lege* constet.

(167) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 16: *Secundo, clausura testamenti cum filis, et sigilli posito, cum non sint de substantia, sed superflua, licet deficiant, non officiunt testatoris voluntati... non revocari testamentum in scriptis, quando testator ex professo illud filis clausum, et sigillatum aperuit, signacula auferendo... non sunt necessariae solemnitates sigillorum, et cordularum... Ergo in Valentiae Regno, in quo haec solemnitas*

Tertio. Los juristas valencianos señalaron que el testamento objeto de litigio era *inter liberos*, por lo que el único requisito exigible era que contase, de forma fehaciente, la voluntad del difunto (168), como así se exigía en la rúbrica del *Codex*, *De testamentis*, *lex Hac consultissima et Authetica* (169). Criterio que fue recogido por la escuela estatutaria (170) y por los tratadistas en Derecho hereditario tardo-medieval –CLARUS–, para quienes, hallada la declaración de última voluntad escrita "por la mano del testador", esta alcanzaba plena fuerza jurídica en el testamento *inter liberos*, dado que en este cesaba toda sospecha de falsedad (171); razón por la que LEÓN sostenía que el testamento hecho entre descendientes se invalidaba cuando el ascendiente declaraba, en presencia de siete testigos, su deseo de que no tuviera validez, disponiendo de otra voluntad o testamento perfecto, o, en su defecto, de un testamento perfecto no escrito (172).

Quarto. Asimismo, la doctrina tardo-medieval (173) reconoció la validez de un testamento cuando, aun no dándose la institución del

---

clausurae, et sigilli non est necessaria, quamuis testator sciderit, seu ruperit sigillum, valebit testamentum manu testatoris scriptum.

(168) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 17: *Tertio, in casu nostro fuit factum testamentum inter liberos, quod valet, licet sit imperfectum ratione solemnitatis. Nec requiritur aliud, quam quod testator manu propria voluntatem suam declarevit lex hac consultissima... quod si reperiatur schedula scripta manu testatoris, vim obtinet testamenti inter liberos ... quia in testamento inter liberos cessat suspicio falsitatis.*

(169) C. 6,23,21,3; C. 6,23,21,3, Authent.

(170) MAINO, J.: *Secunda Super Codice, De testamentis rubrica, Lege Imperfecto*, núm. 1: *Testamentum imperfectum ratione solennitatis omisse valet inter liberos tantum.*

(171) CLARUS, J.: *Tractatus de testamenti, quaestio* 14, núm. 1: *Cedula a patre scripta continens eius ultimam voluntatem valet inter liberos in vim testamenti.*

(172) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 17: *non aliter tale testamentum infirmatur, nisi parens septem testibus adhibitis declaret, se non nolle tale testamentum valere, et aliam disponant voluntatem, vel in testamento perfecto, vel in non scripta perfecta voluntate.*

(173) MANTICA, F.: *Tractatus de coniuncturis*, Lib. 12, Tít. 1, núm. 32: *Sciendam est etiam, quod testamentum consulto praesumitur esse deletum nisi recipiat fauorem libertatis*; BURGOS DE PAZ, S.: *Ad leges Taurina, Lege* 3, núm. 1127: *Verum dictum monasterium demum obtinuit et iuste quia dic-*

heredero y de su sustituto, o habiéndose tachado esta, el conjunto de los bienes se disponía en legados o para pías causas (174).

Quinto. Finalmente, de lo expuesto en el litigio se constataba cómo el testador redactó un testamento anterior, el día 9 de agosto de 1588, que posteriormente canceló, y así lo hizo saber en el segundo y definitivo testamento, revocación que no constaba en este último; por el contrario, lo único que se podía alegar eran mínimas cancelaciones que en nada desvirtuaban su voluntad (175), por lo que, como afirmaba Bártolo, únicamente se podía reconocer su mutabilidad cuando expresamente así constaba:

> Bartolus DE SAXOFERRATO: *Siquidem quis [...] testamentum incidendo tabulas non incidendo linum tamen et cancellando seu inducendo testamentum: tunc ex hoc actu praesumitur mutatio voluntatis: et licet lex postea resigillet non verum facere ut approbet. Sed magis ne legatur* (176).

---

tum testamentum confectum fuit ad pias causas: in quo casu non est iure praesumentum, praedictam scisionem chordarum seu filirum consulto a testatore factam.

(174) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 19: *in casu nostro etiam dispositum fuit ad pias causas, tam in legatis, quam in institutione vocando causas pias ad omnia bona haereditatis, deficientibus haerede, et substitutis ante a vocatis: ergo non praesumitur testatorem consulto dicta fila incidisse, et sigillum avulsisse... Quarto, favore piae causae, et favore libertatis praesumitur testamentum non consulto fuisse incisum, et nomen servi, quaem liberum esse iusserat... in casu nostro etiam dispositum fuit ad pias causas, tam in legatis, quam in institutione.*

(175) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 20: *Quinto probatur fuit, quod idem testator cum aliud testamentu antea fecisset die 9 augusti 1588, quod productum fuit in processu quando ab eo recedere voluit, illius substantialia cancellavit, et ad calcem propria manu scripsit, et declaravit voluntatem, et dispositionem in eo contentam mutasse, et clausulam haereditariam, et alia in dicto testamento contenta, transverso calamo, cancellavit. Quae observantia testatoris circa declarationem eius voluntatis spectari debet... Ab his enim, quae testator vivens observare consuevit, coniectura voluntatis, etiam post mortem sumitur... Solent enim testatores testamenta aperire ad ea revidenda dumtaxat, in casu autem nostro testator testamentum, de quo agimus minime cancellavit, nec illius substantialia calamo transverso delevit, nec illius calce, aut alio in loco expressit voluntatem, et dispositionem in eo contentam mutasse.*

(176) SAXOFERRATO, B. DE: *Super Prima Infor.* Ed. *Commentaria*, III. *De testamento militari rubrica, Lex si fraudem*, núm. 2.

A tenor de este conjunto de alegaciones, la Real Audiencia de Valencia, constatando que el testamento fue escrito la misma noche en que fue asesinado Jerónimo Valleriola, y habiéndose encontrado, no solo el testamento en el escritorio de su habitación, sino otros documentos debidamente escondidos, decidió reconocer su validez (177).

Siguiendo esta línea argumental, BAS Y GALCERÁN desarrollará una procelosa casuística, cuya resolución, como indica el propio jurista valenciano, no siempre fue fácil y de aceptación pacífica *-Difficiliorem resolutionem habet dubium illud.*

Veamos los supuestos contemplados por el comentarista foral.

QUAESTIO 1. *TESTAMENTUM IN PARTIM MANU TESTATORIS SCRIPTUM, ET IN PARTIM A TERTIO, AN SIT VALIDUM*

En primer término se pregunta nuestro autor si tenía validez el testamento redactado, en parte, por la mano del testador y, en parte, por la de un tercero (178).

Siguiendo el modelo de la escolástica *-quaestio, argumento pro et contra et solutio* (179)-, el jurista valenciano inicia su estudio con

(177) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 20: *Denique cum dictum testamentum inventum fuisset eadem nocte, qua testator fuit interfectus, et scrinium apertum, et constaret multas alias scripturas ibi reconditas ab eodem fuisse ab stractas, iudices huius causase nobis persuasimus (id quod valde verisimile est) eos, qui interfecerunt dictum testatorem, scrinium aperuisse, illud recognovisse, et in eo dictum testamentum invenisse, quod postea a tergo dicti scrinii repertum fuit, et ab illis apertum fuisse, incisisi filis, et amoto sigillo. Verisimile etiam erat, quod cum sigillum esset impressum cum cera ea die 20 Octobris, et sic tempore hyemis cum frigore erat valde sicca, facile sigillum fuit avulsum ex eo solum, quod ex scrinio cecidit in terram dicto testamentum, in quo erat dictum sigillum. Quo casu etiam si testamentum fuisset factum in scriptis, valeret, cum testator non consulto fecisset mutata voluntate, sed ex alia causa hoc contigisset dicta lex nostra, Codex, De testamentis.*

(178) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 29: *Difficiliorem resolutionem habet dubium illud, videlicet, an si omnis scriptura, non fuerit scripta testatoris manu, sed solum pars illius, aut major pars, et reliqua pars manu tertii scripta fuerit, possit pro testamento valere.*

(179) PÉREZ MARTÍN, A. y SCHOLZ, J. M.: *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*. Valencia, 1978, pp. 311-314.

la exposición de las distintas posturas halladas en la tradición jurídica, para concluir adhiriéndose a una de ellas *-argumento ex ratione-*, previo rechazo de los argumentos contrarios.

En este sentido, el propio autor menciona cómo se podían hallar en las fuentes jurídicas del *Corpus Iuris* sólidos argumentos para rechazar la cuestión propuesta.

1.1. *Non posse*

Primo. A tenor de lo dispuesto en el *Codex*, se debería sostener que era únicamente el testador quien podía redactar *-manu propria-* el testamento (180).

Secundo. Para dar certeza jurídica a un testamento, no era suficiente con que el testador hubiera redactado solo una parte, o que estuviera reflejada la institución del heredero, sino que debía hacerlo en su totalidad (181). Razón por la que el propio autor recuerda cómo la literatura jurídica vino a sostener que si el testador no redactaba en su integridad el *testamentum*, este era *imperfectum ratione voluntatis, et nullo favore potest validum considerari* (182).

---

(180) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 29: *Videtur enim non posse; primo, quia manu testatoris propria, debet esse conscriptum testamentum... Et hoc non solum quoad partem, sed quoad totum testamentum.*

(181) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 29: *Secundo, nam, ut validitatem habeat testamentum, a testatore propria manu factum, non sufficit, quod illius majorem partem scribat, sed est necesse, quod omne testamentum perfecte scribat, quia si scribens illud, antea quam compleretur, morte praeventus perficere non potuisset, non valeat adhuc in conscriptis, et dispositis, non obstante, quod institutio haeredis scripta reperiretur.*

(182) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 29: *Quod ea ratione nititur, nam tunc judicatur testamentum imperfectum ratione voluntatis, et nullo favore potest validum considerari... Et haec sibi vindicari locum videntur in nostro casu, nam etsi major testamenti pars scripta sit a testatore, non est perfecte, et integre voluntas conscripta, et perconsequens claudicat testamentum ex defectu voluntatis.*

1.2. *Meum judicium*

Frente a este criterio excluyente, BAS Y GALCERÁN sostuvo que la resolución a esta cuestión se debía realizar a partir de supuestos concretos, a saber:

Primus casus. A su juicio, el testamento escrito, ya en parte por el testador, ya en parte o en su totalidad por un tercero, era válido si venía suscrito por el primero (183).

Secundus casus. En análogo sentido sostendrá que el testamento iniciado por el testador, si lo continuaba y lo concluía un tercero, era inválido, *ex defecto voluntatis*, si no lo suscribía el testador (184).

No obstante este criterio general, en la praxis se admitía la validez de aquella parte añadida por un tercero cuando el testamento había sido redactado por el testador, por entenderse que las disposiciones añadidas por un tercero nunca podían "viciar" el contenido de lo dispuesto por el testador (185).

---

(183) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 30: *Sed, ut meum judicium profetam, quatuor veniunt distinguendi casus. Primus erit, quando testamentum reperitur subscriptum a testatore, et hoc in casu, sive pars testamenti, sive totum a tertio fuerit scriptum, validum erit, ut supra provabimus, nulla facta distinctione, an testamenti prima pars, fuerit a testatore, vel a tertio scripta, nam sive principium, sive medium, sive finis testamenti a testatore fuerit scriptum, vel a tertio, testatoris subscriptio facit illud validum, et magis est, quod valeat subscriptum a testatore, etiam si ab integro scriptum fuerit a tertio, quam si pro parte solum, a tertio scriptum inveniatur, nam si subscriptio facit illud validum in eo, quod est magis, melius illud validum faciet in illo, quod minus est.*

(184) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 31: *Secundus casus est, quando testamenti prima pars, manu testatoris reperitur scripta, et postea scriptura, manu tertii prosequuta reperitur, et conclusa a tertio, absque eo, quod a testatore post illud, quod tertius scripsit, reperiatur aliquid scriptum, et hoc in casu judico, testamentum non esse validum, quia dispositio manu testatoris continuata, imperfecta remanet, et perconsequens imperfectum erit testamentum, ex defectu voluntatis.*

(185) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 32: *... nisi aliqua reperiretur perfecta dispositio in illis, quae testator sua scripsit manu, nam respectu illorum valebit testamentum, etiam si appareat non fuisse conclusum a testatore sed a tertio, cum testamenta, quae sine solemnitate fiunt, valeant in ea parte, qua reperiuntur facta, et perfecta dispositio invenitur, etiam si non fuerit consumata, ut jam docuimus, et probatur ex*

Tertio casus. Por el contrario, si la primera parte del testamento era redactada por un tercero y la segunda, hasta su conclusión, lo era por el propio testador, el testamento era válido cuando el tercero otorgaba su aprobación, ya fuese tácita o expresa (186).

Cuartus casus. Finalmente, si el testamento lo iniciaba y lo concluía el testador, y las disposiciones intermedias las redactaba un tercero, *in hoc casu non est dubitandum de validitate testamenti* (187).

---

textum in lege ultima, Codice familiae erciscundae, ibi: Sive coeptum, neque impletum sit testamentum, defuncti dispositio custodiatur... Neque quod scriptum reperitur a tertio, poterit vitiare scriptum a testatore, nam si reperiretur solum illud, quod testator scripserat, utilis, et valida foret dispositio, et additum a tertio, non potest vires adimere dispositioni, cum utile per inutile, non vicietur... Et nunquam potest considerari potestas in tertio addente, ut validitati dispositionis legitimae factae detrahatur jus.

(186) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 33: *Tertius erit casus, si prima testamenti pars, aut minima, aut maxima, scripta reperiatur a tertio, et recto ordine, et immediato, secunda pars usque in finem scripta fuerit a testatore, cum approbatione tacita, aut expressa illius primae partis a tertio conscriptae, ut quia testator sua manu prosequutus fuit dispositionem, illo modo, quo initiata fuit, et conclusit dicendo, quod suum ultimum erat testamentum, et hoc in casu validum judico fore testamentum, quia testamentum a tertio scriptum, et subscriptum a testatore, ideo valet, ut probavimus, quia testator se subscribendo, fecit scripturam suam, et approbavit contentum in ea eodem modo, ac si propria manu illam scripsisset... Ergo cum continuando, et perficiendo manu sua dispositionem a tertio initiatam, cum recognitionem, quod est ultima sua voluntas, fortius approbetur, quod a tertio scriptum est, quam nuda subscriptione approbatur, non potest dubitari de voluntate testatoris, neque de validitate testamenti, ex idemtitate, et adhuc ex majoritate rationis.*

(187) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 34: *Ultimus erit casus, si principium testamenti facti, testatoris manu reperiatur scriptum, et etiam finis, et conclusio, in medioque, et inter scriptum testatoris manu, a tertio fuerit scripta testamenti pars, aut fere omnis ultima testantis voluntas, et in hoc casu non est dubitandum de validitate testamenti, nam si extrema scripturae extiterint exarata manu testatoris, sufficienter constat de voluntate in medio posita, cum approbatum, et confirmatum censeatur omnis scriptura in medio posita.*

QUAESTIO 2. *SCRIPTURA A TERTIO SCRIPTA, ET IN PARTE EXTERIORI, A TESTATORE SCRIPTA, DICENDO: QUOD EST SUUM ULTIMUM TESTAMENTUM*

Un nuevo supuesto se podía contemplar en el ámbito proceloso del Derecho sucesorio: el de la posible validez de un testamento redactado íntegramente por un tercero, en el que el testador sostenía, en su parte externa, que este contenía su última voluntad (188).

2.1. *Pro afirmativa doctrina*

Los argumentos de la doctrina tardo-medieval a favor de su validez se pueden resumir en las siguientes líneas argumentales (189):

Primero. Era válido el testamento cuando se podía probar que la redacción del tercero provenía de un mandato explícito del testador, por lo que el testamento podía subsistir si contenía su voluntad (190).

Segundo. Asimismo, la escuela estatutaria (191) reconocía la validez de un testamento cuando se hallaba recogido en una *schedula*

---

(188) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 35: *Sed si omnis scriptura testamenti a tertio fuerit scripta, et a testatore subscripta non fuerit in fine illius, sed solum in parte exteriori clausurae testamenti, cum qualitate illa dicendi, quod scriptura clausa, est illius ultimum testamentum, dubitari potest, an sustineri debeat pro testamento, nam pro affirmativa facit doctrina Cardinalis de Luca.*

(189) Cardenal DE LUCA: *De testamentis, Discursio* 2, núm. 9: *ut folium, in cujus dorso, juxta cautelam Fulgosii faciendus est rogitus cum subscriptione Notarii, et testium, sit pars ipsius testamenti, itaut non sufficiat esse in folio involvente propter periculum substractionis schedulae verae.*

(190) MARTA, G. A.: *De succesionibus*, part 4, *quaestio* 7, art. 4, núm. 2; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 36: *Et potest primo probari, quia scriptura tertii, si probetur de mandato, et voluntate testatoris scripta, potest, ut testamentum mandantis sustineri... Ergo cum a testatore scriptum inveniatur, quod scriptura clausa continet suam ultimam voluntatem, sufficienter probatur scriptam fuisse ex illius consensu, et poterit uti testamentum sustineri.*

(191) UBALDIS, B.: *In I et II Infortiatam Partem Comentaria, De haeredibus instituendis rubrica, Lex 77, Asse toto*, núm. 3: *si testator dicit, instituo haeredem illum, qui continent in cedula, quam dedi priori praedicatorum, quod ista institutio valet, et est verum*; CLARUS, I.: *Tractatus de testamentis,*

redactada por un tercero, si se constataba que esta era la voluntad del causante (192).

Tercero. Si el testador reconocía que el testamento redactado por un tercero reflejaba su última voluntad, este alcanzaba la misma fuerza jurídica que si hubiera sido redactado por la mano del testador (193).

Cuarto. Finalmente, para dar solidez a la argumentación en favor de la validez del testamento, la doctrina reconoció que esta se alcanzaba por la constatación de la voluntad del testador, probada esta, no se requería que fuese escrito o suscrito (194), porque *testamentum inter liberos valet, si solum a filiis subscribatur* (195).

Quaestio 36, núm. 2 ad fine: *Illam tamen intellige, ut procedant modo liquidem constet illam cedulam, vel scripturam, quae exhibetur, esse illam, ad quam testator se retulit;* MANTICA, F.: *Tractatus de coniecturis*, Lib. 1, Tít. 7, núm. 7: *Consuluit testatori, ut faciat per notarium a tergo ipsius schedula, vel scripturae clausae, apponi tempus, et nomina testium, ne postea contingat dubitari de identitate scripturae*; ESCAÑO, F.: *Tractatus de testamentis*, Cap. 17, núm. 11: *quod haec Schedule sit deum testamentum*; Cardenal DE LUCA: *De testamentis*, *Discursio* 1, núm. 1: *Infirmatus ad mortem Cardinalis Petrus Aloysius Carassa coram Notario, et septem qualificatissimis testibus professus est se testari juxta schedulam propria manu conscripta, et in quodam specificatio ejus domus scrinio existentem, quam, secuta morte, in dicto scrinio repertam, nulla dubitatio cadebat esse propria manu testatoris satis cognita, absque vitio, vel suspicione.*

(192) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 37: *Secundo, quia si aliquis dicat se velle testamentum facere, prout in tali scedula continetur, recte testatur, etiam si talis scedula fuerit a tertio scripta.*

(193) GÓMEZ, A.: *Ad leges Tauri, Lege* 40, núm. 89; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 37: *Tertio, quia omnia nostra facimus, quibus auctoritatem nostram impartimur... Ergo cum testator recognoscat scripturam privatam clausam, esse testamentum suum, et authoritatem impartiatur tali scripturae, illam facit suam, et debet valere pro testamento, eodem modo, ac si ab ipso testatore fuerit scripta.*

(194) CLARUS, I.: *Tractatus de testamentis, Quaestio* 14, núm. 6: *Sed pone, quod cedula ipsa non sit a patre scripta, nec subscripta, sed tamen sit subscripta ab ipsis filiis, numquid valebit?... Intelligo, quod valet non ut testamentum ex dispositione ipsius auc. quod sine, sed ut contractus ex conventione ipsorum filiorum, quod nota, quia est magi effectus.*

(195) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 38: *Ultimo facit, nam ut valeat testamentum in Regno, sufficit, quod per scripturam privatam constet de testatoris voluntate, et ut probetur testatoris vo-*

2.2. *Pro contraria doctrina*

Frente a este criterio, BAS Y GALCERÁN negó su validez en virtud de las siguientes argumentaciones:

Primero. Porque, para otorgar validez al testamento o a la *schedula* escrita por un tercero, no era suficiente con que estuviera suscrito en la parte exterior, sino que debía hallarse escrito o suscrito por el testador en su integridad; criterio que debía aplicarse, incluso, en el testamento *inter liberos* (196).

Segundo. Si bien reconocía que la validez del testamento *inter liberos* y del testamento *ad pias causas* no dependía, a diferencia del resto de los testamentos, de la suscripción del testador, o de las demás solemnidades, sino de la mera constatación de su voluntad (197), cuando concurría la sospecha de fraude en estos testamentos privilegiados, estos no gozaban de la certeza jurídica. Sospecha que se originaba cuando la suscripción venía en la parte externa del testamento, lo que podía facilitar la ruptura del sello y la posterior alteración de la voluntad del causante: *ergo non debet judicari validum tale testamentum, ne fraudibus via aperiatur* (198).

---

luntas per scripturam privatam, non requiritur praecisse, quod ab illo sit scripta, aut subscripta, nam ut constet de voluntate paterna, et validum sit testamentum inter liberos, sufficit, quod subscribatur a liberis juxta multorum sententiam.

(196) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 39: *Iis tamen minime sugerentibus, contrarium judico tenendum, et non sufficere, quod testamentum fuerit subscriptum in exteriori clausurae parte, ut sit validum, quia ut testamentum in scriptis, et scedula privata factum sit validum*; núm. 40: *... debet reperiri scriptum, aut subscriptum a testatore, etiam quod inter liberos fiat.*

(197) MANTICA, F.: *Tractatus de coniecturis*, Lib. 6, Tít. 3, núm. 3: *tamen ad pias causas factum, valebit, si aliquo modo possit constare id, quod testator voluerit disponere.*

(198) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 40: *Secundo, probatur, quia testamenta inter liberos, vel ad pias causas, valent absque solemnitatibus aliorum testamentorum, quia in eis cessat suspitio fraudis, et falsitatis... Ergo quando concurrere possunt suspitiones fraudis, non poterunt hujusmodi testamenta privilegiata valere, et idem erit, si adminicula concurrant... Sed suspitio nota fraudis concurrit, quando solum exterior pars clausurae testamenti adnotata reperitur testatoris manu, nam potuit testator suum ultimum elogium claudere scriptum, aut subscriptum,*

Tercero. Así mismo, advertía que para otorgar validez a un testamento no era suficiente con la mera suscripción del testador, sino que esta debía constar necesariamente en la parte final de la declaración de última voluntad (199). Si, por el contrario, el *testamentum* estaba redactado por el propio causante, debía expresar con claridad que su contenido comprendía su última voluntad (200).

En consecuencia, si la suscripción venía únicamente en la parte externa, y no en el inciso final del *testamentum*, esta no podía entenderse como una prolongación de la redacción realizada por un tercero, lo que impedía que se pudiera hablar de una interconexión entre la *subscriptio* y el *testamentum*, por lo que aquella no podía formar parte del testamento, lo que impedía que pudiera refrendar la voluntad testamentaria (201).

Cuarto. Finalmente, reconocía que el testamento escrito por el causante era válido aunque no estuviese cerrado o suscrito en la parte externa (202). La razón se hallaba en que ni la rúbrica del tes-

---

et adnotationem facere in exteriori parte clausurae, et postea sigillo rupto, vera illius voluntas extrahi, et claudi scriptura tertii ad sui libitum facta, cum simulatione reliquendi exteriorem partem, ubi adnotatio a testatore facta reperitur: Ergo non debet judicari validum tale testamentum, ne fraudibus via aperiatur... Probatur tertio, quia ut testamentum in scriptis valeat, non sufficit, quod interveniat testatoris manus in scriptura.

(199) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 41: *sed necesse est, quod si solum cum subscriptione testatore fiat, apposita sit subscriptio in fine testamenti, l. hac consultissima, Cod. de testament. ibi: Finem autem testamenti subscriptiones, et signacula testium esse decernimus; et si scribitur; quod literarum consequentia declaret ultimam voluntatem.*

(200) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 41: *et si scribitur; quod literarum consequentia declaret ultimam voluntatem.*

(201) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 41: *Ergo cum manus testatoris in exteriori parte testamenti apposita, non sit subscriptio in fine testamenti facta, neque consecutive reperiatur post scripturam a tertio scriptam; imo sit nota extra testamentum posita, quae non habet connexitatem cum testamento, nam papyrus testamentum claudens, et coopertura illa, non est testamenti pars, aut illius consequentia, neque aliquam habet connexitatem cum testamento, voluntatis respectu; sequitur quod a subscriptione clausurae nequit argui ad testamentum, cum ex diversis non fiat illatio.*

(202) LEÓN: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 16: *Ergo in Valentiae Regno, in quo haec solemnitas clausurae, et sigilli non est necessaria, qua-*

tador, ni el que estuviese cerrado, ni la suscripción constituían elementos esenciales del testamento. No en vano, únicamente contraviniendo las reglas del Derecho se podía sostener que la esencia del testamento dependía de la suscripción externa del testamento (203).

Más en particular, y siguiendo el esquema de la argumentación escolástica, nuestro autor consolida su línea de pensamiento rechazando todos los razonamientos en contrario.

QUAESTIO 3. *TESTATOR SUBSCRIBENS FOLIUM IN ALBO*

Finalmente, BAS Y GALCERÁN nos presenta una última duda en torno al testamento escrito por un tercero, duda que el propio autor nos confiesa de difícil resolución: la posibilidad de que se pudiera otorgar legitimidad a un testamento cuando la suscripción del testador se había hecho sobre un folio en blanco, en el que posteriormente un tercero redactaba las últimas voluntades.

A juicio de los comentaristas al Derecho foral se debía rechazar su legitimidad para que, en palabras de Baldo DE UBALDIS (204), no se pudiera ver perjudicado el propio testador (205).

---

muis testator sciderit, seu diruperit fila, et euulserit seu ruperit sigillum, valebit testamentum manu testatoris scriptum; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes*, *Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 14: *Ita ut testamenta (scilicet facta a testatore propria manu in scriptis, sive inter consanguineos, sive inter extraneos) Codicilli, aut aliae ultimae voluntates, aliquo modo, causa, sive ratione, aut ob omissionem solemnitatis non possint anullari*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 42: *Ultimo probatur, nam testamentum in scriptis, validum est, etiam si non reperiatur clausum cum papyro, aut subscriptione, in parte clausurae exteriori, testatoris manu conscribentis suum esse testamentum, quia esto reperiatur apertum, et absque supradictis qualitatibus, validum est.*

(203) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 42: *Quomodo ergo essentia testamenti poterit consistere, et dependere a subscriptione exteriori supradicta, quae potest abesse absque testamenti corruptione? Nisi contra Philosophiae, et Jurisprudentiae regulas dicamus, quod accidentalis illa subscriptio, poterit essentiam dare testamento, et subjecto, quando hujusmodi accidentia extrinseca possunt abesse, et adesse praeter subjecti corruptionem.*

(204) UBALDIS, B. DE: *In IIII et V Codicis Librum Commmentaria, Plus valere quod agitur Rubrica, lex 5, Si falsum*, núm. 1: *Erronea subscriptio*

En este sentido, la doctrina del *mos italicus* tardío (206) fue explícita al reseñar que la suscripción de una hoja en blanco nunca podía obligar al testador, porque no se podía dar esta sin tener certeza o conocimiento del contenido del documento; razón por la cual se exigía que la *subscriptio* se realizara con posterioridad al documento (207).

La razón había que hallarla en que la vigencia de todo documento, ya fuere público o privado, se atestiguaba mediante el binomio *mea subscriptio - mea voluntate*, el cual podía decaer, como se atestigua en *Partidas* –3,19,119–, no solo porque su redactor podía ser dife-

---

vitiat actum... Nota, quod subscribens se scripturae, quam non vidit, nece legit, nec era de sua intentione, non videt eam approbare.

(205) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 46: *Casus erit satis difficilis, et subtilis, si testator subscripserit folium in albo, et alicui tradiderit, qui in illo descripsi testatoris voluntatem; videtur enim tale testamentum a tertio sit, subscriptum a testatore invenitur, et ut sustineatur voluntas, sufficit testatoris suscriptio, quamvis scriptura a tertio scripta reperiatur... Contrarium tamen judico tenendum, quia subscribens folium in albo, non sibi praejudicat, nec ulla potest ex eo deduci probatio.*

(206) Cardenal de Luca: *De credito. Discursio* 81, núm. 6: *Non negabam e converso Ego scribens pro Joanne, et fratribus hujus conclusionis veritatem in puncto juris, quatenus verificaretur in facto istud praesuppositum, quod subscriptio fuisset facta in albo, excepto casu, in quo, ut frequenter contigit, subscribens sciret quid apponendum esset in corpore, atque ex praecedenti tractatu ad effectum aptandi melius scripturam, sive ob circumstantiam, ita subscriptio ipsam scripturam praecesserit*; Cardenal de Luca: *De judicis, Discursio* 29, núm. 27: *Puta quando praesertim accedat sola subscriptio, quia scripturae corpus aliena manu confectum sit, quia nempe opponatur, quod esset subscriptio facta fiducialiter in folio albo, quod ministro, vel fiduciario dari solet, ut eo opportune utatur in gratiam subscribentis.*

(207) Menochius, I.: *De praesumptionibus*, Lib. 3, *Praesumptio* 66, núm. 29; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 47: *Neque faciens similem subscriptionem in albo, obligatur ex subscriptione... cum non potuerit habere notitiam illarum, quae postea scripta fuerunt, et cum subscripserit absque scientia contenti in scriptura, non potest considerari cum notitia scripti subscripsisse, et approbare, quod postea scriptum fuerit... Ergo non poterit pro testamento valere hujusmodi scriptura, non constito praesumptive, aut alio modo, quod subscribens, voluerit disponere, prout in scriptura continetur, bene verum est, quod subscriptio semper judicari debet facta non in albo.*

rente del verdadero autor (208), sino porque su valor no dependía únicamente del carácter solemne de las escrituras (209), sino de su contenido (210), lo que permitió que se abriera paso a la peligrosa doctrina de la *Schaedula non lecta* en el ámbito del Derecho común (211):

---

(208) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 17-20: *Primo, quia ut testamentum factum inter liberos sit validum, non requiritur, quod scribatur a testatore, sed scriptum a tertio, sufficit quod a testatore subscribatur...* núm. 21: *Ergo eodem modo valere debet testamentum subscriptum a testatore, et scriptum a tertio, quam si scriptum, aut subscriptum fuerit ab illo, cum non minus ex subscriptione, quam ex totius scripturae scriptione constet de subscribentis voluntate...*

(209) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 13: *... statuit ut testamentum manu testatoris scriptum, et ejus sigillo signatum valeret sigillo signatum valeret etiam sine notario, sine testibus, sine alio sigillo, vel subscriptione*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 28: *Quod potest etiam in dubium poni est, an si testamentum scriptura privata factum, fuerit scriptum propria testatoris manu, et absque subscriptione inveniatur, validum sit, et hoc in casu si scriptura fuerit perfecta, et contineat orationem perfecta, explorati juris est valere, ut testamentum, etiam si testatoris subscriptio non fuerit apposita... Et non minus probabitur voluntas per scripturam testantis manu scriptam, etiam non subscriptam, quam si fuerit scripta, et subscripta.*

(210) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 20: *Et hoc quia in testamento inter liberos, non requiritur aliqua solemnitas, sed constito solum de nuda voluntate sustinetur... ergo sufficiet subscriptio in Regno, cum solemnitas non sit necessaria in testamentis, sed solum voluntatis probatio.*

(211) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 19; LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 30, núm. 12: *Secundo, nam dictus don Olphus Sans, quando fecit ea quae in facto narrantur, ignorabat defectum voluntatis dictae eius uxoris circa contenta in dicto memoriali, et illud fuisse scriptum, ipsa absente, et non fuisse lectum dictae eius coniugi, antequam illud subscriberet, et continere repugnantia contentis in testamento: de quibus omnibus postea notitiam habuit. Immo, erravit credens dictam uxorem ita ordinasse deliberateque disposuisse, et contentorum in dicto memoriali explicitam notitiam habendo, illud subscripsisse. Et cum dictum don Olphus erraverit, non habuit consensum*; núm. 13: *nescientia verum facit cessare consensum, et nullus est errantis consensus*; núm. 14: *et ita non potest considerari approbatio testamenti nulli, cum ignoraret ea, quae inducebant dictam nullitatem, et hac ignorantia stante.*

MENOCHIUS: *Non procedit haec praesumptio, quando subscribens non legisset scripturam, cui subscribit. Nam tunc non praesumitur eam approbase* (212).

Admitida la veracidad de esta argumentación, la propia literatura jurídica recogió las siguientes restricciones:

La primera hacía referencia al *onus probandi*. En torno a esta cuestión, la doctrina sostuvo que quien alegaba que la suscripción se había hecho sobre una hoja en blanco, le correspondía probarlo, dado que recaía la presunción *a sensu contrario*: que toda *susbscriptio* se realizaba sobre un documento ya redactado (213).

La segunda restricción consistía en sostener que si el testador había suscrito *in albo* es porque podía tener conocimiento del contenido de la futura redacción (214).

No obstante, como la propia doctrina sostuvo (215) que cuando no se podía presumir que había un conocimiento previo del contenido del futuro testamento, se infería que la suscripción se hizo *in folio albo*; esto es, que el testamento carecía de toda validez jurídica (216).

---

(212) MENOCHIUS, I.: *De praesumptionibus, Praesumptio* 66, núm. 21.

(213) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 47: *sed post scripturae exarationem; unde probandi onus, subscriptionem fuisse factam in albo, incumbet subscribenti, aut se fundanti in illa; nam esto vellint multi tentare contrarium... Certius est incumbere subscribenti probandi onus, subscriptionem fuisse factam in albo, nam praesumptio est, quod subscriptio fuit facta, scripta jam, et exarata scriptura.*

(214) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 48: *Limita tamen doctrinam a nobis traditam, si constaret testatorem subscribentem in albo, notitiam habuisse illarum, quae scribenda erant, aut ostensum fuerit, de illius voluntate scriptum fuisse contentum in scriptura, nam tunc ex subscriptione in albo, sufficienter remanebit probata illius ultima voluntas, ut pro testamento valeat.*

(215) Cardenal DE LUCA: *De judiciis, Discursio* 29, núm. 27: *quod esset subscriptio facta fiducialiter in folio albo*; *De credito, Discursu* 81, núm. 6: *Non negabam e converso Ego scribens pro Joanne, et fratribus hujus conclusionis veritatem in puncto juris, quatenus verficaretur in facto istud praesuppositum, quod subscriptio fuisset facta in albo, excepto casu, in quo, ut frequenter contigit, subscribens sciret quid apponendum esset in corpore, atque ex praecedenti tractatu ad effectum aptandi melius scripturam, sive ob circumstantiam, ita subscriptio ipsam scripturam praecesserit.*

(216) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 49:

8. SÉPTIMA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO ESCRITO EN UN IDIOMA INUSUAL, COMO EL LATÍN, EL GRIEGO O EL HEBREO

Siguiendo esta pormenorizada casuística en torno a las condiciones de validez de los actos de última disposición, la doctrina valenciana se cuestionó si los *testamenta* debían redactarse en el idioma del reino, o, por el contrario, acomodarse a lenguas más cultas, como el latín o el griego.

A este respecto, el Ordenamiento foral valenciano fue explícito al afirmar la idoneidad del testamento redactado en lengua vernácula (217):

> Furs. *Rubrica De notariis.*
> *Ordenam encara e fem fur nou que tots testaments o codicils o altres darreres voluntats e tots e sengles contractes o altres obligacions, cartes e letres judicials sien feyts, scrits, ordenats e dictats en romanç e sens alguna <et cetera>* (218).

Buscando enriquecer la legitimidad del testamento *escrito in idiomate usitato, et patrio*, un sector de la doctrina esgrimió los siguientes argumentos:

Primo. En el ámbito del Derecho romano y, en particular, en la ciudad de Roma, todo testamento se redactaba en la lengua vernácula: en latín, *ergo in Regno idiomate usitato, et patrio, debebit fieri* (219).

Sed praesumptio in hoc casu erit, quod subscriptio in albo fuerit facta absque notitia illarum, quae postea conscripta fuerunt... ignorantia enim praesumitur, ubi scientia non probatur.

(217) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 51: *Ultimo facit, quod testamenta semper debent fieri idiomate vulgari, et non idiomate vulgari, et non idiomate extero, aut inusitato... Et in Regno nostro expresse stabilitum habemus, quod testamenta, codicilli, et ultimae voluntates, debeant fieri, et scribi idiomate usitato, et in romantio.*

(218) Furs 9,19,20.

(219) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 50: *Quarto poterit, an si testator sua manu testamentum scripserit, aut subscripserit, idiomate inusitato, ut Latine, Graece, aut Hebraice, validum sit tale testamentum; videtur enim invalidum. Primo, quia ea quae juris Civilis sunt, ut testamentum, in Civitate Romana non poterant fieri, nisi idiomate proprio, et patrio, quod erat latinum... Ergo in Regno idiomate usitato, et patrio, debebit fieri.*

Secundo. Los legados escritos en lengua griega carecían de validez jurídica (220), *ergo, testamentum et legatam inter Romanos, non nisi latine conscribantur* (221).

Tertio. Se sostuvo que los *testamenta semper debent fieri idiomatae vulgari, et non idiomate extero, aut inusitato* (222).

No obstante el sentir del precepto foral, la propia literatura jurídica mantuvo que en el Reino de Valencia era factible que un testamento se pudiera redactar en cualquier lengua (223), ya fuera en latín, en griego, en galo o en cualquier otro idioma (224). Criterio que fue admitido con relación al testamento militar, al sostenerse que la mera voluntad del disponente prevalecía sobre las solemnidades o el idioma empleado (225).

Para dar una mayor solidez argumental, la literatura jurídica valenciana esgrimió argumentos filológicos, jurídicos y de práctica

---

(220) ULPIANUS: *Fragmenta*, Tít. 25, *De fideicomis. § Item graece*: *Liceo legatum graece scriptum, non valeat*.

(221) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 50: *Secundo, quia legata, quae solum in testamentis mandabantur, non poterant relinqui, nisi lingua latina, et sermone patrio... Ergo neque testamenta, alia inusitata lingua, poterant fieri.*

(222) Cardenal DE LUCA: *De fideicommisio, discursio* 226, núm. 7: *Et licet inspecta voluntate naturali hujus Testatoris desumpta ex facti circumstantiis, et praesertim ex ejus qualitate, quod esset vir idiota, testamentum autem pro damnabili pluries inculcato abusu conceptum esset in lingua latina*, BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 50.

(223) UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Comentaria De testamentis rubrica, Lege* 21, *Illud*, núm. 1.

(224) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 52: *Testamentum in Regno potest fieri qualibet lingua, et idiomate Latino, Graeco, Gallo, aut alio... Sed ego censeo, quod etiam si testator scribat suum testamentum, aut subscribat idiomate Latino, Graeco, et Hebraico, aut alio inusitato in Regno, legitime testamentum faciet, dum certe constet de voluntate testantis; et probatur, ex vulgatis juris regulis statuentibus, quod testamentum suum possit quilibet facere, idiomate extero, et inusitato.*

(225) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 53: *Deinde probatur, quia in Regno, ut saepe diximus, jure militari testatur, et ut sustineatur testamentum jure militari factum, sufficit, quod per scripturam de militis voluntate constet, etiam si quolibet idiomate, aut loquendi genere scriptura facta fuerit.*

forense que venían a consolidar toda la base textual en la que se basaban.

Desde el punto de vista de la tradición histórico-jurídica, BAS Y GALCERÁN reconocerá que en el Derecho romano *-de jure antiquo-* los testamentos podían estar redactados, *non solum latina lingua, sed et graeca, aut alia extera* (226):

> Baldus DE UBALDIS: *Potest quis testari Graece, et Latine lingua, intellige in scriptis. Testamentum nuncupativum Graeca lingua actum valet, nisi testibus declaretur per interpretem* (227).

Tomando como referente la praxis forense, LEÓN y CRESPÍ DE VALDAURA observaban cómo en la realidad jurídica del Reino se alternaban el uso del latín, del valenciano o del castellano, llegándose, incluso, a dar una mayor preponderancia del castellano sobre el valenciano (228).

A juicio de los foristas valencianos, este criterio no venía a romper la máxima que sostenía, en palabras de TRULLENCH, *solemnitatis testamenti non tantum est probatoria, sed de ius substantia et essentia*, esto es, que los testamentos debían cumplir con las formalidades establecidas en el Ordenamiento foral, toda vez que las solemnidades testamentarias eran elementos que conformaban el testamento: su esencia y sustancia (229). La razón la hallaban en que el término

---

(226) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 54: *Neque obstant in contrarium adducta, nam ad primum, et secundum respondetur, quod de jure antiquo non poterant ea quae juris civilis erant, alia lingua fieri, aut conscribi, quam latina, et ea quae juris gentium erant, poterant fieri, etiam lingua Graeca, aut alia extera... Sed haec juris constitutio antiquata fuit, et noviter constitutum, quod legari, et testari posset, non solum latina lingua, sed et graeca...*

(227) UBALDIS, B. DE: *De testamentis Rubrica. Lex 21 Hac consultissima § Illud.*

(228) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 55: *Quod in Regno satis practicatum habemus, nam testamenta clausa, et scriptura privata facta; de quibus loquimur, assidue fiunt idiomate Castellano, et non patrio, ut de testamento Domnae Yolantis Despuis, testatur... et de testamento Pauli Salafranca.*

(229) TRULLENCH, J. G.: *Opus*, 18, 3, 2: *Tale testamentum etiam in foro conscientiae esse invalidum, ita ut haeres tali testamento institutus, et legatarius, teneantur ante omnem sententiam statim haeredibus ab intestato*

romance se encontraba recogido en la rúbrica *De notariis*, en su fuero 20, y no propiamente en la rúbrica *De testamentis*, por lo que la afirmación genérica que allí se contemplaba no podía aplicarse a un testamento privilegiado como el del *testamentum parentum inter liberos*, sino, únicamente, al testamento redactado ante notario; lo contrario sería contravenir los criterios del *ius commune* del *ius proprium* valenciano (230).

Finalmente, al margen del ámbito jurídico, juristas como MATHEU Y SANZ O BAS Y GALCERÁN advertirán que el precepto foral no hablaba de que los testamentos debían estar redactados en valenciano, sino en romance, bajo cuyo nombre se comprendía el valenciano, el castellano y el latín (231).

9. OCTAVA DUDA: LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO ESCRITO EN UNA TABLA U OTRA MADERA

Siguiendo la exposición en torno a la validez formal del *testamentum*, la jurisprudencia se planteó su viabilidad cuando este no estaba redactado sobre una hoja en blanco, sino sobre otros materiales: una madera, una tabla, una lápida u otros afines.

A este respecto, BAS Y GALCERÁN nos informará de que en el Reino de Valencia era costumbre que los testamentos se redactasen sobre hojas en blanco, costumbre que adquirió fuerza de ley (232).

---

restituere. Ratio est, quia solennitas testamenti non tantum est probatoria, sed eius substantia, et essentia; CRESPÍ DE VALDAURA: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 14: *Deinde Petrus II, anno 1358, hoc testandi privilegium ampliavit, et omissionem solemnitatum nihil nocere stabilivit, et consequenter nuda voluntate in scriptis a testatore redacta fieri.*

(230) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núms. 55-56.

(231) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 54: *sub nomine romantii, non solum venit idioma nostrum Valentinum, sed Castellanum, et Latinum*; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 2, Cap. 8, Tít. 9, núm. 14: *loquitur de Curia Judicis ordinarii, et antea dum loquiru de Curia Regia ait, in Latino, vel in Romancio*; núm. 15: *Verbum, romanç, comprhendit linguam Latinam.*

(232) BELLUGA, P.: *Speculum, rubrica* 11, *versiculo His igitur*, núm. 7: *Et tunc aut consuetudo iuvatur de novo ratione seu utilitate, et valet consue-*

Frente a este uso, la doctrina foral sostuvo que para la redacción de un testamento era idóneo cualquier material (233).

Expongamos brevemente su línea argumental:

Primo. La doctrina definía el testamento como la declaración de última voluntad realizada por el *de cuius*, con independencia de la materia con el que se hubiera hecho (234):

> Bartolus DE SAXOFERRATO: *in quacumque materia scribatur testamentum sive in membranis sive in chartis de papiro sive in tabulois non currandum* (235).

---

tudo... Et potest esse ratio, quia eo casu rationabilis est consuetudo. Aut non iuvatur nova ratione seu utilitate, et tunc non valet... Et in quibus permittendo, ut sciant iudicantes quem bonam terrae consuetudinem futuram reprobando, in quibus nesciant iudicantes quomodo bonam terrae consuetudinem servare habeat: ut a gravaminibus se abstienant. Nam transgressores bonae et rationabilis consuetudinis, ut legis transgressores, puniendi sunt, nam ampliorem potestatem habet consuetudo, quam privilegium vel lex; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 57: *Quinto dubitari potest, an si testator suam scripserit ultimam voluntatem, in tabula, vel pariete, vel lapide, aut in alia simili parte, sit legitimum testamentum talis scriptura, et pro negativa facit, quod haec testamenta juxta nostri Regni consuetudinem, non scribuntur, nisi in marcha papyri albae, quae consuetudo legitime introducta, pro lege servanda est, cum parem vim habeat.*

(233) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 58: *Sed ego credo posse in Regno sustineri testamentum scriptum in tabula, lapide, aut alia qualibet material... Primo, quia ad validitatem testamenti, juxta juris regulas, non officit, quod scribatur in tabulis, vel chartis, aut qualibet alia materia. Secundo, quia in Regno ubi sola voluntas testatoris inspicitur, et jure militari testatur.*

(234) UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Commentaria. De testamentis Rubrica, Lex* XV, *Quoniam*, núm. 5: *Ultimum notatur, quod ita valet scriptum, vel publicatum in papyro, sicut in membrana*; MAINO, J. DE: *Secunda Super Codice, De testamentis Rubrica, Lege Quoniam*: *Ultima nota ... ibi in quacumque materia, quod testamentum potest scribi in quaqumque materia, et sic non solum in charta bona, sed etiam in papyro: et concordat*; DURANDUS, G.: *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, *De instrumentorum editione*, 9 § *Instrumentorum*, núm. 21: *Item quod est scriptum in papyro, sed haec non est sufficiens causa reprodandi.*

(235) SAXOFERRATO, B. DE: *Super Secunda Codicis, De testamentis et quemadmodum testamenta ordinatur, Lege Quoniam*, núm. 3.

Secundo. Esta relajación de las formas fue observada desde antiguo en el testamento militar: *Testantes jure militari, possunt scribere testamentum in qualibet materia* (236).

Tertio. Se rechazaba el criterio de quienes se amparaban en el valor jurídico de la costumbre para otorgar una interpretación extensiva. En torno a esta cuestión, en el ámbito jurídico de la Corona de Aragón (237), haciéndose eco tanto de la definición aportada por San Isidoro en sus *Etimologías* (238) como de los juristas tardomedievales (239), se definió la costumbre como el Derecho instituido por los *mores*, que se tomaba como ley a falta de esta (240), por lo que la costumbre, como fuente de Derecho, quedaba relegada a un

---

(236) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 15: *Cum igitur defectus solemnitatis condi testamentum in scriptis possit, nihil interest, an habeat, vel non habeat calendarium*; núm. 16: *Militi enim licet plura facere testamenta, sive simul, sive separatim, si hoc scpecialiter exprimat*.

(237) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Las fuentes del Derecho contempladas a través del «Apparatus» de Tomás Mieres", *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*. 1982, pp. 274-277; EGEA I FERNÁNDEZ, J. y GAY I ESCODA, J. M.: "Eficacia de les normes a la tradició jurídica Catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta". RJC, 1979, pp. 508-509.

(238) Isidorus: *Etymologiarum*, Lib. 2, cap. 10, *De lege*, núms. 2-3: *Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex... Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu*.

(239) SAXOFERRATO, B. DE: *Commentaria in Primam Digesti Veteris Partem, De legibus rubrica, lex* 31, núm. 6: *Primo, igitur quaero, quid sit consuetudo?... Ius non scriptum, moribus et usibus populi vel a maiore parte ipsius, ratione initiatum et continuatum et introductum, habens vim legis*; *In secundam Codicis Partem Praelectiones. Quae sit longa consuetudo rubrica*, núm. 2: *Consuetudo est ius moribus, vel usibus totius populi, vel maioris partis initiatum, continuatum et constitutum, habens legis authoritatem*; UBALDIS, B. DE: *Ad tres priores libros Decretalium Commentaria*, rub. *De consuetudine*, núm. 1: *Consuetudo, est ius non scriptum rerum experientia comprobatum, et quia supponitur iustitiae usitatae saltem vulgari, et populari, eius pars debet esse constans, et perpetua voluntas*.

(240) TROBAT, Juan B.: *Tractatus de effectibus immemorialis, Questio* 3, núm. 10: *Ius quoddam moribus institutum quod pro lege suscipitur dum deficit lex. Vid.* CAMPITELLI, A.: "Spunti su una teoria della consuetudine accolta nell'apparato accursiano." *El Dret Comú i Catalunya*. 1996, pp. 38-49.

segundo plano, al ser introducida por el uso (241) y por la aceptación de, al menos, una parte notoria de la comunidad (242).

En el caso objeto de estudio, la literatura jurídica valenciana no hizo excepción alguna a su rechazo sobre una posible interpretación extensiva (243): ya fuese porque no se debía extender a otros

---

(241) En este sentido, Partidas 1,2,4.

(242) TROBAT, J. B.: *Tractatus de effectibus immemorialis, questio* 3, núm. 17: *A communitate, ut a populo... et non est necesse, quod sit ex totius populi consensu, quia sufficit a maiore parte, non contradicente*. Criterio seguido por la mayoría de la doctrina medieval; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *observatio* 63, núm. 16: *Et ob eandem rationem etiam in universitate, quae potest condere legem, observantia minoris partis populi non sufficeret ad inducendam consuetudinem, quemadmodum neque expressus consensus minoris partis ad ferendam legem*; SAXOFERRATO, B. DE: *Commentaria in Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De legibus*, *lex* 31, núm. 5: *Consuetudo est ius non scriptum moribus et usibus populi vel a amiori parte ipsius ratione initiatum et continuatum et introductum habens vim legis*.

(243) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 1, *Observatio* 1, núm. 45: *in extensiva interpretatione aliqua animadversione opus est*; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, rub. 2, núm. 13: *Ex hoc tamen non tollitur justa, et legitima interpretatio, cum excludat frivolam, et extrinsecam, non autem intrinsecam, quae venit ex mente, et ratione fori;* núm. 29: *Neque ex hoc inanis remanet foralis dispositio, cum ab ea non solum excludatur extrinseca interpretatio, ut diximus; sed etiam extensio, et ampliatio... dummodo extensio non fiat ex omnimoda identitate rationis*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum, Praeludium*, núm. 23: *Sed non cogites literalem fororum intelligentiam, et interpretationis exclusionem esse absolutam, quia extrinseca, frivola, cavilosa, et fraudulenta interpretatio judicari debet tantum exclusa, intrinseca vero, et quae ex mente, et ratione fori venit, non excluditur a foris, neque leges prohiberi potest*; núm. 25: *De interpretatione extensiva non debemus haesitate, quod reperitur exclusa a nostris foris, quia fororum verba sunt intelligenda in propria significatione, et in casu de quo loquitur forus... Unde nequit extendi forus de casu de quo loquitur, ad alium diversum casum*; núm. 26*: Quod limita si omnimoda rationis idemptitas concurreret, nam tunc habebit locum extensio... Regula juris est, quod ubi eadem, et omnimoda ratio reperitur, debet ibidem etiam reperiri eadem juris dispositio*; núm. 28: *poterit tamen Princeps foralem extendere dispositionem, ad alium casum, sanctione pragmaticali, non per modum extensionis rigorosae, ser per modum legis ad illum casum latae*.

casos (244); ya porque esta no debía –como es el caso– contradecir los principios y reglas del Derecho común (245).

10. NOVENA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO REDACTADO POR EL TESTADOR CUANDO APARECÍAN NOTAS, CIFRAS O ABREVIATURAS INSÓLITAS

La lectura atenta del Ordenamiento foral llevó a la doctrina a plantearse una nueva variante: la posibilidad de que pudiera redactarse un testamento mediante signos, abreviaturas, notas y cifras inusuales.

A este respecto, la escuela estatutaria (246) y buena parte de la literatura tardo-romana (247) sostuvieron la invalidez o ilegitimidad

---

(244) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 59: *Neque obstat illiud, quod pro dubitandi ratione adduximus, nam respondetur, quod etsi in Regno testamenta soleant scribi in charta papyri albae, haec consuetudo non potest considerari potens, ad vicendam legem juris communis, statuentem, quod in qualibet materia possint conscribi testamenta, nam consuetudo hujusmodi habere potest vim legis, in illo tantum casu, quo reperitur inducta, et iste est, quod testamenta scribantur in papyro alba, sed non habebit vim legis ad hoc, ut non scribantur in alia materia, quia circa hoc reperitur lex statuens, et non consuetudo derogans, et consuetudo illa scribendi testamenta in charta papyri albae, non potest extendi de illo casu, ad casum derogationis juris communis, ad hoc ut censeatur impermissum, quod in alia conscribantur materia.*

(245) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 60: *nam consuetudo contineri debet in suo casu, et non extenditur ad alium casum. Et quando consuetudo est contra jus commune, multo minus extenditur de casu ad casum.*

(246) UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De testamentis rubrica,* Lex XXIX, *Iubemus,* núm. 1: *Nota duos modos testandi, scilicet manu scribendo, vel lingua pronunciando, quia rerum natura non accommodavit nobis alios modos expressos, et expressio necessaria est in haeredis institutione, et hoc statutum est in his quae sunt summa summarum, nihil est ita proprium, sicut claritas*; núm. 2: *quae dicit, quod institutio haeredis poteest fieri nutu. Solum ibi loquitur ad pias causas.*

(247) GÓMEZ, A.: *Ad leges Tauri, Lege* 3, núm. 110: *Item quaero, si testator infirmitate gravatus et in extremis positus amisit loquelam, taliter quod clare et articularte non potest loqui, an posit testari et haeredem instituere*

del testamento escrito mediante signos o cifras, por entender que todo testamento debía estar escrito con letras claras y precisas, lo que impedía el uso de abreviaturas o las notas (248):

> *Senatus sententia publicata per Alreus, die 16 Martii, inter Petrum Blasco contra Ludovicum Blaco.*
>
> *Attento quod ex lectura ultimo testamenti Vicentii Blay quondam militis ville de Ontinyent et aliis comptats dictum Vicentium Blay instituisse sibi haeredem universalem Ludovicum Blasco filium Petri Blasco et Hieronymae Palau conjugum et quod dictus Vicentus Blay testator in dicto suo ultimo testamento exprese ex verbis claris privavit dictum Petrum Blasco omni jure quod parentes habereque sunt in bonis adventitiis suorum filiorum, et consequenter noluit quod dictus Petrus Blasco tamquam pater dicti Ludovici Blasco esse legitimus administrator bonorum haereditatis...* (249).

Frente a este criterio, la doctrina valenciana advertía que la exégesis del *Corpus Iuris Civilis* no podía hacerse tomando únicamente algunos ejemplos puntuales y arbitrariamente elegidos, porque del análisis del volumen documental que la praxis del foro aportaba, se podía verificar una falta absoluta de uniformidad, lo que permitía, a tenor de esta casuística, legitimar su argumentación contraria (250).

Veamos los supuestos esgrimidos:

---

saltem nutu, vel signis? Et breviter et resolutive dico, quod si testator penitus amisit loquelam, taliter quod clare, articulate, et intelligibiliter non potest loqui, non potest testari, neque haeredem instituere, etiamsi nutu vel signis exprimat voluntatem suam.

(248) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 61: *Sexto potest controverti, an testamentum manu testatoris scriptum notis insolitis, et cifris, aut abreviaturis, validum sit; videtur enim invalidum esse, quia testamentum debet scribi testatoris manu, non signis, aut cifris... Testamentum literis scribi debet, et notae non sunt literae, et perconsequens, neque characteres legitimi ad scribendum testamentum, l. sed cum patrono 6 § notis ff. de bonorum.*

(249) Archivo del Reino de Valencia. Sentencia de la Real Audiencia. Sig. 2734. Caja 40.

(250) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 61: *Sed absolute non potest admitti hujusmodi sententia, et ut meum proferam judicium, quatuor veniunt considerandi casus.*

[*Primus casus*] Se podría entender como válida la primera argumentación, esto es, la nulidad del testamento cuando las notas o las cifras eran extravagantes, inusuales o insólitas (251).

[*Secundus casus*] Cuando las notas eran conocidas y de uso corriente, *validum erit testamentum* (252).

[*Tertius casus*] Se reconocía que en la praxis era válido el testamento militar en el que la voluntad del testador se plasmaba mediante signos, ya fueran conocidos o inusuales (253). Criterio que la doctrina del *ius commune* hizo extensible al testamento *ad pias causas* (254), a los legados y a los fideicomisos (255).

---

(251) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, núm. 61: *quando notae, et cifrae sunt extravagantes, insolitae, et inusitae, et hoc in casu, licet ex illis possit voluntas coligi, aut dignosci, testamentum erit invalidum, quia non notis, aut signis, sed literis scribendum est, et in hoc casu loquuntur jura supra tradita.*

(252) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 62: *Secundus casus erit, quando testamentum reperitur scriptum per notas consuetas, et usitatas, et hoc casu, validum erit testamentum.*

(253) Crespí de Valdaura, C.: *Observationes*, *Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 16: *Militi enim licet plura facere testamenta, sive simul, sive separatim, si hoc specialiter exprimat... si appareat testatorem a voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse*; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 63: *Tertius casus erit, quando testatur jure militari, prout in nostro Regno, nam valebit testamentum notis, aut cifris consuetis, vel etiam inusitatis factum, si de voluntate testatoris constet per notas illas, et cifras conscriptas, l. Lucius Titius 40 ff. de militar. testament. ibi: Lucius Titius miles Notario suo testamentum scribendum notis dictavit, et antequam literis praescriberetur vita defunctus est: Quaero, an haec dictatio valere possit? Respondi militibus quoquo modo vellint, et quomodo possint testamentum facere concessum esse, ita tamen, ut hoc ita subsequutum esse legitimis probationibus ostendatur.*

(254) Ubaldis, B. de: *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria, De Sacrosanctis Ecllesiis Rubrica, Lex* I, núm. 11: *Haeredis institutio nutu facta ad pias causas, valet*; Gómez, A.: *Ad Leges Tauri, Lege* 3, núm. 111: *in testamento, et institutione ad pias causas; quia valet et tenet, et potest fieri solo nutu et signis.*

(255) Pistoia, C. de: *Lectura Super Codice, De fideicommissis, Lege Et in epistola*, núm. 2: quod *nutu potest relinqui legatum*; Gómez, A.: *Ad Leges Tauri, Lege* 3, núm. 113: *Limita tamen superiorem conclusionem, quae habet quod legata, et fideicommissa possunt relinqui nutu, ut procedat quando testator amisit loquelam casu, vel morbo.*

[*Quartus casus*] Se reconocía la validez de un testamento cuando la voluntad del testador se había expresado con balbuceantes e imprecisas palabras (256).

11. DÉCIMA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO CUANDO HABIENDO DEJADO EL TESTADOR UN ESPACIO EN BLANCO, CON POSTERIORIDAD APARECÍAN AÑADIDOS O NUEVAS DISPOSICIONES

Los intentos por dar una interpretación correcta en torno a las solemnidades testamentarias del testamento cerrado, llevó a la doctrina a plantearse una nueva cuestión: la validez de un testamento en el que los espacios en blanco dejados por el testador, aparecían, con posterioridad, con añadidos o nuevas disposiciones (257).

A este respecto, comentaristas como Pablo DE CASTRO o juristas como XAMMAR (258), declararon su nulidad, por entender que se podía ver alterada la voluntad inicial del testador con la complementación de los espacios vacíos (259):

---

(256) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 64: *Ultimus casus erit, quando literae balbucienti calamo reperiuntur scriptae, et non recte adnotatae, aut male conceptae; et hoc in casu, si ex literis, modo quo reperiuntur, voluntas testatoris probetur, aut coligatur, validum erit testamentum.*

(257) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 65: *Septimo poterit dubitari, an si testator in scriptura privata sua manu conscripta, spatia alba dimisserit ad scribendum postea, et reperiatur scriptura cum albis, perfectum dici possit testamentum.*

(258) XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicatarum in Sacro Regio Senatu Cathaloniae sub diversis definitionibus cum rationalibus seu (si mavis) allegationibus a Ioanne Paulo Xammar...* Barchinonae, 1567. *Part* 1, *Definitio* 36, núms. 14 y 15: *Circa alba omissa in praedicta scriptura ad postea scribendum et disponendum, potest argui ad utramque partem pro validitate scriptura, et imprimis contra scripturam quia... quoties notarius vel alius scribens dimittit spacium album, videtur protestari aliquid esse supplendum: at in testamentis suppletiones sunt omnino prohibitae.*

(259) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 65: *pro negativa facit, quod dimittens spatium album in scriptura, videtur protestate aliquid esse supplendum, adiiciendum, et ponendum. Ergo non impleto albo, remanet testantis voluntas imperfecta, et per consequens tes-*

Paulo DE CASTRO: *Et licet in originali scriptura, quae erat apud notarium nil ponere potuisset sine licentia notarii, et iudicis faciendo?, potuisse puniri extra ordinem, non autem de falsitate; quia non mutasset veritatem, sed suppleuisset scripturam, de qua supplanda videtur fuisse protestatus, eo ipso quod ipsam dedit cum dimissione spacii, attamen apponendo in copia sibi traditam etiam sine licentia notarii, et judicis, nullo modo debebat puniri* (260).

En este sentido, Baldo DE UBALDIS sostuvo que los bienes que pudieran aparecer escritos en los espacios en blanco no podían ser tenidos en cuenta porque, a menos que se pudieran verificar en otras partes del testamento, los suplementos estaban prohibidos (261).

Frente a esta prohibición categórica, la doctrina valenciana estableció la siguiente clasificación:

Primo. Se distinguía entre si el espacio en blanco se hallaba en una parte sustancial o en un lugar subsidiario del testamento (262). Si se hallaba en la parte en donde se debía fijar la institución y el nombre del heredero *-parte substantiali-*, el testamento no era válido (263). Si se dejaba un espacio en blanco en el prefacio o en

---

tamentum nullum ex defectu voluntatis completae, nam non sufficit, quod testator partem suae ultimae voluntatis scribat, sed requiritur, quod ad integro, et perfectae scripto reperiatur.

(260) CASTRO, P. DE: *Consilia, Consilium* 157, núm. 2.

(261) UBALDIS, B. DE: *Consilia*, Vol. 5, *Consilium* 232, núm. 1; XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicatarum*, *Pars* 1, *Definitio* 36, núm. 15: *at in testamentis suppletiones sunt omnino prohibitae*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 66: *Facit etiam, quod relictis in scriptura spatiis albis, illius oratio, non poterit rectum censum admittere, nisi per supletionem aliorum verborum, et in testamentis hujusmodi suppletiones sunt omnino prohibitae.*

(262) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 67: *Sed ad veram resolutionem distingue aut alba dimissa sunt in loco, et parte substantiali testamenti, aut in non substantiali, si primum, inspici debet an absque supplemento verborum, scriptura faciat verum, et perfectum censum, si enim rectum censum non faciat absque supplemento verborum, testamentum non erit validum, quia imperfectum ratione voluntatis, et spatia alba dimissa in parte substantiali illud vitiabunt.*

(263) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 68: *album spatium in parte substantiali erit, si reperiatur, in institutione haeredis, et illius nomine... in parte non substantiali erit, si reperiatur in praefatione testamenti, aut in legatis factis.*

la parte donde se designaban los legados, o en otra similar *–parte non substantiali–*, su validez no se cuestionaba (264).

Secundo. Asimismo, la doctrina estableció una excepción al principio general, al afirmar que si el espacio en blanco se hallaba *in parte substantiali scripturae*, como, por ejemplo, en el lugar donde se reflejaban las sustituciones, únicamente era inválido con relación a la designación de un sustituto; pero no así con relación a otras figuras o al resto del testamento, donde no se hallaba constancia de que se hubieran dejado espacios sin transcribir (265).

Tertio. Finalmente se admitió la validez del testamento con espacios en blanco, cuando se podía, por los antecedentes y subsiguientes, interpretar la voluntad del testador (266).

---

(264) XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicatarum, Pars* 1, *Definitio* 36, núm. 19: *In contrarium tamen expende plures esse casus, in quibus alba dimissa non vitiant scripturam, etiam testamentariam, ut quando album non esset in loco substantiali*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 69: *Si vero spatia alba reperiantur in parte non substantiali, ut in praesatione, et legatis, aut alia simili parte, non vitiabitur testamentum.*

(265) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 70: *Sed magis declara doctrinam supra traditam, nam si spatia alba reperiantur in parte substantiali scripturae, et haec pars sit capitulum separatum a caetera dispositione, ut puta, si in substitutionibus substantialibus fuerit, testamentum quoad hanc partem, erit invalidum, quoad institutionem vero, et alia capitula, in quibus non reperitur suspitio, validum erit testamentum, modo perfecta reperiatur dispositio, quod in institutione, et caeteris testamenti partibus reperitur conscripta.*

(266) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 71: *Idem dicendum erit, quando non obstantibus albis dimissis, clarus, et apertus census dispositionis, ex antecedentibus, et subsequentibus coligitur, nam non obstante albo in parte substantiali dimisso, validum erit testamentum. Et ratione particulari procedit hoc in nostro Regno, ubi ad validitatem testamenti in scriptis, nihil aliud requiritur, quam ut de voluntate testantis constet, et dum haec probetur, sustinebitur testamentum, non obstantibus albis, et in iis casibus judex inspicere debet, et arbitrare, an sufficienter de voluntate constet.*

12. UNDÉCIMA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO CON CANCELACIONES O RASGADOS EN SU PARTE SUSTANCIAL

La doctrina tardo-medieval (267) estableció, como principio general, que el documento que se encontraba sustancialmente cancelado, abolido, enmendado, roto o viciado (268) carecía (269), por la ausencia de certeza jurídica, de valor probatorio (270). Por el contrario, si la cancelación, la rasura o la enmienda se hallaban en un margen del escrito, en una parte no sustancial o en un lugar no sospechoso, al no dudarse de su validez, adquiría *plena fides* (271). Cri-

---

(267) UBALDIS, B. DE: *In IIII et V Codicis Librum Comentaria, De fide instrumentorum, Lex* 11: *Instrumentum cancellatum non probat*. LARREA, J. B.: *Allegationum fiscalium.* Lugduni, 1651. *Allegatio* 96, núm. 32: *quia cum quatuor renuntiationes factae essent a domino officii, et is, qui hac renuntiatione sibi officium competere intendit, eas Tabellionibus exhiberet, et illi, ut testantur in iudicio dicerent, non posse prodesse, quia non factae tempore habili, cum a iudice exhiberi eas iuberentur, ut inde colligi possit veritas, et validitas huius renuntiationis, respondit is in cuius fauorem factae, illas lacerasse, et inde oritur vehemens praesumptio falsitatis.*

(268) Pillius MEDICINENSIS: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 3, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14: *Item notandum est, quod statur publico instrumento, si prima facie apparuerit sine vituperatione visibili. Et prima faci suspectum apparuerit, proferens debebit ei fidem facere per testes omni exceptione maiores, alioquin tamquam falsarius puniendus erit*; Tancredus BONONIENSIS: *Ordo iudiciarius, Pars* 3, Tít. 3, *De exhibitio instrumentorum*, núm. 5. *Solis publicis instrumentis vel alio modo authenticatis, prout superius dictum est, vel privatis, in casibus supra dictis, fides adhibenda est sine aliquo alio adminiculo, dummodo instrumentum illud apareat sine vituperatione, rasuras vel cancellaturas, quae possint suspicionem inducere.*

(269) No cabe entender el mero defecto formal o textual. Cfr. c. 11,X,2,22: *Defectus literae non vitiat rescriptum.*

(270) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 2, núm. 14: *Sextus casus erit, si instrumentum in parte substantiali reperiatur cancellatum, abolitum, emmendatum, ruptum, aut alio modo vitiatum, nam similia instrumenta suspecta sunt.*

(271) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 2, núm. 16: *Resolvit non procedere, si emmendatio facta reperiatur in margine instrumenti. Haec intellige, quando cancellatio, rasura, aut emmendatio reperitur in parte substantiali instrumenti, quia si reperiretur in parte non substantiali, et loco non suspecto, non erit instrumentum suspectum, ut sunt iura*; MORLÁ,

terio que se excepcionaba cuando era un escribano público quien lo corregía, enmendaba o cancelaba personalmente *-ab ipso notario* (272)-, lo que atestiguaba con la firma del documento (273):

> Antonio Gómez: *Intellige tamen quod vitium, cancellatio, vel emendatum ab eodem notario vel tabellione: ut quia dicat, quod supra in tali parte vel loco rasum, vel cancellatum, vel aditum est, manu meam factum est: quia tunc non vidiatur instrumentum* (274).

Esta misma línea argumental tenía reflejo en el ámbito testamentario, donde se dudaba de si un testamento con cancelaciones o raspados podía alcanzar validez jurídica (275).

Para dar una respuesta a esta cuestión, la literatura jurídica valenciana desarrolló una amplia casuística en torno al carácter sustancial de la enmienda, rasura o cancelación. En concreto, el esquema propuesto puede resumirse en los siguientes criterios:

[*Primo*] Cuando la enmienda o la cancelación afectaban a la esencia o a la sustancia del testamento, este quedaba invalidado (276).

P. A.: *Emporium utruiusque, Pars* 1, Tít. 11, *De fide instrumentorum, quaestio* 9, núm. 11: *cum ego in casu nostro non appareat in sui prima forma, et figura, scilicet, ut est in prothocolo, et originali, signum notarii esse scissum, et sublatum, sequitur, quod cessat praesumptio partis adversae, quod non sit cancellatum, et eo, quod signum scissum est.*

(272) Furs 9,19,2.

(273) Ubaldis, B. de: *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria, De edendo Rubrica, Lex 7, Authen.* Núm. 14: *per hoc dico, quos si in instrumento sunt cancellationes, aut sunt in parte substantiali, qua parte cancellationes sunt prohibitae de iure, et oportet quod Notarius faciat mentionem specialem de eo. Aut sunt in loco non substantiali, et sic non sunt prohibitae de iure, tunc talis est, quod Notarius faciat generalem mentionem, dicens, preadictas cancellationes ego feci.*

(274) Gómez, A.: *Ad leges Tauri, Lege* 45, núm. 145. Asimismo, en *Lege* 3, núm. 90: *Quod limita, et intellige, nisi Testator, Tabellio, vel Notarius salvaverunt ipsam rupturam, vel interlineaturam, dicendo, quod non noceat: quia tunc non censetur fueri revocatio.*

(275) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 72: *Octavo dubitatur, an si testamentum manu testatoris scriptum, aut subscriptum, cancellationes, et rasuras contineat, validum sit.*

(276) Morlá, P. A.: *Emporium, Pars* 1, Tít. 11, *quaestio* 9, núm. 12: *Sexto facit: nam si debitor conventus in iudicio habet instrumentum rasum,*

En este sentido, Jasón DE MAINO sostuvo que la cancelación o la sobreescritura hallada en un testamento no lo viciaban en su totalidad, sino a la parte sustancial afectada por la cancelación o la sobreescritura. Criterio que se exceptuaba cuando se probaba que con estas modificaciones se alteraba la voluntad del testador (277).

[*Secundo*] No obstante, para que esta afirmación fuera concluyente, se tenía que probar que las había hecho el testador, al entenderse que para decretar la nulidad del testamento no era suficiente que las enmiendas se hallaran en su parte sustancial (278).

[*Tertio*] Si no se probaba la autoría de las alteraciones, el testamento permanecía válido. A juicio de la doctrina, estas no tenía que haberlas realizado necesariamente el disponente, sino que bien podrían venir por causa fortuita o por la mano de un tercero, en cuyo supuesto, quien imputaba la autoría al testador corría con la carga de la prueba (279).

---

non in parte substantiali, ita ut possit legi praedictum instrumentum, prout in nostro casu, valet, et praesumitur praedictam rasuram factam fuisse ab ipso, poenes quem reperitur praedictum instrumentum, et non a creditore; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 72: *videtur enim non posse sustineri, quia per cancellationes satis constat de mutata voluntate testantis, aut saltim de inconstantia... sed absolute non est vera opinio istorum, sed distinguendum redo, aut cancellationes, et rasurae, in partibus substantialibus testamenti, si primum, non erit validum.*

(277) MAINO, J. DE: *Secunda Super Codice, De testamentis rubrica, Lex Si unus*, núm. 6: *Nota tertio quod cancellatio vel suprascriptio que reperitur in testamento non vitiat testamentum in totum quia non est defectus in solennitate, sed illam particulam cancellatam, ita demum vitiat si sit facta de voluntate testatoris alias secus.*

(278) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 73: *Quod intellige, quando a testatore fuerint cancellationes factae consulto, nam non sufficit, quod reperiatur cancellatum testamentum in partibus substantialibus, sed a testatore consulto deletum fuerit... et cum mutatio voluntatis non praesumitur.*

(279) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 74: *Et cancellationes potuerint fieri casualiter, aut ab alio, quam testatore, vel sine ejus jussu, quo casu obesse non debent. In dubi non debet judicari factas fuisse cancellationes a testatore, et se fundans in illis, et allegans a testatore fuisse factas debebit probare.*

[*Quarto*] Supuesto diferente era que el testador hubiera realizado apostillas, breves notas o comentarios en los márgenes o interlineados, lo que no lo invalidaba (280):

> Baldus DE UBALDIS: *Rasura interlinearis, et subscriptio non sunt contra solemnitatem testamenti, sed debilitant ipsum* (281).

[*Quinto*] Si por el contrario estas notas marginales habían sido escritas por un tercero sin el consentimiento del testador, se les debía tener por no escritas (282).

[*Sexto*] En análogo sentido a lo expuesto por la doctrina castellana (283), se sostenía que si el testador únicamente subscribía el testamento redactado por un tercero, las cancelaciones o las apos-

---

(280) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 77: *Sed mihi videtur, quod si apostillae, aut supraposita manu testatoris probentur scripta, falcitatis supitione cessante, et constito de voluntate, valebit testamentum.*

(281) UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De testamentis, Lex* 12, núm. 2.

(282) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 78: *Non erit ita, si apostillae scriptae cernantur, et super additamenta appareant facta alterius manu, nam non erit fides adhibenda, si omnis scriptura manu testatoris scripta fuerit: et si margine testamenti appositum fuerit, quod testator mutaverit, aut quod non mutaverit voluntatem, non erit adhibenda fides simili notae, nisi appareat quod apposita fuerit de testantis voluntate, imo pro non scripta habebitur.*

(283) ESCAÑO, F. DE: *Tractatus de Perfectione*, Cap. 7, núm. 30: *Imperfecta etiam cognoscetur schedula si manu testatoris scripta, aut subscripta non sit, in hoc enim consistit perfectio, et valor huius dispositionis... Et si continet multas cancellationes, et apostillas, quia non est verisimile, quod testator in ea animum firmare voluerit ad perfecte testandum... ut si multa in apostillis in margine apposuit... Quod magis procedit, si testator post factam scripturam diu supervixit, atque eam non reduxit in puram scripturam sine cancellationibus*; núm. 31: *Idem erit, si schedula in breviaturis etiam usitatis scripta sit... Qua prohibetur tabelionibus, ne quidquam per compendium scribant, ut falsi omnis evitetur occasio. Quod maxime procedet, si summa aliqua pecuniae signis Arithmeticis exprimatur, quia de facili potest falsitas committi... Et ita non constabit per illam de perfecta testatoris voluntate, quae apparere non dicitur ubi falsi suspicio adest.*

tillas que se hubieran realizado por un tercero invalidaban el testamento (284).

[*Septimo*] Se afirmaba que se anulaba lo dispuesto en el testamento cuando las cancelaciones realizadas impedían su lectura y la comprensión de la voluntad testamentaria (285).

[*Octavo*] Se reconocía que si la modificación o la alteración se daba en la parte no sustancial, el testamento era válido (286).

[*Nono*] Se confirmaba que el documento no se viciaba cuando los rasgados o los defectos no se hallaban en lugares sospechosos (287). En este sentido fueron explícitas las palabras de Baldo DE UBALDIS al sostener que no hacían prueba las cancelaciones o rasuras realizadas en un lugar sospechoso: *nec plenam, nec semiplenam* (288).

A tenor de este esquema de racionalidad jurídica, se concluía con la afirmación de que la cancelación de un documento no podía viciar o reprobar el valor jurídico de otro *instrumentum* (289):

---

(284) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 79: *Et si testatoris manu solum fuerit testamenti scriptura subscripta, et a tertio scripta, non erit adhibenda fides apostillis, et supra positis, etiam manu ipsius tertii scriptis, nisi constito aliunde appositas fuisse de voluntate testantis, vel quia ipse testator ita recognovit, aut aliunde appareat de illius voluntate scriptas fuisse.*

(285) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 75: *Sed no aliter judices posse habere locum ista, nisi casu in quo, cancellationibus non obstantibus, scriptura potest legi, et percipi voluntas, nam si census percipi non posset, deficeret voluntas, et ut testamentum valere nequiret.*

(286) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 76: *Si autem testamentum in parte non substantiali rasum, aut cancellatum fuerit, validum erit. Sed si in cancellationibus, aut rasuris, in parte substantiali positis, reperiantur apostillae, aut suprascripta, voluerunt aliqui, non esse adhibendam fidem testamento, quia non videtur verosimile, quod testator in tali scriptura animun firmare voluerit ad perfecte testamentum.*

(287) MORLÁ, P. A.: *Emporium*, *Pars* 1, Tít. 11, *Quaestio* 9, núm. 16: *Nam, quotiescumque rasura, vel vituperatio fit in instrumento in loco non supecto, non vitiat instrumentum.*

(288) UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De testamentis, Lex* 12, núm. 8.

(289) MORLÁ, P. A.: *Emporium*, Tít. 11, *Quaestio* 8, núm. 3.

Baldus DE UBALDIS: ... *cancellatio unius instrumenti non tollit vires alterius instrumenti, quod non invenitur cancellatum* (290).

13. DUODÉCIMA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO SIMULTÁNEO

Tomando como referente el planteamiento de ORLIAC (291) y de COING (292), cabe afirmar cómo durante la Edad Media (293) se fue consolidando la idea de que los cónyuges podían redactar sus testamentos conjuntamente (294), ya instituyéndose mutuamente como herederos, ya designando a sus hijos o a un tercero (295).

La doctrina valenciana, aun reconociendo el principio de la *unitas actus* establecido en el *Codex*, mantuvo su licitud, por entender que tales disposiciones se basaban en el mutuo cariño de los cónyuges (296).

---

(290) UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De testamentis, Lex* 30, núm. 3.

(291) OURLIAC, P.-MALAFOSSE, J.: *Historie du droit privé*, Vol. III, *Le droit familial*. París, 1968, p. 402.

(292) COING, H.: *Derecho privado europeo*. I. *Derecho Común más antiguo (1500-1800)*. Madrid, 1996, pp. 735-738.

(293) Así en Partidas 5,11,33.

(294) No obstante, POTHIER, R. J.: *Traités de succession, donations testamentaires... Ouvres*. VIII. París, 1847. I, 1, reconoce que en la Ordennance francesa de 1735, artículo 77, se prohibía expresamente el testamento mancomunado. Tomo la cita de COING, H.: *Derecho privado europeo*, ob. cit., p. 738.

(295) ARVIZU Y GALARRAGA, F. DE: *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media*. Pamplona, 1977, p. 297.

(296) UBALDIS, B. DE: *In sextum codicis librum Commentaria. De testamentis rubrica. Lex Cum antiquitas*, núm. 1: *Nota quod totum testamentum debet fieri uno contextu, et ratio est, quia totum unum factum sit de sua natura contextum, quia si posset fieri per partes separatim, decederet eum pluribus testamentis factis diversis locis, et temporibus. Item quia impossibile est, quod ex partibus distantibus, et non collectis in unum resulter aliquod integrale perfectum, cum nihil sit perfectum, nisi constet ex partibus formalibus simul iunctis*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL: *Quotidianarum Controversiarum*, lib. 2, Cap. 18, núm. 26: *cum testamentum faciunt maritus, et*

La mayor dificultad de estos testamentos simultáneos estaba en si al contener las disposiciones de última voluntad de dos personas, cada cónyuge podía revocar o modificar la decisión del otro, incluso sin su previo conocimiento (297).

A este respecto, los juristas valencianos fueron explícitos cuando sostuvieron que si bien algún sector doctrinal (298) había sostenido la viabilidad de la revocación unilateral, en el Reino de Valencia *contrarium tenendum est*, por entender que únicamente el disponente podía modificar su declaración de última voluntad (299).

---

uxor, vel alii duo simul, in eadem scriptura, aut charta, conjunctimque de bonis suis disponunt, vel aliquo modo, aut nominatim in aliquam causam expendi illa decernunt, usque adeo superstes pro sua parte eam dispositionem revocare potest, ut defunstus ex hac revocatione deceptus non videatur, nec illi ex hoc aliqua fraus, aut injuria facta fuisse censeatur, cum notum sit omnibus eam conditionem actum illum ex sui natura fortiri; ANTÚNEZ, D.: *De donationibus*, Tom. 2, *Pars* 3, cap. 30, núm. 15: *Ampliatur autem dicta resolutio etiam in testamento viri, et uxoris facto in eadem charta, quamvis enim regulariter valide fieri possit*; núm. 16: *Proinde quando maritus se propria manu haeredem uxoris scripsit, nihil agere videtur, et testamentum uxoris non valet juxta superius tradita: Atque maritus haereditatis incapax est: Et si habuit cohaeredem, vel conjuctum in legato, aut fideicommisso, portio haereditatis, vel legati illi accrescit.*

(297) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 6, núm. 90.

(298) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL: *Controversiarum*, lib. 2, Cap. 18, núm. 17: *Rationem quoniam negari non potest, quin secundum juris potestatem duo sint testamenta, et tot, quot sunt personae testantes: et sic perinde est, ac si unusquisque eorum seorsim, et disctinste de bonis ad se spectantibus dispofuisset; et per consequens superstes potest revocare suam propriam dispositionem, utpote juris intellectu, et potestate ab altera distinctam, et separatam, cum sint duo testamenta;* LARREA, J.: *Decisiones, Decisio* 60, núm. 10: *Senatus in hac contruersia decreuit, potuisse coniugem superstitem pro sua parte reuocare dispositionem, ut in suis bonis succedat haeres institutus; in aliis vero coniugis praemortui sobrinos admittendos, ex substitutione;* núm. 11: *Cuius sententia erat valida ratio fuit quia cum duae sint haereditates duarum personarum, etiamsi in una charta fiat testamentum, non unum et idem, sed duo, et diuersa testamenta censentur... et unum testamentum existimetur, duae tamen haereditates dicuntur... quam per legem falcidiam, eis verbis, an in utrisque.*

(299) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 91: *Et quia ut diximus, duo judicantur testamenta illa quae a conjugibus in*

14. DECIMOTERCERA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO SIN LA INSTITUCIÓN DEL HEREDERO

Una vez delimitados algunos de los aspectos formales del testamento, la doctrina se cuestionó si la preterición (300) o la desheredación *sine causa* podía determinar su nulidad (301).

En el ámbito del *ius commune* (302) la mera preterición determinaba la nulidad *–ipso iure–* del testamento: *quia juxta juris regulas*

---

eadem fiunt charta, quilibet ex illis, altero vivente, aut mortuo poterit dispositionem revocare, mutare, aut alterare, quia etsi alterius morte, illius testamentum confirmetur, nequit libera facultas adimi superviventi, mutandi, revocandi, vel alterandi suam ultimam dispositionem... Et quamvis Antonius Faber tradat, quod revocato testamento per unum ex conjugibus, remanere etiam revocatum, quoad partem conjugis non revocantis, contrarium tenendum est, nam solum quoad partem revocantis revocatum censeri debet, quia alter ex conjugibus non potest revocare alterius dispositionem, et ultimam voluntatem.

(300) Así, en Partidas 6,7,10 se lee: *Preteritio en latin, tanto quiere dezir en romance, como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo el testador mención en el testamento, de los que avían de heredar lo suyo por derecho. E esso sería, como si el padre estableciesse algund estraño o otro su pariente por su heredero, non faziendo enmiente de su fijo, heredándolo, nin desheredándolo. Pero el testamento que fuesse fecho en esta manera, no valdría.* De lo expuesto, se deduce claramente que el testador tenía la obligación de instituir o desheredar a sus herederos forzosos, siendo, en caso contrario, objeto de preterición el heredero, preterición que era sancionada con la nulidad testamentaria.

(301) Crespí de Valdaura, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 20: *Atque ita praeteritio pro exhaeredatione in ceteris bonis habenda est... Et consequenter nullo modo potest validitari dispositionis obstare ceterorum filiorum in nostro casu praeteritio, quibus integrum petendae legitimae jus manet.*

(302) *Vid.*, entre otros, Cardenal de Luca: *De testamentis, Discursio* 58, núm. 2: *Respondit quod, licet exceptio praeteritionis, tanquam altioris indaginis, ac recipiens petitorium, retardare non soleat hoc interdictum possessiorium, attamen id procedit, ubi exceptio non sint incontinenti probata ex lectura ejusdem testamenti, sed exigat ad ejus justificationem probationes extrinsecas, puta quia oporteat probare filiationem legitimam, et obligantem ad institutionem, quae ponatur in controversia, secus autem, ubi illa sit certa, et incontinenti probata ex eodem testamento, cujus vigore testamentarius petat immissionem, seu alias ea sit incontrovertilis, quoniam tunc,*

testamentum in quo filii reperiuntur praeteriti invalidum est (303). Solemnidad de la que, a juicio de autores como CLARUS (304), Antonio GÓMEZ (305), CÁNCER (306), GRATIANUS (307), AILLÓN LAINEZ (308)

---

tanquam exceptio incontinenti probata, impeditur, ut ita distinguendi, caeteris relatis; CASTEJÓN: *Alphabetum,* voz *testamentum*, núm. 69; ANTÚNEZ DE PORTUGAL, D.: *De donationibus*, Tom. 2, *Pars* 3, Cap. 25, núm. 25: *Veluti si cum filius esset in potestate, praeteritus fuit. Tunc enim testamentum est ipso jure nullum.*

(303) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 17: *Secundus defectus validitati dispositionis objectus, est praeteritio filiorum. Inter cetera enim, quae ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale just est de liberis haeredibus instituendis, vel exhaeredandis, ne eis praeteritis testamentum inutile sit*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 92: *Decimo dubitatur, an si testator in scriptura testamenti praetereat filios, valide testetur, videtur enim testamentum nullum, quia juxta juris regulas testamentum in quo filii reperiuntur praeteriti invalidum est. Quod procedit, etiam si solum in primo gradu praeteritus filius, et subtitutus Patri haeredi instituto a Matre, ut declaravit Senatus sententia publicata per Berbegal die 29 Aprilis 1603 inter Damianam Reyner, et Gasparem Toledo. Si posthumus praeteritus fuerit, solum testamentum annullabitur quoad institutionem, firmis manentibus legatis, et fideicommissis. Et hoc procedit, sive praeteritio fuerit facta a patre, sive a matre, sive ab alio ascendente.*

(304) CLARUS, J.: *Tractatus de testamentis, quaestio* 42, núm. 1: *Testamentum in quo filius est praeteritus est ipso iure nullum.*

(305) GÓMEZ, A.: *Ad leges Tauri*, Lex 3, núm. 57: *Item adde, quod in tali testamento inter liberos, oportet, quod omnes filii sint instituti, alias, si aliquis eorum sit praeteritus, testamentum est nullum.*

(306) CÁNCER, J.: *Variarum*, Lib. 1, Cap. 4, núm. 25: *Testamentum in quo filius in potestate est praeteritus, et ipso iuri nullum... tale testamentum potest filius dicere nullum; potest etiam contra tabulare... Esteque communis conclusio.*

(307) GRATIANUS, S.: *Disceptationes forenses*, Cap. 398, núm. 2: *Quae etiam procedunt, in testamento inter liberos, quod licet alias valeat, quamvis sit imperfectum, tamen ex vitio praeteritionis unius ex filiis est nullum.*

(308) AILLÓN LAINEZ: *Additiones eruditissimae ad varias resolutiones Antonii Gomezzi*. Lugduni, 1692: *Testamentum, in quo filius praeteritus, nullum est ipso iure,* p. 80; LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas: Dicendo de nullitate contra testamentum, cum tale testamentum, in quo deficit institutio filii, est nullum.*

o CRESPÍ DE VALDAURA (309), no podía eximirse el testamento *parentum inter liberos* (310).

Criterio que en el Reino de Valencia fue objeto de una particular casuística que pasamos a exponer (311):

[*Primo*] Únicamente se podía hablar de preterición *si solum in primo gradu praeteritus sit filius* (312). Máxima que se extendía a los nietos:

> AZO: *Item liberorum appellatione continentur nepotes* (313).

[*Secundo*] Cuando el único heredero instituido fuera un extraño, se entendía que el testamento era nulo: *Si extraneus solus institutus fuerit nullum erit* (314).

[*Tertio*] Por el contrario, cuando se hubiera nombrado heredero a un descendiente o a un ascendiente, el testamento era válido, *etiam si filius praeteritus fuerit* (315).

[*Quarto*] Habiéndose instituido herederos conjuntamente a un extraño, a un descendiente y a un ascendiente, se declaraba la nuli-

---

(309) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 18: *Hoc autem locum habet in testamento inter liberos. Nom enim jus hanc ei permittit imperfectionem, sed aliarum solemnitatum remittit stylum.*

(310) C. 6,23,21, *Auth. De testamentis imperfectis. Nos igitur omnia.*

(311) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 93: *Sed non potest intelligi absolute doctrina supradicta in Regno, imo distinguendum est, an intestamento, ubi praeteriti sunt filii, reperiantur haeredes instituti descendentes, aut ascendentes testatoris, aut extranei...*

(312) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 92.

(313) AZO: *Summa, De tutela testamentaria rubrica.*

(314) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 20: *Sed faciles apud nos nodi hujus solutio est, quia quodcumque testamentum, sive propria manu testatoris testibus confectum, sive per nuncupationem conditum, non annullatur praeteritione filiorum, nisi solum quoad haeredem extraneum*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 93: *si extranei enim instituti haeredes reperiantur, testamentum erit nullum quoad institutionem haeredis tantum.*

(315) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 19: *Institutis autem ascendentibus, vel descendentibus, reservatur filiis praeteritis jus quoad legitimam. Valet tamen testamentum*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 93.

dad del testamento únicamente con relación al tercero, accediendo el hijo preterido a ocupar su parte (316).

[*Quinto*] En idéntico sentido se afirmaba que cuando se hubiera instituido heredero únicamente a un descendiente o a un ascendiente, pretiriéndose el hijo, *testamentum validum erit in Regno, si praeteritus habebit legitima* (317).

[*Sexto*] Idéntico criterio que se aplicaba cuando se instituía heredero al *anima testatoris* (318). En este sentido era explícito el Ordenamiento foral al afirmar que no se anulaba el testamento en lo que afectaba a las cosas que el difunto hubiera dejado por su alma:

> *Senatus sententia lata et publicata per Joannem Daza, die 6 Decembris 1607, inter Fratrem Gregorium Esteve, et Ausiam de la Torre, et Raphaelam de la Torre.*
>
> *... animam suam haeredem instituerat Michael de la Torre in suo testamento filiis paeteritis... et dictum testamentum nullum non esse, quia non potest dici, anima testatoris non est haeres extraneus, sed ipsemet testator...* (319).

[*Septimo*] Cuando el preterido era un póstumo, el Ordenamiento foral establecía que "si después de que alguien hubiera hecho testa-

---

(316) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 94: *si vero simul extranei, et descendentes, aut ascendentes testatoris reperiantur haeredes instituti, et filius praeteritus fuerit, erit institutio quoad extraneos nulla, et filius, aut filii praeteriti habebunt illam haereditatis partem.*

(317) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 96: *Et si instituti fuerint haeredes, descendentes, aut ascendentes testatoris, validum erit testamentum, etiam si posthumi, aut posthumae, vel filii praeteriti fuerint, quia solum praeteriti consequi legitimam poterunt, for. 8 rubr. qui testamenta facere possunt, ibi: Pari etiam ratione, occasione praeteritionis filiorum, vel filiarum natorum, vel nasciturorum, dum filii, aut filiae, aut alius descendens, vel ascendens, haeredes fuerint instituti: non censeatur testamentum, seu ultima voluntas irritum, sive nullum, sed his quem testator praeterierit, in bonis testatoris legitimam consequatur.*

(318) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 96: *Idem tenet si anima testatoris solum haeres instituta fuerit, nam etiam si filius praetereatur validum testamentum erit, et habebit praeteritus legitimam.*

(319) Archivo del Reino de Valencia. Real Audiencia. Caja 3467. Signatura 2634.

mento le naciere hijo o hija, sea anulado el testamento que el padre hubiera hecho, y aquel que hubiere nacido después del testamento, sea hombre o mujer, heredará y sucederá igualmente en los bienes del padre junto con los otros hermanos que habían nacido antes y habían sido nombrados en dicho testamento, a menos que el padre hubiera hecho mención del niño que debía nacer". No obstante, la doctrina foral advierte que en la praxis la nulidad únicamente recaía sobre la institución del heredero, quedando a salvo los legados y fideicomisos (320).

[*Octavo*] Finalmente se reconocía que este criterio se aplicaba al testamento militar desde la antigüedad (321).

15. DECIMOCUARTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO EN EL QUE NO SE HALLABA DESIGNADO NINGÚN HEREDERO

La figura de la institución del heredero en el Derecho medieval ofrece al estudioso del Derecho la posibilidad de comprender las múltiples variantes que el fenómeno de Recepción del *ius commune* supuso en los distintos *Corpora Iuris* bajo-medievales, al permitir comprobar el proceso de asimilación del Derecho romano a las necesidades de una nueva época: la Edad Media (322).

En este sentido, la institución del heredero se configuró, en la mayoría de los textos jurídicos del medievo (323), como un elemento

(320) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 92: *Si posthumus praeteritus fuerit, solum testamentum annullabitur quoad institutionem, firmis manentibus legatis, et fideicommissi*; Crespí de Valdaura, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 41, núm. 142: *irrito facto quaod institutionem, legata et fidicommissa remanent firmam.*

(321) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 97: *Quae omnia certa juris ratione nituntur, nam in Regno testatur jure militari, et preteritio liberorum non reddit testamentum nullum, jure militari factum*; Crespí de Valdaura, C.: *Observationes, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 20: *Atque ita praeteritio pro exhaeredatione in ceteris bonis habenda est, quemadmodum in militis testamento, quorum exempla, et privilegia proprius testamentatiis hujusmodi dispositionibus accommodantur.*

(322) Bussi, E.: "La formazione del dogmi di diritto privato nel diritto commune", II, Padova, 1937-71, pp. 92 ss.

(323) En este sentido, en Partidas 6,1,1 se afirma: *Fundamento è raiz*

consustancial al testamento (324), porque, como sostuviera Antonio GÓMEZ, el heredero representaba al difunto (325), razón por la que Baldo DE UBALDIS sostuvo que la institución del heredero era la primera causa del testamento (326).

A la exigencia de un heredero cierto no serán ajenos los Ordenamientos locales (327), donde inicialmente la institución del heredero

---

de todos los testamentos, de cual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos. Ed. Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, Madrid, 1848. A su vez, Gregorio LÓPEZ en su glosa a Partidas 6,1,1; y a Partidas 6,1,3, tras afirmar que la institución del heredero *es lo principal y el principio del testamento*, recoge la opinión de Baldo en el sentido de que *interesa al honor y a la conservación de la fama del difunto el que éste tenga heredero*.

(324) Esta famosa definición de AZO fue seguida por la mayoría de los glosadores y definida por Bártolo como *perfectissima*. Recogemos la cita en BUSSI, E.: "Evoluzione storica del testamento come disposizione di volontà", *Studi Besta*, I, Milano, 1937, pp. 416 ss.; CHEVRIER, G.: "L'èvolucion de la notion de testament à travers les définitions des premiers romanistes médiévaux", *Studi in onore Edoardo Volterra*, Milano, 1971, pp. 69 y 71.

(325) GÓMEZ, A.: *Variae Resolutiones*, Lib. 1, Cap. 10, núm. 18: *est quia haeres debet repraesentare defunctum... et si dictum heres in totum, repraesentat ililum in totum, si vero sunt plures, omnes simul repraesentat illium insolium*.

(326) UBALDUS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Commentaria, Si quis aliquem testari prohibi rubrica, Lex prima, Civili*, núm. 6: *Institutio in sucessione dicitur prima causa testamenti... quia non constat, quod testator voluerit venientes ab intestato, vel alios instituere, vel quod voluerit intestatus decedere*.

(327) AZO: *Summa, Qui testamenta facere possunt: hoc propter solum nomen posset oriri ambiguitas quid enim si Gallopressum instituat qui nusquam inventurus nisi hic*; PASSEGGIERI, R.: *Flos testamentorum*, § *In qua ultima voluntate fiat haeredis institutio*, fo. 244v: *Institutione facienda certum heredem demonstrari oportet: quoties enim non apparet quis institutus ut quia in corpore sit erratum eo quod volens unum scribere alium scripsit vel quia non apparet de qua persona testator senserit eo quod cum haberet duos nepotes quorum quilibet Titius vocabatur dixit Titius meus nepos mihi heres vel mihi heres sit, institutio est nulla nisi ex aliis apertissimis probationibus fuereit revelatum de quo senserit testatur ut* [D. 28,5,9,9] et [D. 28,5,63(62)]. *Et ita patet quod declaratio et demostratio heredis fieri debet a testatore vel nominando heredem vel cum alia sufficienti demosntratione vel cum alio signo indubitabili ostendendo ut cum plures haberent filios quorum unus doctor legum erat dixit filius meus doctor legum heres mehi esto*

se contemplaba como la única forma de sucesión a título universal (328), alternándose esta y la sucesión a título singular o particular (329), lo que permitió a FARINACIUS afirmar *Haeredius nomen latum et generale est* (330).

Siguiendo esta línea de pensamiento, la propia doctrina foral se hizo eco de cómo era declarado nulo el testamento sin institución de heredero o con heredero incierto (331) en el ámbito de la tradición romanística (332).

No obstante, ante el historiador aflora de nuevo la vieja cuestión entre el *ius proprium versus ius commume*, toda vez que aunque este último "informaba y vestía a los estatutos" (333), no era consi-

---

vel per conditionis eventum ut uter eorum illam uxorem duxerit heres mihi esto cum sit coram eo qui sotenditur vide in [D. 28,5,9].

(328) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 26, núm. 125: *Haereditas enim est quid universale, quia successio est in universum ius defuncti*; TRULLENCH, J. G.: *Opus morale,* Lib. 18, Cap. 11, núm. 2: *Secundum iura haereditatem definiri: successio in universum ius, quod habebat defunctus et diuiditur in duodecim partes quae vocantur untiae.*

(329) GARCÍA Y SANZ, A.: *Institucions de Dret civil valenciá*, Valencia, 1996, p. 153, 178.

(330) FARINACIUS, P.: *Repertorium*, 14,15, fo. 45.

(331) CÁNCER, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 4, núm. 55: *nam si in testamento nulla est insitutio, nihil scriptum valet*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 98: *Undecimo dubitari potest, an si in testamento nullus haeres reperiatur institutus, validum sit in Regno; de jure enim testamentum in quo haeres non reperitur institutus, est ipso jure nullum.*

(332) PLACENTINUS: *Summa, De heredibus instituendis Rubrica*: *Sed et incerte persone instituuntur heredes divini numinis intuitu ut captivi, pauperes, ut Codex De episcopis* [C. 3,1]. *Alias institutus heres certus esse debet* [D. 28,5,9,9], *designatus proprio nomine vel alias indubitabili significatione, ut Digesto, Lege Quotiens § Si quis* [D. 28,5,9,8]; AZO, *Summa, De heredibus instiuendis rubrica: In institutione autem facienda certum heredem demonstrari oportet* [D. 28,5,9,9]: *quoties enim non apparet quis institutus heres, institutio non valet, ut ecce: testator cum plures amicos eodem nomine haberet et ad designationem nominis singulari nomine usus est. Nec enim valet institutio nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit, ut Digesto, Lege Quoties § Heres, et Lege in tempus § Quoties [D. 28,5,63,(62)1].*

(333) UBALDIS, B. DE: *Comentaria super Decretalibus*, Lugduni. 1585. Reed. 1970. X,1,2,1, núm. 15: *Hoc est dicere, quod ius commune informat*

derado como *lex generalis* del Reino, lo que lleva a señalar que este quedaba relegado al sistema legal de cada territorio, de cada estatuto local (334).

En efecto, en el ámbito estricto del Derecho romano, la *heredis insitutio* no solo debía hacerse de forma solemne *-sollemni more* (335)-, sino que, en expresión de GAYO, constituía la disposición fundamental del testamento (336):

> Rolandinus PASSAGGERI: *Quia heredis institutio est caput et fundamentum testamenti totius et sine heredis institutione non valet testamentum, ideo multum interest tabellionum de herede considerare et inquirere... Item debet fieri facta demonstratione certi heredis vel nominando heredem proprio nomine vel demonstrando eum ad oculum vel alio indubitabili signo et si de certo herede non appareret, non valet institutio. Preterea debet nomen heredis per prenomen vel aliam expressam demonstrationem exprimi ut bene sciatur de quo primo dixit testator: quia si testator nominasset Petrum et nesciretur de quo Petro dixisset eo quod habeat plures amicos eiusdem nominis non valet institutio* (337).

No obstante, esta identificación inicial entre los conceptos *testamentum* y *heredis institutio*, que permitía concluir que *sine heredis*

---

statuta et vesti, sed non informatur nec vestitur ab eis, et hoc propter virtutem atractivam, quam habet ius commune ad municipale, non econtra.

(334) Entre otros, CALASSO, F.: "Il conceto de diritto comune". *AG*, núm. 111 (1934), pp. 59-79; *Medio evo dil diritto. I. Le fonti*. Milano, 1954, pp. 453-467.

(335) Gai 2,115-117 *-Titius heres testo*; *Titium heredem esse iubeo*; D. 28,5,49, pr.: *Titius hereditatis meae dominus esto*. Cfr. MASCHI, C. A., "La solemnità della heredis institutione nel diritto romano". Aegyptuys, 17 (1937), pp. 197-237; VISMARA, G.: "Apunti intorno alla heredis institutio", Studi Besta 3 (1939), pp. 303-363; *Heredem instituere*. Milano, 1940; Scritti di Storia Giuridica. 6. La sucessione ereditaria. Milano 1988, pp. 39-106.

(336) *Vid.* Gai, 2,229; Epit. Ulp. 24,15; D. 29,7,10; D. 28,6,1,3; I. 2,20,34. En este sentido, ALBANESE, B.: "La successione ereditaria in Diritto Romano antico", pp. 446-455; VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*. Vol. I. *Introduzione e parte generale*. Milano, 1960, p. 17.

(337) PASSAGGERI, R.: *Summa totius artis notariae*. *Pars* II, Cap. VIII, *De testamentis et ultimis voluntatibus, de heredum institutione et qui possunt institui et qui non*, fo. 223v.

institutione nihil in testamento scriptu valet (338), decayó, y con él uno de los principios vertebradores de Derecho romano clásico, al aceptar, como ya se diera en el Derecho posclásico (339), la validez del testamento sin institución de heredero.

Esta última línea de pensamiento fue la que prevaleció en el antiguo Reino de Valencia, al reconocerse que el testamento tenía validez aunque no se hubiera instituido ningún heredero (340).

La propia literatura jurídica, para encuadrar y fundamentar debidamente esta afirmación, realizó un *excursus* sobre las consecuencias, los problemas y las distintas soluciones jurídicas, no todas ellas resueltas en su integridad por el Ordenamiento foral.

A juicio de la *communis opinio*, las distintas posibilidades que tenía el testador para distribuir el conjunto de los bienes hereditarios en ausencia de un heredero eran las siguientes:

PRIMO. BONA UNIVERSA HAEREDITARIA INTER LEGATARIOS DISTRIBUTA

La doctrina foral admitió que el causante pudiera distribuir todos sus bienes mediante legados; legatarios que, una vez hubieran

(338) D. 28,6,1,3.

(339) En torno a la evolución de la institución del heredero cabe citar, entre otros trabajos, los estudios de SALVIOLI, G.: *Storia del Diritto Italiano*, Milano-Napoli-Roma, 1921, pp. 546-47. VISMARA, G.: "Heredem istituere nelle fonti medievale", ob. cit., pp. 147 y ss. D' ORS, A.: "El «testamento porcelli» y su interés para la historia jurídica", RIDA, II, 1955, pp. 220 y ss. BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, pp. 240 y ss. SAMPER POLO, F.: "La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar", AHDE, XXXVIII, 1968, pp. 112-122. PÉREZ DE BENAVIDES, M. M.ª.: *El testamento visigótico*, Granada, 1975, pp. 41-44; ORTUÑO PÉREZ, M.ª E.: *La institución de heredero*, ob. cit., pp. 91 ss.

(340) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 99: *Sed in Regno contrarium tenendum est, et absque haeredis institutione, validum est testamentum*; LEÓN, J. F.: *Decisiones*, Lib. I, *Decisio* 63, núm. 8: *Sed ita conciliandi sunt, quod ubi testator disposuit, haeredem instituendo, licet in re certa, non dato sibi cohaerede, talis institutus sit haeres universalis, et succedat in omnibus bonis, et ita procedit dictus forus 5 tamen quando dispositio non fuit facta per viam institutionis, sed quaedam bona fuerunt a testatore legata, nullo instituto haerede, tunc legatarius non succedet in reliquis bonis, sed ea peruenient ad successorem ab intestato.*

adquirido el conjunto de los bienes hereditarios, se veían obligados al pago del *aes alienum*; deudas que cada legatario debía abonar según lo que hubiera percibido del testador, a menos que este hubiese dispuesto el pago a uno o a varios legatarios (341).

SECUNDO. SOLUM LEGATA ALIQUA BONA

A juicio de la doctrina, si en el testamento no se había designado un heredero, y únicamente se hubieran distribuido a los legatarios algunos bienes hereditarios, se procedía a abrir la sucesión legal (342), lo que facilitaba la compatibilidad entre la sucesión testamentaria y la legal (343).

TERTIO. HAERES INSTITUTUS IN RE CERTA

Si por el contrario el causante no distribuía el conjunto de la herencia en legados, sino a un *haeres in re certa*, este, si no había coherederos, era considerado heredero universal (344).

---

(341) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 100: *Si bona universa haereditaria inter legatarios distributa fuerint tenentur legatarii ad aeris alieni solutionem pro portione legati, nisi aliud testator ordinaverit.*

(342) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 100: *Si autem aliqua bona solum legata fuerint, et nullus instituatur haeres, non succedent legatarii in reliquis haereditariis bonis, sed spectabunt ad haeredes ab intestato*; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Observatio* 50, núm. 27: *Si vero omnia bona distributa sint, residuum pertinet ad vendentes ab intestato: et ita conciliandi*; LEÓN, J. F.: *Decisiones*, Lib. I, *Decisio* 63, núm. 8: *sed quaedam bona fuerunt a testatore legata, nullo instituto haerede, tunc legatarius non succedet in reliquis bonis, sed ea peruenient ad successorem ab intestato.*

(343) Furs 6,4,27.

(344) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 101: *Aliter tenendum judico si testator disposuerit non legando, sed instituendo haeredem in re certa... nam detracta rei mensione, si cohaeres non fuerit datus, habebit institutus haeres universam haereditatem.* CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Observatio* 50, núm. 27; LEÓN, J. F.: *Decisiones*, Lib. I, *Decisio* 63, núm. 8: *Sed ita conciliandi sunt, quod ubi testator disposuit, haeredem instituendo, licet in re certa, non dato sibi cohaerede, talis institutus sit haeres universalis, et succedat in omnibus bonis.*

En el supuesto en que el *haeredes in re certa* hubiera sido instituido con otros coherederos, únicamente alcanzaba la condición de legatario (345).

Esta naturaleza híbrida entre heredero y legatario la expresó Bártolo DE SAXOFERRATO con gran nitidez, al sostener que, al no hallarnos ante un heredero universal o ante tercera especie, se podría decir que se estaba ante un heredero singular, al tener, en parte, naturaleza de heredero universal, y, en parte, naturaleza de legatario:

> Bartolus DE SAXOFERRATO: *Quod heres institutus ex re certa, non est heres universalis, nec est una tertia species per se, quae vocatur heres ex re certa, quae partim capit de natura instituti universaliter, et partim de natura legatarii* (346).

QUARTO. DECEDERE IN REGNO POTEST TESTATOR PRO PARTE TESTATUS, ET PRO PARTE INTESTATUS

La consecuencia lógica de la pérdida de la solemnidad de la *heredis institutio* permitió a la literatura jurídica tardo-medieval hablar de la ruptura con el viejo aforismo romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest* (347), y con él el principio de la universalidad de la sucesión del heredero, lo que facilitó la coexistencia de dos títulos contradictorios de sucesión: la testada y la intestada en una misma persona (348).

---

(345) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 102: *Dixi non sine misterio, si datus non fuerit cohaeres, nam aliis haeredibus institutis, haeres in re certa institutus, non consequitur universam haereditatem, sed loco legatarii habetur.*

(346) SAXOFERRATO, B. DE: *In secundam Codicis Partem, De institionibus et substitutionibus rubrica, Lege Quotiens*, núm. 1.

(347) PASSAGERI, R.: *Florum Testamentorum. De codicillis tractatus.* Coloniae Agrippinae. 1585, *De codicillis, et quis sit codicillis*, núm. 1: *nemo enim pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest, nisi sit miles.*

(348) MARTÍ I MIRALLES, J.: *Principios del Derecho sucesorio aplicados a las fórmulas de usufructo viudal y de herencia vitalicia*, Madrid, 1964, p. 22, señala como imposibilidad no solo jurídica sino también lógica la coexistencia de la sucesión testada e intestada en una sola persona.

Este principio, que aparecía sólidamente recogido y amparado en buena parte del Derecho castellano (349), aragonés (350) y catalán (351), fue recogido en los *Fori Antiqui Valentiae* (352), al asignar a los herederos *ab intestato* el remanente del caudal hereditario que el testador –si no había instituido heredero– no había dispuesto entre los legatarios (353):

> *Senatus sententia publicata per Antonium Angles, die 23 Augsti 1566, in favorem Pauli Fontes heredis Sperenatiae Almenar.*
> *... huiusque temporis adiectio iuxta forum Regni Valentiae, secundum quem quis potest decedere pro parte testatus, et pro parte intestatus fieri potuerit* (354).

QUINTO. HAEREDES IN CODICILLO VALET

Finalmente la doctrina cuestionó la asimilación entre un testamento sin institución de heredero y el codicilo, al entender que este experimentaba una asimilación lógica con aquel, llegándose a permitir la inclusión de la institución de heredero en un codicilo (355):

---

(349) Gómez, A.: *Variae Resolutiones*, Lib. I, cap. 3, núm. 8: *si non acrescerent aliae partes haeredi instituto in re certa, vel in quota repraesentaretur defunctus tantum pro parte et non in totum quod esset monstruossum, et impossibile: quia fictio imitatur naturam: et id quod est impossibile per naturam, est impossibile per fictionem... unde sicut naturaliter non potest esse homo vivus pro parte, et pro parte non: ita per fictionem legis non potest post mortem repraesentari pro parte.*

(350) Portolés, H.: *Scholiis ad Molinum, verbo Testamentum*, núm. 25.

(351) Costums de Tortosa 6, 5, 2.

(352) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 103: *Ex supradictis collige, quod in Regno potest quilibet decedere pro parte testatus, et pro parte intestatus.*

(353) Furs 6,4,27.

(354) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Sig. 473. Caja 143.

(355) Esta tendencia se inicia, como sostuvo Vismara, G.: "Codicillo", en *Scritti di Storia Giuridica*, Milano, 1988, p. 442, arranca en el 326, con la C. Th. 4,4,1, en la que se propicia la asignación de un mismo número de testigos, se acentúa con la mencionada interpretatio, texto que marca, en palabras de Pérez de Benavides –*El testamento visigótico,* p. 45–, "la última etapa del proceso de confusión entre codicilo y testamento", al admitirse en

RABAÇA: *per hunc forum et ex virtute verborum permissorum in eo positorum II, III, et IIII responso, poterit quilibet instituere heredem in codicillus vel quicumque alia voluntate ultima* (356).

Esta asimilación entre ambas instituciones, a diferencia de otros ordenamientos coetáneos (357), sí cabe apreciarla en los Fueros de Valencia o en Las Costumbres de Tortosa (358).

Con relación al Derecho foral valenciano, cabe ver una equiparación plena, tanto en el ámbito formal, en el material como en el legal (359).

[1] Formalmente, los Furos equiparan el codicilo al testamento al exigirle los mismos requisitos (360): *codicilli nuncupativi, debent fieri eodem modo quo testamentum* (361).

[2] Materialmente se asemejaban: se permitía que la institución de heredero pudiera efectuarse en codicilo (362).

---

aquel la institución del heredero, y culmina –a juicio de VISMARA [p. 439]– en el medievo, período en que llega a ser definido el codicilo indistintamente como manifestación de última voluntad –*voluntas scripta et extrema omnium testatoris voluntatum*– o como testamento imperfecto –*Codicillus est imperfecti testamenti suppletio, iuxta sententiam illius qui testamentum facit*–. Asimismo, SAMPER POLO, F.: "La disposición mortis causa", ob. cit., p. 119; D'ORS, A.: "El testamentum Porcelli", pp. 227-228.

(356) RABAÇA, G.: *Ad Forum*, fo. 115. Cfr. D. 29,1,36.

(357) La prohibición de contener institución de heredero en codicilo se halla claramente recogida tanto en el Derecho intermedio –DURANDUS, G.: *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, § 15 *Viso*. Núm. 15: *Oponitur ergo contra codicillum, quod in eo evocatur taliter testamentum: quod esse non potest, quin haeres institutus in testamento semper remanetat, in codicillo enim non instituitur haeres*–, en en Derecho de Castilla –Partidas, 6,12,2: *En los codicilos no pueden ser establecidos herederos derechamente*; Gregorio LÓPEZ al glosar esta ley afirma: *Haereditas in codicillis non potest dari*–; o en el Derecho catalán –PEREA ET BLASCO, J.: *Compendium*, Lib. 3, Cap. 5, Tít. 1: *Codicilli sunt: Quaedam ultimae voluntatis dispositio, sine haeredes institutione.*

(358) Costums de Tortosa 6, 4, 1.

(359) En este sentido, MARZAL RODRÍGUEZ, P.: "El Derecho de sucesiones", ob. cit., p. 117.

(360) Furs 6,4,10.

(361) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 5, núm. 62. 95.

(362) FURS 6,4,51.

[3] A la equiparación legal se llegaba al permitirse la revocación de la institución de heredero por medio de un codicilo (363).

16. DECIMOQUINTA DUDA: LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO SIN LA INTERVENCIÓN DE UN NOTARIO

El estudio que la doctrina valenciana realizó sobre la confección del testamento concluye con la pregunta en torno a la validez de sus elementos externos: la presencia del notario.

Con relación a la presencia notarial, autores como LEÓN (364), CRESPÍ DE VALDAURA (365) o BAS Y GALCERÁN (366) nos informan de

(363) Furs, capítols, provisions, e actes de cort, fets y atorgats per la S.C.R.M. del Rey don Phelip: en les Corts generals per aquell celebrades als regnícols de la ciutat y regne de València, en la vila de Monço en lo any MDLXIII, Valencia, J. Mey, 1565. Fuero de 1403 de Martín el Humano.

(364) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Tom. 1, *Decisio* 30, núm. 1: *et quod erat idem memoriale, quod a dicta testatrice traditum fuerat dicto Francisco Perez notario, per dictum iudicem ordinarium fuit prouisum, dictum memoriale esse ultimam voluntatem, et dispositionem dictae Iolantis, et utilitatem deducendam fore, et omnia in ea contenta ad debitam executionem, et quod describeretur in clace dicti ultimi testamenti, et omni cum effectu fuit descriptum.*

(365) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes*, *Pars* 2, *Observatio* 52, núm. 4: *Quia in nostro regno tres conficiendi ultimam voluntatem modi legitimi agnoscuntur. Primus scilicet, scriptura testatoris absque alia solemnitate, sive tradatur notario, sive non tradatur;* núm. 5: *Secundus est modus conficiendi testamentum recipiendum per notarium in scriptis, in quo tabellio, et tres testes masculi desiderantur.*

(366) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 111: *Testamenta in scriptis facta, ut suum debitum consequantur effectum, solent a testatoribus tradi in commendam Notario, coram tribus testibus masculis ... et de traditione testamenti clausi coram ipsis testibus, conficitur a notario instrumentum publicum, in quo de traditione sibi facta, de sigillo plicae, de super inscriptione, de cera, et fillis, quibus subsignatum, et clausum reperitur testamentum attestatur, et quod illud sibi traditur a testatore uti testamentum suum; hujusmodi plica poenes notarium conservatur intacta, et si testator mutare desiderat suam ultimam voluntatem, aut addere, vel minuere, et plicam petit, restituere illam notarius tenetur, et debet de restitutione conficere coram aliis tribus testibus publicum instrumentum, ut exoneratus remaneat; si vero testator illam non petat, tenetur notarius illam*

cómo era la praxis procedimental del reino: el testador, una vez hubiera redactado y cerrado el testamento, solía entregarlo a un notario en presencia de tres testigos. Recibido por el *notarius*, este redactaba un documento público en el que manifestaba que se le había entregado el testamento cerrado y sellado, constituyendo la última voluntad del causante. Si, por el contrario, el testador solicitaba su devolución para alterar su contenido, ya añadiendo, ya disminuyendo, una vez modificado, procedía a devolverlo al notario en presencia de tres testigos idóneos. De no pretender ninguna corrección, el notario se veía obligado a su custodia hasta que, una vez hubiera fallecido el testador, fuese solicitada su apertura por aquellas personas que tuvieran un interés legítimo. Esta debía hacerse de forma solemne: el escribano, en presencia de testigos idóneos, narraba cómo había sido entregado el testamento por el causante, momento en que se procedía a su publicación (367) y posterior protocolización (368).

No obstante, la propia doctrina (369) advertía que era práctica común el que, cuando el testador no supiera escribir, acudiera a un sacerdote o a un *probo viro*, para que procediera a su correcta redacción *–in papyri charta–*. Una vez concluido y cerrado, se llevaba al notario *coram tribus testibus*, al que se le manifestaba que el docu-

---

in sui posse custoditam habere, et mortuo testatore, ad instantiam interesse habentium, aut cujuslibet tertii debet aperiri plica coram testibus, narrando, quod est testamentum testatoris illius.

(367) ACCURSIUS: *Codicis Dn. Iustiniani, De testamentis rubrica, Lex* 2, Gl. *Publicati: haec publicatio sic fieri debet, ut coram iudice ordinario... et testes iurent, ita est verum sicut scriptum est: et postea in publica charta conscribetur.*

(368) GÓMEZ, A.: *Ad Legem Tauri, Lege* 3, núm. 42: *Item, etiam requiritur publicatio post mortem testatoris: quia debent venire testes coram judice, et deponere cum juramento, quod ita fuit voluntas testatoris, et postea redigi depositio in publicam forma coram judice*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 112: *et quod uti tale sibi traditum fuit, legere, et publicare illud, et post publicationem inter instrumenta prothocolli continuare, prout in nostra praxi quotidie fieri videmus, Et si testamentum non fuerit apertum modo supradicto, et adhibita solemnitate supra tradita, nullum erit, quia insolemnis apertio invalidat testamentum quantumque validum.*

(369) Cardenal DE LUCA: *De testamentis, Discursio* 3, núm. 2: *quoad schedulae identitatem quoties haec publico Notario coram testibus consignata fuit, plene firmatur deferendum esse Notarii fidei.*

mento contenía la última voluntad, y que tal escritura y rúbrica realizada por *manu patris spiritualis, aut probi sacerdotis, valebit ut testamentum*, dado que esta contenía la voluntad del testador, esto es, el elemento esencial del testamento (370).

Idéntico criterio se aplicaba con relación a un tercero *si testator nesciat scribere,* "pues –nos dirá BAS Y GALCERÁN– si el testador entregaba el testamento al notario diciéndole que éste contenía su última voluntad, se debía observar el testamento como si lo hubiera redactado un padre espiritual o un sacerdote" (371).

La excepcionalidad de estos supuestos llevó a la praxis del foro a exigir mayores cautelas (372). Así, para evitar los posibles fraudes,

---

(370) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 113: *Et observa singulariter, quod si testator nesciat scribere, et hac de causa non possit plicam sui testamenti tradere scriptam, aut subscriptam notario, poterit facere ut pater spiritualis, aut alius bonae famae sacerdos scribat manu sua ultimam voluntatem in papyri charta, et clausa tradi poterit notario coram tribus testibus, asserendo contineri in tali charta suam ultimam voluntatem, et talis scriptura scripta, aut subscripta manu patris spiritualis, aut probi sacerdotis, valebit ut testamentum, etiam si neque scripta talis scedula fuerit, vel subscripta a testatore, nam asserendo testator in traditione coram notario, et testibus, quod suum ultimum est testamentum, sufficienter constat de voluntate, ut sustineri debeat tanquam testamentum.*

(371) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 113: *Idem judico tenendum casu in quo quilibet tertius scedulam testamentariam scribat, nam si testator tradat illam notario, dicendo esse suum ultimum testamentum, quod intus continetur, pro testamento debebit observari, etiam si a patre spirituali, aut Sacerdote, non fuerit scripta, aut subscripta. Quia per scripturam a quolibet tertio scriptam, aut subscriptam, potest de voluntate testantis constare, dummodo in traditione dicat testator, quod suum ultimum testamentum continet scriptura illa. Quod volunt aliqui procedere, adhuc casu in quo scedula non fuerit scripta, docendo, quod si fiat relatio ad scedulam non confectam, sed conficiendam, legitime testatur.*

(372) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 113: *Et hoc in parte practicatum fuit in testamento Josepha Barbera, et de Abalcisqueta, tradito Johanni Simian Notario, nam licet neque scriptum, neque subscriptum fuisset testatricis manu, sed patris spiritualis, non fuit indubium posita illius caliditas; imo absque ratione dubitandi habitum fuit testamentum illud pro valido, et observata fuit ultima voluntas testatricis in illo contenta, et meo videri etiam si manu patris spiritualis non fuerit conscriptum, sed a quolibet tertio exaratum reperiretur eandem firmitatem haberet, ut satis ex doctrina supra tradita probatur sufficienter, et satis in terminis.*

la Audiencia de Valencia exigía, como garantía de fehaciente veracidad, el que se pudiera demostrar que el documento que ostentaba el notario era el que había entregado el testador (373), ya fuese mediando prueba testifical (374) o documental (375):

> *Senatus sententia demonstratur, publicata per Ioanem Daza, die 16 Septembris 1622 inter administratores bonorum Domnae Franciscae Vilanova, et Domnam Joannam de Vilanova.*
>
> *... si scriptura testamenti manu tertii facta subscribatur a Notario, et duobus testibus, nam tradita ipsi Notario in modum plicae, et coram tribus testibus, pro testamentum valebit, etiam si a testatore non scribatur aut subscribatur* (376).

Finalmente, en virtud del principio del *favor testamenti,* se admitió la validez del testamento sin que este hubiese sido entregado al notario (377), ya porque el causante no lo deseaba, ya porque, una vez fallecido, no pudo ser entregado (378).

---

(373) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 113: *Bene verum est, quod ut valeat testamentum in casibus supradictis, debet evidenter constare de idemtitate scedulae, et probari nitidisime scedulam a notario ostensam, esse ipsam, quam testator tradidit.*

(374) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 115: *Sed ut sustineantur testamenta praedicta debet probari scripta, aut subscripta esse testatoris manu sufficienti numero testium dicentium habere notam testatoris manum.* Escaño, F.: *De testamentum*, Cap. 7, núm. 27: *Et ante omnia constare debet, quod manu testatoris scripta sit schedula, ut sustineri valeat, ne falsitas facile commitatur*; Mantica, F.: *De coniectura*, Lib. 6, Tít. 2, núm. 2: *eam esse notabilem, et intelligit de probatione directa, et praesumptiva, ita, quod duo testes sufficiant ad probationem directam, et indirectam.*

(375) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 115: *Et poterit etiam probatio ista fieri per comparationem literarum.*

(376) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 8453. Signatura 2123.

(377) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 5, núm. 12*: Secundum modus faciendi testamentum in Regno, est media scriptura privata testatoris, nam si testator sua propria manu testamentum faciat, sive sigillatum ab illo proprio sigillo fuerit, sive alieno, sive non fuerit sigillatum, etiam si per Notarium receptum non fuerit, neque testes ullos habeat validum, et satis solemne est, nuc tradatur Notario, vel non tradatur, ut cavertur in Foro 18 rubrica de testamentis.*

(378) León, F. J.: Tomo 1, *Decisiones, Decisio* 32, núm. 26: *... in testamento manu testatoris scripto, absque testibus, et notario, de quo loquitur*

El reconocimiento de que el testamento se perfeccionaba por la voluntad del testador y no por sus elementos extrínsecos se ratificaba nuevamente cuando se afirmaba que su validez no se cuestionaba cuando este se hallaba abierto y desgarrado su sello o el papel, sino cuando no se podía probar que no se había alterado la voluntad del difunto (379).

Idéntico criterio se aplicaba cuando no se admitía la nulidad del testamento por el mero hecho de que se hallara en el escritorio del testador (380), en algún arca de su pertenencia (381) o en cualquier otro sitio (382), si se podía constatar que contenía su íntegra voluntad (383).

---

secunda pars eiusdem fori, et huius respectu sigilli solemnitas leuis est, et eius defectus non anullat testamentum manu testatoris scriptum, de cuius voluntate perfecte constat; CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes*; *Pars* 2, *Observatio* 52, núm. 4: *Primus scilicet, scriptura testatoris absque alia solemnitate, sive tradatur notario, sive non tradatur*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 114: *Si autem eveniat, quod ipsi testatores vivendo non tradiderint notario testamenta quae in scriptis sua propria manu habebant facta, aut quia morte praeventi non potuerunt illa tradere coram tribus testibus, aut quia noluerunt, non erunt invalida testamenta, sed plenissimam validitatem, et firmitatem habebunt.*

(379) LEÓN, F. J.: *Decisiones, Decisio* 32, núm. 16: *Ergo in Valentiae Regno, in quo haec solemnitas clausurae, et sigilli non est necessaria, quamuis testator sciderit, seu diruperit fila, et euulserit seu ruperit sigillum, valebit testamentum manu testatoris scriptum*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae,* Cap. 6, núm. 116: *Et testamentum istud validitatem habebit, nunc clausum, et sigillatum testatoris signo repertum fuerit, nunc non clausum, imo reperiatur apertum cum incisione linorum, et filorum, nam ex iis non probabitur revocata defuncti voluntas, cum integra reperiatur scriptura. Nisi appareat traditum fuisse testamentum clausum, et lini filis consutum notario, et recuperatum a testatore, apertum reperiatur, et cum incisione filorum, ruptoque sigillo, nam debet censeri revocata testatoris voluntas, etiam si non appareat de voluntate contraria, et intestatus testator decedet.*

(380) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, *Decisio* 32, núm. 1; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 117: *neque poterit considerari invalidum testamentum si in scrinio testatoris reperiatur... sive atergo scrinii.*

(381) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 117: *sive in arca testatoris.*

(382) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 117: *vel in alia qualibet parte.*

(383) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 6, núm. 117: *nam dum per scripturam constet de voluntate perfecta testantis validum erit, et solemne testamentum.*

EL DERECHO DE COSAS Y LOS DERECHOS REALES

Gabriel de Reina Tartière
Profesor Adjunto de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO

Primera parte
El concepto de derecho real. Fundamentos. Clasificación. Estatuto básico

I. LA GRAN DIVISIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL EN FUNCIÓN DEL OBJETO DE LAS RELACIONES EN PRESENCIA

II. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO REAL EN CUANTO CATEGORÍA

III. LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL DERECHO REAL
- A) La teoría clásica
- B) La teoría obligacionista
- C) La lógica de la teoría ecléctica

IV. CRITERIOS GENÉRICOS PARA LA DISTINCIÓN ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS PERSONALES
- A) Por los sujetos intervinientes
- B) Por su objeto
- C) Por su contenido y efectos
- D) Por el modo y causas para su extinción

V. LAS FIGURAS INTERMEDIAS
- A) El *ius ad rem*
- B) Las obligaciones *propter rem*
  1. Concepto y caracteres
  2. Eficacia
- C) Los derechos reales *in faciendo*

VI. CLASIFICACIÓN
A) El derecho real (de protección) provisional: la posesión
B) El derecho real pleno: el dominio (o propiedad)
C) Los derechos reales limitados

VII. EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE LOS DERECHOS REALES: ATIPICIDAD O *NUMERUS CLAUSUS*

VIII. LA NORMATIVA BÁSICA DEL DERECHO DE COSAS

Segunda parte
El contenido del derecho real

I. LAS FACULTADES COMPRENDIDAS EN EL DERECHO REAL
A) La facultad de realizar directamente el interés que implica
B) La facultad de exclusión
C) La facultad de prioridad
D) La facultad de disposición

II. LOS LÍMITES DEL DERECHO REAL
A) Su distinto fundamento
B) El ejercicio abusivo del derecho real
C) Las prohibiciones voluntarias de disponer

III. LA FAZ PASIVA DE LA RELACIÓN: LOS CONCEPTOS DE SUJECIÓN COMÚN, GRAVAMEN Y CARGA REAL

Tercera parte
La dinámica de los derechos reales

I. LOS MEDIOS DE ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES

II. LA ADQUISICIÓN DERIVATIVA ENTRE VIVOS
A) Los sistemas conocidos
1. El sistema del título y el modo
2. El sistema consensualista francés
3. El sistema abstracto alemán
B) El sistema español: presupuestos
1. Título
2. Modo
3. Legitimación
4. Capacidad

5. Inscripción
6. Buena fe

III. LA MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES
A) Clases
B) La conversión de los derechos reales: el instituto de la subrogación real

IV. LA EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES
A) Causas comunes
1. Pérdida de la cosa
2. Transmisión
3. Renuncia
4. Revocación
5. Disposición legal
6. Expropiación
7. Ejecución forzosa
B) Causas específicas para los derechos reales limitados
1. Consolidación
2. Falta de ejercicio
3. Cumplimiento del plazo legal o convencionalmente establecido
4. Fallecimiento del titular
5. Cumplimiento de la finalidad legalmente prevista para el derecho

BIBLIOGRAFÍA

I

EL CONCEPTO DE DERECHO REAL. FUNDAMENTOS. CLASIFICACIÓN. ESTATUTO BÁSICO

I. LA GRAN DIVISIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL EN FUNCIÓN DEL OBJETO DE LAS RELACIONES EN PRESENCIA

En función de su objeto, tres son las grandes clases de derechos subjetivos que se advierten en el ámbito patrimonial. A la secular

distinción entre derechos personales y reales, se suman, con cada día un más acabado tratamiento, los derechos intelectuales, categoría lata en la que, a su vez, se ha de diferenciar entre los derechos de autor (derechos intelectuales *stricto sensu*) y los derechos vinculados a la llamada propiedad comercial: así, los relativos a marcas y otros signos distintivos, patentes y modelos de utilidad, etc.

Cualquiera de las tres clases enunciadas de derechos subjetivos comporta un bien incorporal, y es así como se introduce en el patrimonio de la persona titular. Sucede, sin embargo, sobre todo tratándose de la propiedad de bienes corpóreos (en puridad, del dominio sobre cosas), que ese derecho subjetivo aparece equiparado, por la plenitud de su contenido y su material representatividad, a la cosa sin más, como si esta fuera la que se hubiera de computar en el haber interesado. Se dice así que esta casa, este auto es mío o de aquel, o que se transmite tal o cual inmueble, cuando lo que, en puridad, lo que se refiere o transmite es su propiedad. En este sentido, se reitera, todos los derechos patrimoniales son incorporales. No obstante, donde sí varía el régimen de cada uno es a partir del objeto sobre el que recaen, si corpóreo, incorpóreo simple, a saber, créditos, o incorpóreo de raíz intelectual, siendo este el dato trascendental del que a la postre deriva la distinción entre derechos reseñada.

Dicho todo lo cual, si son corporales los bienes que constituyen objeto inmediato de la relación patrimonial en análisis lo que se tendrá sobre ellos será un derecho real, un derecho en la cosa (*in re*), cuyo contenido elude cualquier tipo de connotación prestacional, esto es, la facultad de exigir de una persona individualmente considerada un determinado comportamiento distinto al del respeto o abstención de la expectativa económica que ese derecho incorpora. Desde luego que como no se puede respetar lo que no se conoce, el derecho real debe hacerse público, sea por la fuerza de los hechos (posesión), sea a través de instituciones públicas de recognoscibilidad, en alusión, claro está, a los registros constituidos al efecto.

Si la cosa corporal es objeto, en cambio, mediato de la relación, lo que se ostentará sobre ellos es un derecho personal, frente a un individuo, a resultas, especialmente obligado. En algunos casos, si la prestación a cargo del obligado está determinada respecto de una cosa cierta, no genérica ni en especie, lo que se tendrá será un *ius*

ad rem, un derecho a la cosa, de índole igualmente personal, pero calificado en cuanto en ocasiones se protege en mayor medida por la legislación (sobre los *iura ad rem* se avanzará en su momento; solo se mencionan aquí para completar el discurso).

En tercer lugar, frente a los derechos meramente crediticios, las creaciones intelectuales, de sustrato cultural, científico o comercial, es lo mismo, se someterían a un estatuto muy distinto por cuanto llamados a un mínimo de permanencia, a una cierta estabilidad en su aprovechamiento, no se agotarían, como los créditos, por su ejercicio. Esto los equipararía a los derechos reales entonces. Sin embargo, mientras que la previsión normativa del carácter absoluto de los derechos reales partiría de la dominación y explotación que el hombre demanda de los bienes que le rodean, el de los derechos intelectuales, muy posterior en el tiempo, se inspiraría en la necesidad de fomentar el desarrollo científico y cultural retribuyendo al inventor, escritor o artista con una serie de garantías, no solo económicas, sobre el producto de su esfuerzo.

Nos adentramos con ello en una cuestión capital para la coherencia de cuanto se irá viendo: la muy diferente naturaleza que existe entre los derechos reales y los derechos de raíz intelectual. Es verdad, y aquí no seremos menos, que el estudio de los derechos de autor, de la legislación sobre propiedad intelectual, se incorpora todavía en nuestros planes docentes de consuno, pero ello es, primero, por tradición y, segundo, por afinidad, pues no se puede dudar, son mayores las similitudes que guardan con los derechos reales en comparación con los derechos crediticios. Simple aproximación de carácter, sobre todo, pedagógico, que en ningún caso puede obviar las sustanciales diferencias que existen entre ambas clases de derechos en función, precisamente, de la muy distinta condición de los bienes que afectan. A saber: a) el origen de las cosas es profundamente natural, el hombre cuando crea una nueva lo hace sirviéndose de elementos de uno u otro modo preexistentes en la naturaleza; en cambio, la propiedad intelectual nace por el solo ingenio del hombre; b) las cosas son perceptibles físicamente, las creaciones intelectuales no; estas, para su reconocimiento, deben exteriorizarse a través de algún modo (impresión gráfica, grabación sonora, aplicación práctica industrial, etc.); c) las cosas como objeto de los derechos reales no se encuentran tasadas, basta con que sean

susceptibles de apropiación y no se encuentren fuera del comercio; por el contrario, no todo fruto del intelecto –una simple idea, por ejemplo– devenga derechos de autor: tan solo cuando se incluya en alguna de las modalidades de creación legalmente admitidas y se compruebe sobre su originalidad; d) las cosas, aun las de más valor, tienen un rendimiento limitado, se localizan geográficamente y son hábiles para aprehenderse o destruirse; las obras intelectuales pueden reproducirse ilimitadamente, exceden con espontaneidad de un marco espacial en concreto y no resultan aprehensibles ni destruibles (LACRUZ).

La corporeidad sería, por consiguiente, el primer y fundamental requisito del objeto de los derechos reales, y es a partir de él que puede comprenderse toda su dogmática, a la cual precisamente se dedican las siguientes páginas.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO REAL EN CUANTO CATEGORÍA

Reiterando algunas de las ideas que ya he tenido oportunidad de reseñar en mi anterior colaboración en esta Revista, el derecho real es una institución del Derecho natural por la imprescindible función que cumple para el hombre. Nos enfrentamos a un concepto jurídico esencial, como demuestra su vigencia cualquiera que sea el modelo de sociedad, cualquiera que sea el grado de evolución de esta. Puede hablarse, entonces, de una institución trascendente, cuya razón de ser "radica en la naturaleza del hombre y de su personalidad. Si aquél, merced al principio divino o absoluto que en él reside, es fin de sí mismo y persona, su limitación hace de él juntamente un ser condicionado y dependiente y le lleva, en su posición con respecto a la naturaleza, a satisfacer sus fines, a la par racionales y sensibles, por medio de las cosas de aquélla que pueden servir a este objeto y carecen de propia finalidad, suprimiendo en cierto modo su finitud por medio de este complemento que recibe de ellas. Pero esto no es posible sino en cuanto se coloca con las cosas en una relación inmediata y las somete a su poder o posibilidad de obrar en ellas. Esta mera relación de poder y dominio, inmediatamente y en sí misma, es puramente física, no jurídica ni moral" (AHRENS). Sería "el mundo exterior –se ha expresado de otro modo, aunque siempre desde la

Filosofía del Derecho– el que suministra los medios para la satisfacción de las necesidades de la vida. De ahí el proceso de apropiación por parte del hombre de la naturaleza exterior, para conseguir los medios necesarios para la satisfacción de sus necesidades, proceso que constituye la gran obra de la civilización. Estos medios en el lenguaje económico se llaman bienes y riquezas, y en el jurídico se denominan cosas. Este es el punto de conjunción del Derecho con la economía, de modo que es imposible valuar los bienes exteriores desde el punto de vista jurídico sin tener en cuenta la función económica que cumplen" (VANNI).

En el proceso, no necesita el hombre de intermediarios, pues inmediata es la necesidad que le concierne. Y es que siempre convendrá reparar en que "la existencia de seres organizados no es posible si ellos no toman del medio exterior los elementos para subsistir, comenzando por los más indispensables" atinentes a su alimentación y vestido, exigencias estas sencillas y rústicas que en un origen hubieron de resolverse apoderándose los primitivos habitantes de la tierra de los bienes naturales para llenarlas (LAFAILLE).

Junto a la naturaleza esencial del derecho real que se reconoce desde las corrientes más diversas del pensamiento, y sin ser, ni mucho menos, de segundo grado, el fundamento técnico de los derechos reales es consecuencia del vínculo de inmediación destacado. El aserto refiere la oponibilidad de los derechos reales, la eficacia frente a terceros a la que llaman especialmente. No se crea, sin embargo, que los derechos reales se imponen en abstracta garantía de la realización de su dimensión natural, al menos no directamente; si lo hacen es por la contrastada mayor posibilidad de que quienes no hayan participado en su respectiva constitución tomen conocimiento a partir de la exteriorización, la ostensible manifestación de las situaciones de poder en que se encuentran inmersas las cosas. La idea de publicidad, por tanto, se halla indisolublemente unida al devenir de los derechos reales en cuanto género.

En efecto, si en el origen de los derechos reales late el elemento primario del sometimiento de las cosas a la esfera de poder material de una concreta persona, no cabe desconocer la evidencia que la posesión de las cosas significa. Pero con el tiempo se observó la necesidad de admitir la oponibilidad de figuras no estrictamente posesorias, fenómeno del que la hipoteca se muestra hito por exce-

lencia. Surge conveniente, entonces, otro tipo de publicidad, abordada mediante la creación de registros públicos destinados a hacer conocibles las relaciones que, de otra manera, si se quiere que cumplan con su función económica (en la hipoteca, evitar el contraproducente, por antieconómico, desplazamiento posesorio en favor del acreedor garantizado), difícilmente podrían serlo.

> En sus orígenes, la hipoteca se explica como decantación histórica de la prenda manual o común, concebida como fue para evitar que el deudor hubiera de desprenderse de la cosa en tanto no se acreditase el incumplimiento del crédito que con ella garantizaba. Este criterio funcional también habría inspirado la admisión de las servidumbres negativas. Y es que su falta de manifestación por signos externos no hubo de impedir que desde antiguo se observara la ventaja o utilidad que su constitución habría de reportar con respecto al fundo vecino. Así comprendidas, una y otra figura nos dejarían una importante enseñanza: la necesidad de entender los derechos reales como situaciones de interés cuya inherencia a las cosas sea reconocida positivamente. Y ello con independencia de que en su valoración el legislador no pueda negar la juridicidad de la apropiación y disfrute material (posesorio) de las cosas.
>
> En efecto, el componente natural de los derechos reales hace que no todo en su ordenamiento pueda quedar librado a la voluntad del legislador. Los derechos reales, al menos, algunos de ellos, quizás los más significativos, no conforman una cuestión de mera política legislativa; en otras palabras, no son disponibles por el legislador. Ya RADBRUCH se habría fijado en la propiedad en cuanto "concepto indispensable para toda consideración jurídica", en la medida en que "en todo orden jurídico cabe preguntar con plenitud de sentido en relación a cada cosa, quién sea su propietario". Y en la misma situación se halla la posesión, la apropiación y disfrute material (y unilateral) de las cosas, hecho social, cuya juridicidad en modo alguno puede desconocerse a nivel normativo. Una "relación de vida", la llamaba WINDSCHEID, a la que al orden jurídico solo le toca adherirse.

Claro que la oponibilidad también se puede aplicar en clave negativa, lo cual, si se piensa bien, no es más que justo complemento de lo anterior. En tal sentido, la necesaria cognoscibilidad de las situaciones jurídico-reales puede funcionar haciendo que un derecho real previa y legítimamente atribuido no afecte al tercero que no supo ni pudo saber de su existencia. La máxima, esta suerte de ineficacia de los derechos reales por su desconocimiento, se inspira en la segu-

ridad del tráfico jurídico, en la convicción positiva de que el correcto aprovechamiento y circulación de la riqueza es interés superior al de mantener a cada cual en lo suyo.

La legislación recoge dos importantísimas expresiones: en materia de inmuebles, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria deja a salvo los derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso del tercero que haya contratado con quien al tiempo constara como legitimado en el Registro. Para los bienes muebles, por su parte, el artículo 464 CC sanciona la regla universal de que la posesión de buena fe de cosas no robadas ni perdidas equivale a título, pudiendo el poseedor repeler, por ende, cualquier acción de reivindicación que se le interponga. Sea como fuere, en todos estos casos resulta obvio que la protección que se consagra en atención al tercero de buena fe traerá consigo la pérdida del derecho contradictorio que venía ostentando el que hasta ese momento era legítimo y verdadero titular (*verus dominus*).

III. LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL DERECHO REAL

A) LA TEORÍA CLÁSICA

Entre las teorías que se han formulado para explicar el derecho real como categoría autónoma, la más tradicional parte de su perfecta distinción de los derechos personales. En este sentido, el derecho real se postula como una relación jurídica que une al individuo con las cosas y de la que surge a su favor un poder inmediato susceptible de ejercitarse sin que se precise el obrar de persona alguna. Por medio del derecho real se atribuirán directamente a su titular los beneficios que la cosa haya de dispensarle, pudiendo hacerse valer frente a todos (*erga omnes*), quienes estarán sometidos al deber de respetarlo.

En contraposición, el derecho personal supone una relación entre dos personas, por la que una de ellas tiene la facultad de exigir de la otra un determinado comportamiento, activo (hacer, dar) u omisivo (no hacer). En los derechos personales se requiere, entonces, de la colaboración del obligado. El cumplimiento de la obligación solo podrá exigirse frente al deudor o, a lo sumo, sus herederos.

B) LA TEORÍA OBLIGACIONISTA

Frente a la postura clásica, sin embargo, emerge la teoría obligacionista. Esta tesis destaca la imposibilidad de que una relación jurídica tenga lugar entre una persona y una cosa, pues la propia noción impone un factor de imprescindible alteridad. Los hombres no pueden relacionarse jurídicamente con las cosas, como tampoco puede haber un derecho sin la correspondiente obligación; en la soledad de su isla, nadie diría que Robinson fuera propietario.

Pero habría otras razones para desmantelar la teoría clásica: el hecho de que en determinados derechos reales no pareciera existir un poder directo e inmediato sobre la cosa (hipoteca) que, por el contrario, concurriría en derechos calificados por tradición de personales (así, por. ej., los derivados de un arrendamiento o comodato); el principio elemental de que todos los derechos, también los personales, deberían respetarse por los extraños a la relación, etc.

A partir de todo ello, los valedores de esta posición, muy de moda a comienzos del siglo XX, proponen una nueva concepción del derecho comúnmente tenido por real. Se trataría de una modalidad de derecho personal cuya singularidad estriba en la amplitud o extensión del sujeto obligado, en cuanto con respecto a su titular estarían obligados todos los demás integrantes de la sociedad, que deberían procurar no interferir en sus intereses. Consecuentemente, podría hablarse de una suerte de obligación pasiva universal, contenido propio y distintivo del derecho real.

C) LA LÓGICA DE LA TEORÍA ECLÉCTICA

La visión obligacionista presenta la virtud de resaltar los puntos críticos de la teoría clásica, pero con ello no parece suficiente. La reducción de los derechos patrimoniales a la categoría única de lo personal pervierte la realidad práctica de las cosas, poniendo el énfasis en la vertiente negativa de la relación y obviando su componente positivo. Para salvar la esencia relacional del derecho real no hace falta prescindir de su aspecto interno, de ese poder de sustantiva afección que se tiene sobre la cosa. Además, esa obligación pasiva universal a la que el derecho real se intenta reconducir comparte bien poco con las obligaciones de tipo ordinario: su falta de conte-

nido económico, explicitada por su evidente no inserción en el patrimonio (en el "balance") de cada uno de los supuestos innumerables deudores, acredita la inexactitud de considerar obligación lo que en puridad es deber; sin ir más lejos, aquel deber general de respeto al que ya aludía la teoría clásica, pero ahora potenciado por influjo de la obligacionista. Y es que, según fácilmente se advierte, el propietario como el titular de cualquier otro derecho real no solo tiene un poder de realización económica sobre la cosa, sino la certidumbre de su defensa ante terceros; pero, a la vez, no tiene solo una defensa de su derecho, sino un contenido en el mismo, una situación de variada utilidad, suficientemente protegida por el ordenamiento: he ahí lo verdaderamente característico de su derecho (FAIRÉN).

En síntesis, en el derecho real cabría observar dos aspectos que funcionan como las dos caras de una misma moneda: el aspecto interno o inmediación y el externo o absolutividad. De su análisis conjunto surgiría una especie de teoría ecléctica o intermedia. Como consecuencia, el derecho real podría finalmente comprenderse como esa clase de derecho patrimonial que confiere un poder inmediato sobre una cosa, a resultas del cual esta queda plena o limitadamente afectada al interés de su titular, debiendo el resto de la comunidad abstenerse de perjudicar su disfrute o impedir su ejercicio.

Al subrayar que el derecho real refleja un poder inmediato y directo sobre una cosa (principio de inmediación o inherencia), ello se hace en el sentido de que los beneficios que derivan de ese poder se disfrutan y obtienen sin intermediación, sin la necesidad del obrar de otra persona. Supone esta la gran diferencia entre los derechos reales y los personales.

Con base en su inmediación, la absolutividad de los derechos reales significa que ese poder directo que conllevan exige un deber general de respeto por todos los demás. Se alude, así, a la consustancial proyección *erga omnes* de los derechos reales, a su oponibilidad. Sin embargo, no es una nota exclusiva suya, predicándose también de algunos otros derechos, como los personalísimos o, según ya se ha dicho, los intelectuales, pero que si son absolutos lo es por muy distintos fundamentos.

En su régimen, la cualidad absoluta de los derechos reales influye a partir de los postulados de prioridad y reipersecutoriedad. Por el primero, quien constituyó antes su derecho real sobre una cosa se habrá de imponer frente a quien no tiene derecho alguno, o teniéndolo, lo adquirió o pretendió hacerlo más tarde; por el segundo, el titular de un derecho real gozará de la inderogable facultad de perseguir la cosa, de exigir la

retribución de sus utilidades, allá donde se halle y frente a cualquiera que la ostente.

IV. CRITERIOS GENÉRICOS PARA LA DISTINCIÓN ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS PERSONALES

Apuntadas las corrientes principales habidas en torno a la figura del derecho real, y preferida, entre ellas, la ecléctica, quedan en pie, no obstante, algunos criterios que pueden seguir sirviendo para distinguir entre los derechos reales y los obligacionales. Estos criterios, como digo, tienen un carácter orientador, propedéutico, por lo que su genérica aceptación no debe estorbar para la correcta inteligencia de ciertos casos donde pueden dejar de aplicarse.

A) POR LOS SUJETOS INTERVINIENTES

Más allá de cuál sea el resultado de la pugna entre las distintas teorías formuladas acerca de la noción de derecho real, uno de los matices básicos para diferenciarlo de los personales pasa por quien haya de resultar el sujeto pasivo en cada situación. Mientras que los derechos personales se caracterizan por comprometer a una persona o conjunto de personas determinadas, los derechos reales tienen como sujeto pasivo la comunidad en general. En otras palabras, en el derecho real la relación se despersonaliza poniendo el enfoque en el cúmulo de utilidades que su titular puede obtener directamente de la cosa.

El criterio, que se antoja básico para toda esta disciplina, merece aclararse en atención a los derechos reales de carácter limitado (usufructo, servidumbre, etc.). En ellos, aunque es cierto que su titular se vinculará directamente con la cosa, también se observa la existencia de una persona especialmente obligada: el propietario de la cosa gravada. En este sentido, al propietario se le podría tener por sujeto pasivo determinado, al estilo de los derechos personales, aunque no por ello debería perderse de vista: a) el deber genérico de abstención al que seguiría sometiéndose el resto de la comunidad; b) el dato de que la determinación de ese sujeto se hará a partir de su relación de dominio con la cosa, factor que, en cualquier caso, no suele hacerse presente para los derechos personales, donde el sujeto

pasivo se individualiza de modo directo y sin acudir a expediente de remisión alguno (como en nuestro caso sería esa vinculación *ob rem* del propietario).

B) POR SU OBJETO

Con respecto al elemento objetivo de la relación, en tanto que los derechos reales versan sobre cosas corporales, determinadas y existentes, los personales tienen un objeto mucho más amplio, consistente en un dar, un hacer o un no hacer, por lo que pueden tratar sobre cosas incorporales, genéricas o futuras. No obstante, en ocasiones la distancia entre ambas categorías parece acortarse. Es el caso de esas obligaciones consistentes en dar una cosa cierta y determinada. A ellas se alude con el término de *ius ad rem*, en la medida en que el interés del acreedor se encuentra puesto en una cosa concreta, perfectamente delimitada.

Pero la equiparación total no se produce, dado que también para estos casos se hace necesaria la intervención del deudor a fin de que la expectativa del acreedor se realice. Y será esa prestación, justamente de dar, el objeto inmediato de tales obligaciones. Mientras tanto, mientras no proceda la entrega, la cosa solo podrá considerarse el mediato objeto de la prestación, al igual que, sin ir más lejos, puede predicarse del resto de los bienes del deudor, en cuanto su patrimonio se halla afectado por ley al cumplimiento de sus obligaciones.

C) POR SU CONTENIDO Y EFECTOS

También es fundamental la distinción entre derechos reales y personales a partir de su variado contenido y consecuente eficacia. Básicamente, el derecho real confiere un poder de exclusión frente a los demás, poder que puede ejercitarse contra cualquiera, sea quien sea la persona que tenga la cosa; solo cuando entren en juego las reglas favorecedoras del tráfico jurídico y del tercero de buena fe (cfr. arts. 464 CC y 34 LH), podría dejar de triunfar la titularidad del interesado.

El derecho personal, por el contrario, lo que atribuye es el poder de exigir y demandar la prestación de la persona especial y directamente obligada. De modo que, en principio, ese poder solo alcanza-

ría a la cosa objeto de la prestación (obligaciones de dar), si aún se localizara en poder del obligado. El derecho real se concluye, por tanto, absoluto; el personal, relativo.

D) POR EL MODO Y CAUSAS PARA SU EXTINCIÓN

Finalmente, los derechos reales están llamados a la permanencia, los personales, a su extinción. El ejercicio de los primeros, lejos de extinguirlos, los consolida; el de los segundos, los consume. Además, los derechos reales se extinguen por la destrucción de la cosa, lo cual no sucede con los personales, a cuyo respecto la pérdida no extingue la obligación, salvo que se trate de una obligación cuyo objeto sea una cosa en específico y el obligado no resulte culpable de su pérdida o destrucción.

V. LAS FIGURAS INTERMEDIAS

Como se señalaba al introducir el epígrafe anterior, se dan supuestos en que la distinción entre los derechos reales y los personales no se ofrece tan clara. Junto a las tres manifestaciones de tanta tradición como las que van a indicarse, debe destacarse un dato de suma relevancia para el conocimiento de nuestra materia: la consustancial dependencia que la mayoría de los derechos reales, principalmente los limitados (usufructo, servidumbre, hipoteca, etc.), demuestran con respecto a una relación personal subyacente. Al respecto, fijémonos en que el título que se exige para la válida constitución de estos derechos no tiene otra naturaleza que la de canalizar un libre acuerdo entre particulares, delimitador para estos de una serie derechos y obligaciones que, a la postre, han de integrar el contenido de la fórmula real por la que hubieran optado (el modo y formas en que se podrá usar y disfrutar de la cosa, el canon o precio que hubiera de pagarse, etc.) o, incluso, llegado el caso, definir sobre su vigencia (repárese, por ejemplo, en el estatuto del dominio revocable inmobiliario, en cuya virtud, el cumplimiento de una condición resolutoria incorporada al título del anterior propietario –por ejemplo, el impago del saldo sobre el precio convenido– puede privar de la propiedad a los terceros que después hayan adquirido un derecho sobre la cosa, quienes desde un primer

momento habrán podido conocer de la eventualidad que pendía sobre ellos).

A) EL *IUS AD REM*

El *ius ad rem* se traduce en un derecho personal, si bien cualificado, al conceder a su titular una expectativa de adquisición sobre una cosa concreta y determinada. En un ordenamiento como el español, afiliado al sistema de adquisición de los derechos reales basado en la concurrencia de título y modo, sería el derecho que corresponde a quien goza de título, pero todavía no ha podido entrar en la posesión de la cosa referida; y a la inversa, el de aquel que, teniendo en su poder la cosa, se encuentra a la espera de suscribir el oportuno contrato traslativo que lo haga propietario. Estamos, por tanto, ante derechos estrictamente personales, que, sin embargo, y esto es lo que les otorga interés, en determinadas ocasiones pueden disfrutar de un alcance superior al que les corresponde por su naturaleza.

En este sentido, si bien es verdad que la jurisprudencia no se muestra mayoritariamente partidaria de la tercería de dominio como medio para su normal protección, por no cumplir todavía con los presupuestos que hacen al iter adquisitivo de los derechos reales, las vocaciones de derecho real pueden anticiparse en su eficacia jurídico-real al menos conforme al artículo 42 de la Ley Hipotecaria, según el cual podrá pedir anotación preventiva de sus derechos "el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real".

También se admite la inscripción de la transmisión o constitución de derechos reales bajo condición suspensiva (cfr. arts. 9, regla 2.ª, y 23 LH). Si no hay derecho real sin inmediación, el convenido de esta manera, como digo, a título suspensivo, no puede considerarse más que en perspectiva, como un derecho real en expectativa, en rigor, una situación personal de pendencia, hasta que se cumpla la condición. El derecho personal, al inscribirse en el folio del bien sobre el que se proyecte, se daría a conocer a cualquier tercero que durante la etapa de pendencia pretendiese contratar o adquirir algún otro derecho sobre el bien incompatible con el proyectado, evitando a la par eventuales perjuicios al titular expectante.

B) LAS OBLIGACIONES *PROPTER REM*

1. Concepto y caracteres

Se juzgan obligaciones reales o *propter rem* aquellos derechos de crédito en los que el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa; de ahí que reciban también el nombre de ambulatorias.

Para la comprensión de este tipo especial de obligaciones, se debe puntualizar, lo primero, sobre la inexistencia, en sector alguno del ordenamiento, de derechos absolutos, en el sentido de ejercitables sin más limitaciones que las dispuestas por su titular. Los derechos reales no podrían ser menos, hallándose limitados por una serie de obligaciones, de contenido siempre accesorio, que los modularían en su ejercicio: así, el propietario no puede verter inmisiones gravemente perjudiciales en los fundos vecinos; el condómino está obligado a contribuir a los gastos comunes; el usufructuario debe respetar la sustancia y destino económico de la cosa; el acreedor pignoraticio o anticrético debe conservar diligentemente la cosa entregada que se le haya entregado en garantía, etc. En virtud de esto último, se vislumbra el sentido verdadero de las obligaciones *propter rem*: son obligaciones accesorias que acompañarían la posición jurídico-real que se detente. A partir de lo cual, podrían apuntarse los siguientes caracteres:

a) *Accesoriedad.* Las obligaciones reales se predican normalmente por disposición legal de una determinada titularidad real, a la que acceden. No constituyen la esencia del derecho real en cuestión, sino que inciden sobre sus posibilidades, afectan a su contenido, contenido cuya esencia en absoluto puede consistir, recuérdese, en el obrar positivo de otra persona.
En principio, las obligaciones *propter rem* incumben al propietario de la cosa, son obligaciones conexas al derecho de dominio, fundamentalmente inmobiliario (Francisco HERNÁNDEZ GIL). Ahora bien, corresponderán al titular de otro derecho concurrente (derecho real limitado), cuando a este titular le esté "atribuido el goce o disfrute de la cosa y las obligaciones vengan establecidas en función de ese goce o disfrute".

b) *Especialidad.* La dependencia funcional de las obligaciones reales con respecto al derecho real de que se trate, hace que el obligado se identifique claramente por quien en cada momento ostente su correspondiente titularidad.
c) *Ambulatoriedad.* Por lo dicho, se comprende que la transmisión de la titularidad que se tenga sobre la cosa provoque que quien la adquiera se halle sometido de igual modo a tales obligaciones. Cuestión distinta, como se verá, será que aún siga estando obligado el transmitente o cualquiera de los titulares anteriores.
d) *Renunciabilidad* (abdicativa que no, salvo tipificadas excepciones, liberatoria). La renuncia al derecho real al que se vincula la oportuna obligación es lógica y perfectamente admisible, y, dada esa vinculación, la renuncia traerá consigo que el deudor se libre de las circunstancias de responsabilidad que con respecto a la cosa se produzcan "posteriormente".

2. Eficacia

La eficacia con la que hayan de manifestarse se muestra el tema más interesante y complejo de cuantos suscitan las obligaciones reales. ¿Tendría que responder el nuevo titular por los incumplimientos de quienes le precedieron? ¿Los anteriores titulares de un derecho real, que mientras lo fueron, estaban comprometidos a las obligaciones que le eran accesorias, habrían de continuar estándolo, ante la transmisión o, incluso, abandono al que luego hubieran procedido?

Ambas preguntas aluden a un mismo fenómeno: los efectos del incumplimiento ya producido al tiempo de la transmisión o renuncia. Queda claro que, por su condición ambulatoria, cada actual y concreto titular debe respetar y cumplir con esas obligaciones, desde su adquisición en adelante (eficacia *ex nunc*). Pero ello no puede significar, por injusto, que deba soportar igualmente las consecuencias de las infracciones de los anteriores titulares (eficacia *ex tunc*). Tampoco puede admitirse el simple abandono, la renuncia como causa para eludir la responsabilidad por deudas vencidas (renuncia liberatoria). Por lo tanto, mientras que los distintos implicados no convengan sobre el particular, mediante, por ejemplo, la asunción de la deuda por el adquirente, o no se disponga normativamente en una dirección distinta (*v. gr.* arts. 395, 575, 599 CC), cada titular habrá de continuar siendo responsable por

los incumplimientos que a él se deban, sin poder eludir su responsabilidad por una contingente transmisión, ni se habilite el abandono más que *pro futuro,* un abandono de mera índole abdicativa entonces.

Fíjese en el régimen por las expensas comunes según establece el artículo 9.1, letra e), de la Ley de Propiedad Horizontal. Supone la expresión más moderna, y concurrente, del fenómeno. En su virtud, cada propietario tiene la obligación de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. Ello haría al contenido propio, al normal estatuto que rige a la propiedad en comunidad por pisos. Pero ante la transmisión de la unidad sometida al régimen, la ley agrega que el adquirente responderá "con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior". Y declara: "el piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación".

Se trata, pues, de una obligación de orden legal, cualidad recordada por el precepto citado cuando excluye la posibilidad de que el adquirente alegue su buena fe al amparo del artículo 34 LH, al no reflejarse en el Registro ni la existencia de la obligación ni su incumplimiento. Es esta una razón de peso para que el legislador no se desligue de proteger a todo aquel que pueda quedar sometido a tal obligación, permitiéndole, sin tener que desistir de su interés en la adquisición, eludir el supuesto. Dispone así que "en el instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local el transmitente deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de secretario, con el visto bueno del presidente, quienes responderán, en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma y de los perjuicios causados por el retraso en su emisión".

C) LOS DERECHOS REALES *IN FACIENDO*

Finalmente, los derechos reales *in faciendo* aluden a la eventualidad de un derecho real que conlleve a favor de su titular una con-

ducta, una prestación positiva a cargo de otra persona. Se trata de una hipótesis rechazable en virtud de los patrones básicos que singularizan a los derechos reales. Ello no empece, sin embargo, a que se señalen algunas de sus pretendidas excepciones, confirmatorias, en caso de aceptarse, del carácter general de la regla de la inherencia o inmediación tantas veces comentada.

La primera de sus expresiones concuerda con el régimen de las obligaciones *propter rem*. Como indican con su nombre, en su tratamiento el énfasis siempre se ha puesto en el lado pasivo de la prestación. Pero si se tiene en cuenta que no puede haber deuda sin acreedor y que es el comunitario el marco característico de esta clase de obligaciones, se colige que allá donde alguna de ellas exista se dará el consecuente y recíproco crédito *propter rem* a favor de los demás integrantes de la comunidad; en el ámbito característico de la propiedad horizontal, por ejemplo, los titulares de ese crédito serían los vecinos del deudor, que justamente lo serían en virtud de su dominio. En cualquier caso, no podría decirse que el contenido del derecho de propiedad en régimen de comunidad se cifre "exclusivamente" en ese crédito, por demás recíproco, entre vecinos, conclusión muy distinta a la que suscitan los censos.

En efecto, es el de censo la figura, sin duda, prototípica de los derechos reales *in faciendo*. Fórmula de gran predicamento en el Antiguo Régimen, se proyecta hoy con virtualidad anecdótica. Los censos, en esencia, son cargas reales en el sentido en que estas suelen definirse y veremos más adelante, a saber: derechos perpetuos o de muy larga duración que gravan un inmueble y por cuya virtud quien sea su propietario en cada momento deberá contribuir a su titular mediante el pago de un canon, a tanto alzado o por una parte de los frutos que se produzcan. Existen tres clases: el enfitéutico, el reservativo y el consignativo.

La enfiteusis o censo enfitéutico consiste en la cesión del dominio útil de un inmueble, quedándose el transmitente con su dominio directo (cfr. art. 1604 CC), un resabio que primordialmente le asegura el percibir una pensión anual del enfiteuta y un porcentaje sobre el precio en caso de que se transmita a título oneroso la finca, porcentaje que se conoce con el nombre de laudemio.

Frente a la enfiteusis, el censo reservativo refleja, por su parte, la traslación del dominio pleno sobre un fundo contra el pago de un

canon periódico; al transmitente se le llama censualista, mientras que al adquirente, sometido a la carga de abonar el canon, censatario o censuario (cfr. art. 1607 CC).

El censo es, finalmente, consignativo "cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censualista por el capital que de éste recibe en dinero" (art. 1606 CC). Se trataría de un instituto de muy difícil comprensión sin acudir al motivo de su nacimiento. En efecto, esta clase de censo surgió en la Edad Media como recurso de obtención de capitales para la agricultura evitando las prohibiciones dictadas contra los préstamos a interés y la usura. Así, los acreedores entregaban una cierta cantidad de dinero a cambio de constituirse sobre los bienes de sus deudores, un gravamen que se basaba en el pago de una pensión perpetua o por tiempo indefinido.

Si bien parecido, el censo consignativo no es un derecho de garantía, un derecho convenido, como la hipoteca, para asegurar la devolución de un dinero que se anticipa; en realidad, actúa como la contraprestación que se ofrece para la concesión del crédito, y así, aunque con el pago periódico de la pensión se llegue a abonar el equivalente al total del capital en su día entregado, la pensión habrá de seguir pagándose.

Como vemos, en cualquiera de sus formas, el censo atestigua su cualidad de derecho real *in faciendo*, en la medida en que quien sea propietario del inmueble gravado por su medio habrá de proveer al pago de la suma o canon que inicialmente se haya establecido.

VI. CLASIFICACIÓN

A) EL DERECHO REAL (DE PROTECCIÓN) PROVISIONAL: LA POSESIÓN

La posesión es un hecho al que el ordenamiento reconoce importantes consecuencias. La más elemental consiste en su misma protección. Quien posee algo, está amparado para seguir poseyendo, de modo tal que si fuera inquietado, tendría la inherente facultad de instar su defensa. Pero la protección del poseedor no depende de que sea titular de un derecho sustantivo que, como el dominio, usufructo o arrendamiento, por ejemplo, le atribuya la posesión del bien en concreto. Al contrario, el ordenamiento, por un criterio elemental

favorable al mantenimiento de la paz social, considera que todo poseedor debe ser respetado por su mera condición de tal y sin que en ese expediente de protección inmediata, por antonomasia llamado interdictal, deba acreditar si tiene un título apto que justifique su posesión. Por eso se califica de provisional, provisorio, que no temporal, para no confundir con aquellos derechos reales, todos ellos limitados, sometidos por ley o título, a un plazo de duración o ejercicio.

Y, al revés, quien tenga un título que atribuya el derecho a poseer una cosa, no estará legitimado, sin más y sin intervención de la autoridad, para expulsar a la persona que sin título, o con un título inválido o que considere de inferior categoría, esté poseyendo la cosa.

B) EL DERECHO REAL PLENO: EL DOMINIO (O PROPIEDAD)

La propiedad o el dominio, más correctamente en esta segunda acepción cuando, como aquí, se trata desde la perspectiva de las cosas corporales, reúne, para serlo, tres condiciones elementales: la exclusividad (dos personas, salvo en régimen de comunidad, no pueden ser titulares del derecho a la vez), la plenitud (no existe otro derecho sobre el bien que proporcione mayores utilidades) y la perpetuidad (el dominio adquirido sobre cosas corpóreas no está sometido en principio y *per se* a un lapso de ejercicio predeterminado).

El dominio es tal porque se concibe como el único derecho pleno, de modo que si varias personas pudieran ser propietarias a la vez –sin incurrir, repito, en un supuesto de condominio– la misma institución del dominio se pervertiría. Es por tal razón que hasta el legislador (en la Exposición de Motivos de la norma en la materia) se preocupa por que el derecho de aprovechamiento de bienes inmuebles por turno no se llame multipropiedad ni pueda ofrecerse al mercado empleando la palabra propiedad. Por el cúmulo de limitaciones, hasta temporales, a los que se sometería en su estatuto ese derecho, nos encontraríamos ante un derecho real limitado, un derecho real sobre cosa ajena.

C) LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

El propietario de una finca que consienta la constitución de una servidumbre o la dé en usufructo, estará incidiendo, es obvio, sobre

el amplio contenido que su titularidad hasta ese momento le aportaba. A estos derechos reales que actúan sobre alguna de las facultades integrantes del dominio se los denomina limitados. Y son limitados, justamente, porque, frente al dominio, no incorporan el grueso de facultades materiales que pueden tenerse con respecto a la cosa.

En puridad, los derechos reales limitados son también limitantes o limitativos, al construirse, como se ha dicho, a partir de la restricción que representan sobre el dominio de otro. Mientras se encuentren vigentes, las facultades de la propiedad quedarán comprimidas, restringidas o, incluso, temporalmente impedidas, no volviendo a su ser más que con la extinción de esos derechos que la gravan. Pero, en contra de lo que coloquialmente pudiera comprenderse, tales facultades no se enajenan, disgregan o desprenden del derecho de propiedad, siendo que el propietario conserva las que por esencia corresponden a su derecho, cuando no en efectividad –conjuntamente con el sujeto investido del derecho real limitado–, al menos en potencia. Por esto, cuando se extingue aquella investidura, las facultades no se hacen *res nullius*, ni vuelven no se sabe cómo, al propietario, sino que por serle inherentes, por no haberlas perdido nunca, se presentan ahora en plenitud. El fenómeno se compara por AHRENS, con el hombre que lleva una carga, el cual, cuando la deja, recupera en su fuerza y poder generales la energía especial que servía para sostenerla. Se entiende ahora el significado del atributo de elasticidad que se predica del dominio.

> En esta dirección, decía WOLFF que "si se representa el contenido del derecho limitado como parte del contenido de la propiedad, el derecho del propietario no cesa de ser tal «propiedad», a pesar de la constitución de derechos reales limitados: porque la propiedad no es suma de las facultades singulares que sean posibles en un señorío de *momento,* sino en un señorío elástico, toda vez que si se extinguen aquellos derechos limitados el poder del propietario recobra su antigua plenitud".

Los derechos reales limitados son, además, derechos sobre cosa ajena. La calificación remite al hecho de que recaen siempre sobre cosas cuya propiedad pertenece a persona distinta de su titular. Si

el titular del derecho limitado adquiere posteriormente el dominio, será este el derecho que comprenderá todos sus intereses. En otras palabras: nadie tendría un derecho limitado sobre una cosa, ostentando, a su vez, su dominio, por la sencilla razón de que el dominio integraría todas las facultades, de uso, disfrute o disposición que sobre ella puedan tenerse. Es el *nemini res sua servit* que rige como principio en la materia.

En cuanto a su propia clasificación, en el Derecho común se observan tres clases de derechos reales limitados.

Destacan, en primer lugar, los derechos de goce o disfrute, llamados así por conceder a su titular la utilización y/o explotación de la cosa. Estos derechos se distinguen, a su vez, según el modo en que hayan de limitar el derecho de propiedad. Los de grado superior serán aquellos que, como los de usufructo, uso, habitación, superficie, habrían de reducir considerablemente las utilidades con las que se quedara el propietario. El derecho de servidumbre, por el contrario, procuraría a su titular un provecho menor sobre la cosa, sin impedir, más que en lo imprescindible, que su propietario la siga redituando; así, atravesar un fundo, obtener agua de una fuente, etc. La distinción tiene gran importancia, pues el carácter perpetuo solo se llega a reconocer para las servidumbres, precisamente por no alterar, con su ilimitada vigencia, la función económica del dominio.

El segundo grupo lo conforman los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis y retención). Lo que caracteriza a estos derechos no es la posibilidad de que sus titulares usen o gocen de un bien, al menos, no fundamentalmente.

> Téngase en cuenta, en este sentido, que la prenda, aunque no habitualmente, puede habilitar a que el acreedor use o disfrute de la cosa (cfr. art. 1870 CC), convención conocida desde antiguo y en la que encontraría sus orígenes el derecho autónomo de anticresis. En efecto, el disfrute que de la cosa efectúa el acreedor anticrético resulta el matiz diferenciador de su derecho con respecto al resto de los de garantía, aprovechamiento que se vincula, indisolublemente, al pago de capital y/o intereses.

Lo que hace, por el contrario, a la esencia de los derechos de garantía es la sujeción del bien al cumplimiento del crédito para cuyo

aseguramiento se convienen. Si el crédito no se paga, su titular estará legitimado –aunque en el ínterin haya pasado a manos de un tercero– para demandar la venta o ejecución del bien, a fin de satisfacerse con lo que se obtenga. Por ello es que estas figuras también reciben el nombre de derechos de realización de valor, pues será a través de la liquidación del objeto como su titular podrá materializar, en último caso, sus expectativas.

El tercer y último grupo lo constituyen los derechos de adquisición preferente, cuya naturaleza jurídico-real se encuentra fuertemente discutida al faltar en todos ellos la nota de inmediación de los derechos reales. No ocurre como con los derechos de garantía, donde solo la hipoteca ofrece estas dificultades, y su devenir histórico, a partir de la prenda manual, ayuda a salvarla en alguna medida. No, aquí toda la categoría cimienta su oponibilidad en la existencia de un mandato legal (cfr. arts. 1521 y ss. CC; 25 y 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, etc.) o por acceder al Registro (*v. gr.* art. 14 del Reglamento Hipotecario). Es el caso de los derechos de opción, tanteo o retracto. En virtud de cualquiera de ellos, su titular puede exigir que se le transmita la propiedad de una cosa. En concreto, el derecho de opción se caracteriza por atribuir la facultad de adquirir una cosa si se ejerce en el plazo y por el precio antes convenidos; el de retracto, por la posibilidad de dejar sin efecto la transmisión de una cosa, a fin de adquirirla; y el de tanteo, por la preferencia que se ostenta para adquirir un bien, en caso de que su propietario se decida a enajenarlo. Para este último caso, por supuesto que si el propietario dispusiera de la cosa sin habérselo comunicado, el titular del derecho de tanteo habría de contar, igualmente, con el de retracto, al objeto de poder inutilizar la transmisión ya realizada.

VII. EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE LOS DERECHOS REALES: ATIPICIDAD O *NUMERUS CLAUSUS*

En relación con la posibilidad de que los particulares creen derechos reales diversos a los que legalmente se establece, existen dos modelos normativos. En el primero, denominado de lista cerrada o *numerus clausus*, no existen más derechos reales que los tipificados.

Las partes carecen de competencia para definir nuevas figuras con contenido jurídico-real, no valiendo tampoco la modificación sustancial de las que se encuentren previstas. El sistema rige en países como Alemania, Suiza, Italia, Portugal o, incluso, Japón y descansa en el deseo de proteger, concediéndoles eficacia frente a terceros, "a aquellos intereses tradicionalmente reconocidos, y mantener alejados de la vida jurídica aquellos tipos de derecho real que no responden a necesidades comprobadas. Precisamente el carácter absoluto y permanente de las relaciones jurídicas reales; el amplio círculo de intereses que por ellas son afectados, hace que la autonomía de la voluntad deba, en ellas, ser objeto de una mayor limitación que en las relaciones obligatorias" (Cossío).

En cuanto principio, la tipicidad de los derechos reales, allí donde se ordena, se inspira en razones de orden público económico, perfilándose como una consecuencia del especial deber de respeto que los acompaña. Si las propiedades pudieran estar afectadas por un número ilimitado de cargas y gravámenes, cuya constitución y contenido quedara a la libre decisión de los particulares, habría de resultar un estado de inseguridad muy poco favorecedor para el tráfico, al obedecer a su mera voluntad, los derechos que, se supone, habrían de afectar a terceros adquirentes. El carácter real de un derecho tendría, por consiguiente, efectos demasiado graves para que el Estado no rija su formación, en tanto nada impide que se favorezca la formación de nuevos tipos de obligaciones, para mejor permitir a los coasociados que den cauce a sus relaciones interpersonales, sometidas al principio de relatividad en sus efectos (cfr. art. 1257 CC), pero hacer lo propio con respecto a los derechos reales obviaría su natural proyección frente a terceros (Fairén).

Al hilo de las distintas etapas en que se resuelve la evolución del Derecho de cosas, el *numerus clausus* se presenta como fruto directo del liberalismo. En su virtud, el dominio se considera una extensión de la libertad del hombre, de modo que solo pueda gravarse de la manera que consienta quien sea en cada momento su titular y permita el Estado por razones de interés colectivo. Así, las servidumbres se justificarían por el mejor aprovechamiento que de los fundos acarrearían; la hipoteca, por la conveniencia de facilitar el acceso al crédito, etc.

Frente a la rígida tasación de los derechos reales posibles, el sistema de lista abierta o *numerus apertus* permite que los interesados puedan adoptar, en sus operaciones, derechos reales distintos a los acuñados. Es el sistema al que se adscribe, no sin reparos, el ordenamiento francés o, más decididamente, el español.

En lo que específicamente respecta a nuestro sistema, la doctrina, ante el silencio del Código, defiende la teoría del *numerus apertus* a partir de aquellos artículos de la legislación hipotecaria encargados de señalar los actos y derechos que son inscribibles en el Registro de la Propiedad. Así, el que advierte sobre el carácter registrable de los títulos referidos al usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y "otros cualesquiera derechos reales" (art. 2 LH) o el que autoriza la inscripción de los títulos donde conste "cualquier acto o contrato de trascendencia real, que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales" (art. 7 RH).

Ahora bien, como también apuntan los autores, la libertad de creación de los derechos reales no se trata de una facultad con alcance ilimitado. En este sentido, se rechazan como reales los derechos convenidos que no impliquen un poder directo sobre la cosa o carezcan de la suficiente justificación económica o social (conceptos indeterminados donde los haya). En palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano gubernativo cuyas resoluciones terminan por definir si un título puede llegar a inscribirse:

> "[l]a configuración de situaciones jurídico reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia *erga omnes* del estatuto de la propiedad inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada; el *numerus apertus* reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. arts. 2 LH y 7 RH) presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. Por ello, sin prejuzgar la validez *inter partes* de estas previsiones restrictivas cuando no traspasen los límites que en el campo del derecho de obligaciones se señalan a la voluntad privada, su pretendida operatividad jurídico-real deberá ser exceptuada cuando no resulten cumplidas aquellas exigencias estructurales aludidas".

En suma, en nuestro ordenamiento parecería imponerse una suerte de tipicidad no ya legal, sino causal, en cuya virtud la lista de los derechos reales estará abierta a cualquier nueva modalidad que se inspire en un interés preeminente y digno de protección; básicamente, la circulación de la riqueza o la necesidad de atender a nuevos fenómenos negociales, desconocidos por el legislador y similares a los ya incorporados (lo que sucediera antes de su regulación con el llamado tiempo compartido, el derecho de aprovechamiento por turnos de un inmueble con fines turísticos). Y, por ello mismo, si la figura conculcara el orden público vigente o sirviera para eludir la aplicación de la normativa imperativa para derechos afines, no podría adoptarse.

Siguiendo una resolución de 4 de enero de 1927, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS afirman, en este orden de cosas, que en una economía de mercado, donde el precio varía en función de la ley de la oferta y la demanda, sería contrario al orden público la atribución de un derecho de adquisición preferente a una persona, sin limitación de plazo para su ejercicio y por un precio fijado de antemano. En el supuesto, más que de un nuevo derecho real, se trataría de la modificación "en su esencia" de una de esas fórmulas admitidas en la legislación con efectos reales como es el derecho de opción.

Desde luego, no podría alcanzar eficacia jurídico-real, no resultaría oponible a terceros, cualquier nueva fórmula con un contenido meramente prestacional. En este sentido, los particulares no podrían gravar indiscriminadamente los bienes sujetándolos a la obligación de realizar determinadas prestaciones, o lo que es lo mismo, vinculando a cualquier tercero que suceda en la propiedad del bien como si él mismo se hubiese obligado. El contenido de ese pretendido derecho real no consistiría en un simple tolerar, sino en la realización "personal y efectiva" de lo convenido antes por otras personas. Las fuentes nos ofrecen un buen y sencillo ejemplo. Lucio Ticio se comprometió a entregar a Cayo Seyo, quien tenía una finca colindante, una parte de su cosecha anual de trigo. Pasado un tiempo, Lucio vendió el fundo a Cornelio, expresándose en el acto de venta que el adquirente asumía la propiedad del fundo en el estado en que tal momento se encontraba; exactamente se utilizaron las siguientes palabras: "con el derecho y la condición con que hoy son de Lucio Ticio estos predios así se venden y así se tendrán". Se preguntó si acaso estaría obligado el comprador, esto es, Cornelio, a la prestación anual de trigo convenida, a lo que el maestro SCÉVOLA respondió que en modo alguno (Digesto, 18, 1, 81, 1).

VIII. LA NORMATIVA BÁSICA DEL DERECHO DE COSAS

En atención a las fuentes del Derecho español de cosas, se ha de comenzar por el artículo 33.1 de la Constitución, donde se reconoce el derecho a la propiedad privada, debiéndose entender comprendido en la noción cualquier derecho susceptible de valoración patrimonial y atribución particular. Desde este prisma, y continuando con la numeración del precepto, los derechos reales quedarían delimitados en su contenido por su función social, de acuerdo con las leyes donde se disciplinen o regulen, no pudiendo ser su titular sustraído de ellos sino por causa de utilidad pública o interés social (expropiación), y ello mediando, en todo caso, oportuna indemnización.

La Constitución también es importante al haber respetado en su desarrollo la competencia legislativa de las regiones históricas en materia foral, de gran predicamento tratándose de nuestra disciplina. La mayoría se ha limitado a compendiar, modernizándolas, las instituciones relativas, propias mayormente de un entorno agrario. Pero Cataluña ha ido mucho más lejos, habiéndose abocado al dictado por partes de todo un Código Civil. Concretamente, la *Llei* 5/2006, de 10 de mayo, que ha aprobado el Libro 5 del *Codi*, es la que se encargaría de los derechos reales.

Volviendo al Derecho común, el Derecho de cosas no encuentra un asidero único en el Código Civil. Antes bien, sus normas se encuentran desperdigadas en los tres últimos Libros del Código, obviando el primer inciso del artículo 10 que para las relaciones reales con elemento internacional fija la ley del lugar donde se halle el bien la aplicable (la *lex rei sitae*).

En el Libro Segundo ("De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones") se comienza por clasificar los bienes, según sean muebles o inmuebles, o sean de dominio público o privado, para pasar, en títulos separados, a ocuparse de la propiedad, de la comunidad de bienes, de algunas propiedades especiales (aguas, minerales y propiedad intelectual), de la posesión, del usufructo, uso y habitación, y de las servidumbres, conteniendo una acotación final sobre el Registro de la Propiedad, a modo de remisión a la legislación hipotecaria, anterior, como sabemos, al Código Civil. Esto es algo que igual puede decirse respecto de la inicial integración de ciertos bienes

en el dominio público o patrimonio del Estado, así como de esos acápites que se dedican a las propiedades especiales, abordados como se encuentran en su propia legislación (en referencia, hoy, a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, la Ley de Minas de 1973, la de Aguas de 2001 y la de Montes de 2003).

El heterogéneo, por su contenido, Libro Tercero se ocupa "de los diferentes modos de adquirir la propiedad", pero, claro, no solo de esta, como desde un primer momento señala su primer y consabido precepto al enunciar los medios por los que se adquieren y transmiten la propiedad "y los demás derechos sobre los bienes", a saber: "por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición", agregando que "pueden también adquirirse por medio de la prescripción" (art. 609).

En el Libro Cuarto, que se presenta bajo el título "De las obligaciones y contratos", se incluye la regulación sobre los censos, la hipoteca, la prenda y la anticresis. Esta dislocación normativa se debe a que el legislador pareciera haberse centrado en la fuente de constitución de estos derechos, de índole normal aunque no exclusivamente convencional o voluntaria. Con motivo de la compraventa, también es importante este Libro por regular la tradición, y en tal sede desarrollar la teoría del título y el modo. En cambio, la disciplina que contiene finalmente sobre la usucapión se manifestaría, por su ubicación, a todas luces desacertada, en cuanto citado medio de adquisición que resulta.

El sistema se completa con una serie de leyes de carácter específico o sectorial. A la ya citada y muy relevante Ley Hipotecaria, junto con el extenso Reglamento que la desarrolla, deben sumarse, entre otras, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 1954, la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 (modificada en última ocasión en 1999) o la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de 1998. A toda esta normativa se han de añadir aquellas disposiciones de índole procesal, administrativa o tributaria que inciden, de manera significativa, en la materia: así, la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto proporciona y regula los cauces de protección de los derechos reales; las Leyes del Suelo, estatal y autonómicas, que delimitan el contenido de la propiedad a efectos urbanísticos, etc.

II

EL CONTENIDO DEL DERECHO REAL

I. LAS FACULTADES COMPRENDIDAS EN EL DERECHO REAL

En cuanto derecho subjetivo, el derecho real confiere una estructura de poder conformada por elementos de distinta naturaleza. En un sentido primario, alude a las utilidades o beneficios que el titular está autorizado a obtener de la cosa con respecto a su uso (*ius utendi*), disfrute (*ius fruendi*) o disposición (*ius abutendi*). Pero, en otro, más técnico, el derecho real se articula a partir de la confluencia de cuatro facultades, siempre presentes en cualquiera de sus variantes. Me refiero a la facultad de realización directa de su interés –es decir, de aquellas utilidades a las que el derecho habilita–, así como las de exclusión, prioridad y disposición.

> Como puede observarse, la de disposición es, a la vez, facultad técnica o jurídica y utilidad. En cuanto facultad se predica del derecho real que se tiene, mientras que como utilidad, como ventaja económica o práctica, atiende a la posibilidad de que el interés del titular se realice mediante la enajenación o consumición de la cosa.

A) LA FACULTAD DE REALIZAR DIRECTAMENTE EL INTERÉS QUE IMPLICA

Sin duda, la facultad de directa realización es la más básica de cuantas atribuye el derecho real. En ella se traduce su aspecto interno, su inmediación. En su virtud, el titular de un derecho real podrá alcanzar de la cosa la inminente satisfacción de su interés, interés que varía según el tipo ante el que estemos. El del propietario, así, es superior en cuanto, por su condición, concentra las máximas utilidades que la cosa puede aportar: podrá usar de ella, hacerla producir, cambiar el destino económico al que deba emplearse, enajenarla, consumirla, etc.

Por su lado, el interés que está detrás de los derechos de disfrute es el de poseer, usar o gozar de la cosa de otro. Su alcance puede ser mayor (usufructo, superficie) o menor (servidumbre), de lo que dependerá su distinto régimen jurídico y dentro de él, especialmente,

su duración. En cualquier caso, la utilidad de disfrute, aunque comúnmente positiva, podrá cifrarse en la simple exigencia de un comportamiento negativo por parte del titular o poseedor de la cosa gravada (servidumbres negativas o *in non faciendo*). El concepto de goce no se limitaría, por tanto, a una utilización directa, inmediata de las cosas.

Los derechos de garantía, en tercer lugar, comprometen un bien a que se cumpla con el pago de un crédito. Mientras no se salde, la cosa permanecerá en poder del acreedor, en esos derechos que, como la prenda o la anticresis, se constituyen por la posesión. Con todo, se requiera o no de posesión, como ocurre para la hipoteca, el bien queda afectado, al punto de que, comprobado el incumplimiento, se habilitará el correspondiente procedimiento de ejecución al objeto de que la deuda se liquide.

Los derechos de adquisición preferente, por último, permiten exigir, ante determinadas circunstancias o cumpliendo ciertos requisitos, la transmisión de la propiedad en favor de quien de ellos sea titular.

B) LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN

El interés que representa cada derecho real es, como tantas veces se ha dicho, directo, por lo que no se precisa que para su consecución colabore persona o autoridad alguna. Antes bien, cuando alguien se interpusiera, dificultando, entorpeciendo, negando o limitando la realización de sus expectativas, el titular del derecho real estaría legitimado para superar y excluir esa situación a través de una serie de recursos.

En un primer estadio, el titular del derecho guarda la posibilidad de rechazar por sí mismo los ataques instados contra su posesión, pero siempre que la respuesta sea proporcionada e inmediata. Cuando el ataque ya se hubiera producido, y se hubiera cifrado, por ejemplo, en un despojo, el ordenamiento no le autorizaría al despojado a utilizar la vía de hecho, pero sí a reclamar, por el rápido procedimiento de los interdictos, que la situación inmediatamente anterior se reponga (cfr. arts. 441 y 446 CC). Esta de los interdictos se trataría de una vía de defensa provisional, como también acontece con la llamada acción de devastación de las hipotecas, cuya regula-

ción, alejada del componente posesorio, permite al acreedor una urgente intervención procesal para evitar que se perjudique en su valor el bien puesto como garantía (cfr. art. 117 LH).

En una esfera superior, sin embargo, se encuentran las acciones reales: la reivindicatoria, que se reconoce al propietario al objeto de recuperar la posesión de la cosa, pero también a todo aquel que como el usufructuario o el acreedor prendario sea desposeído, frente a quien tenga en su poder la cosa; la negatoria, de la que se dispone contra aquel que, sin haber llegado a desposeer, perturbe la propiedad ejercitando un derecho real limitado que no tiene; la confesoria, que, a la inversa, sirve a quienes demanden la titularidad de un derecho real limitado o el respeto a su ejercicio; y un largo etcétera, en la medida en que será real toda acción por la que se articule el contenido típico de un derecho real y el demandado se acredite por su vinculación con la cosa.

> Las acciones reales son acciones declarativas que se sustancian por los trámites del juicio ordinario o verbal según la cuantía, cuantía para cuya determinación el artículo 251 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expone las distintas reglas en función de la clase de derecho real ante el que estemos.

C) LA FACULTAD DE PRIORIDAD

A diferencia de los derechos personales que se rigen por una idea aproximada de paridad, la prioridad es una nota consustancial a los reales. Pensemos en que una persona puede endeudarse cuanto le permitan sus acreedores, pero no puede disponer de sus bienes ni gravarlos ilimitadamente; las cosas tienen una capacidad económica mayor o menor, según su clase, aunque concreta y determinada.

En el régimen de los derechos reales, por tanto, el primer derecho que aparece en el tiempo prevalece sobre el resto. La máxima se resume en el adagio *prior in tempore, potior in iure* y se despliega de dos formas: impidiendo el nacimiento de derechos de contenido incompatible con el de los ya constituidos o, en el caso de que esos derechos fueran compatibles, postergando los de nueva creación. Lo primero se manifiesta, por ejemplo, con motivo del usufructo, el cual impide que el nudo propietario pueda constituir otro o gravar, sin

consentimiento de su titular, la propiedad con algún derecho de disfrute que hubiera de regir vigente el usufructo. En cambio, la prioridad se mostraría concurrente en el supuesto típico de la hipoteca: quien sobre el mismo inmueble adquiriese después algún otro derecho, siempre quedaría a expensas de que la hipoteca no se ejecute.

De los ejemplos ofrecidos puede observarse que cuanto mayor sea el contenido, cuanto mayor sea la proyección material de un derecho real, menores serán las posibilidades de que concurra con otros. Una cosa solo puede tener un propietario, al igual que un usufructuario o superficiario, derecho el de estos que, sin llegar a considerarse pleno, como el dominio, inciden con fuerza sobre las utilidades materiales que la cosa está destinada a proporcionar.

Por el contrario, allá donde se compruebe una parcialidad en el goce (servidumbre) o, incluso, una ausencia total de disfrute (hipoteca), la concurrencia será mucho más probable. De lo que se infiere la repercusión que en todo este asunto ha de tener la naturaleza, mueble o inmueble, de la cosa. Y es que la posesión natural, material de bienes muebles no resulta posible con carácter parcial, al contrario de lo que sucede con los inmuebles, a cuyo respecto sí cabe que varias personas ejerzan actos posesorios con simultaneidad (propietario, titular de una servidumbre de paso, usuario, etc.).

En materia inmobiliaria, la prioridad de los derechos reales queda condicionada por el régimen del Registro. En su virtud, la prioridad de los derechos no se determina por el momento en que se constituye efectivamente –mediante título y modo–, sino que se hace depender del asiento de presentación, del momento en que ingresa el respectivo título en el Registro. Una vez presentado, el derecho real referido en ese título ostentará una posición, un rango registral concreto frente a los demás. En cuanto tal, el rango no se trata de un derecho autónomo, sino de la facultad de ejercitar con determinada precedencia aquel del que se es titular. Así, ante el conflicto entre dos derechos de contenido incompatible, el juego del rango excluiría al que se presentara más tarde; en otras palabras, el rango del primer título tendría tal fuerza como para negar la registración del segundo. En cambio, si fueran derechos de carácter compatible –dos hipotecas, una hipoteca y un usufructo–, los clasificaría haciendo siempre de mejor condición al que antes hubiera ingresado. La prioridad del Registro se expondría, entonces, de dos maneras: por exclusión, cuando impidiese la entrada de nuevos títulos, y por afección, cuando ordenara los que fueran entrando.

Consecuentemente, el rango registral (llamado también por tradición hipotecario) se ocuparía de explicar las relaciones que se diesen entre

los derechos con motivo de su inscripción, y también, por tanto, cuando un derecho real limitado entrase en colisión con el de dominio. En estos casos, se articularía bien como exclusión, si el título traslativo del dominio hubiera llegado antes, bien como afección, si hubiera accedido después o el derecho limitado hubiera sido otorgado por el adquirente.

D) LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN

Todos los derechos reales, sin excepción, son disponibles. Lo que ocurre es que esa facultad genérica de disposición no tiene el mismo alcance en todos los casos, habiéndose de distinguir tres clases de actos dispositivos: en primer lugar, los traslativos de la titularidad jurídico-real, del mismo derecho real que se ostenta; en segundo lugar, los que limitaran esa titularidad en favor de otras personas, mediante la constitución de nuevos derechos (usufructo, servidumbre, hipoteca, etc.), de contenido distinto pero nunca materialmente superior al gravado; y, por último, los que simplemente reflejaran la renuncia al derecho, a la titularidad, que se viene disfrutando.

Como todos los derechos reales son, en principio, renunciables, se entiende por qué se puede mantener su común cualidad de disponibles. A partir de esta conclusión, se podría aclarar algo más según el derecho de que se trate. En este sentido, pueden llegar a transmitirse plenamente los derechos de dominio, superficie y censo. En cuanto al resto, van desde aquellos cuya enajenación se permite, pero condicionada a que se transmita el bien al que el derecho aparece ontológicamente vinculado (servidumbres, hipoteca) hasta aquellos para los que se proscribe la cesión de cualquier tipo, aun en arrendamiento.

El derecho de servidumbre es ambulatorio, lo que, para su transmisión, se traduce en la necesidad de que se transmita igualmente el fundo a cuyo aprovechamiento favorece (cfr. art. 534 CC). El caso de la hipoteca es distinto, aunque lo recuerda, pues, en cuanto derecho, carece de independencia y como consecuencia habría de transmitirse junto con el crédito que garantiza.

Por su parte, el derecho de usufructo también es transmisible por más que la titularidad adquirida por el tercero haya de resolverse al tiempo en que hubiera tenido que extinguirse de no haberse transmitido (cfr. art. 480 CC). Para los derechos de uso y habitación la regla es que no

podrán traspasarse a otro por ninguna clase de título, siquiera por vía de arrendamiento (cfr. art. 525 CC).

II. LOS LÍMITES DEL DERECHO REAL

A) SU DISTINTO FUNDAMENTO

Los derechos reales se ejercen con sujeción a límites de la más variada gama. Los primeros y más esenciales resultan los legales de cada tipo, los contornos que definen el contenido sustantivo de cada modalidad; así, la intransmisibilidad de ciertos derechos, su carácter vitalicio o temporal, la imposibilidad de cambiar el destino económico atribuido a la cosa, la finalidad específica para la que debe usarse, etc.

En segundo lugar, destacan esos otros límites fundados en el interés público y regulados, de suyo, por la legislación administrativa. Son restricciones en materia de higiene y salubridad pública, planificación urbanística, correcto aprovechamiento de las tierras de cultivo, etc. Por su incidencia, ningún titular de derecho real podrá edificar sin contar con la licencia oportuna, ni destinar un inmueble a un uso incompatible con el medio, ni desviar los cauces de agua naturales que discurran por su finca, etc.

Existe también una serie de limitaciones basadas en razones de convivencia. Por ellas, quien esté disfrutando de un derecho real debe evitar las molestias que pudiera ocasionar a sus vecinos, en cuanto excedan del criterio de la normal tolerancia: en materia de obras, humo, calor, olores, ruidos, vibraciones.

Por último, un cuarto género de límites puede derivar tanto del comportamiento del sujeto titular, en cuanto consienta que su derecho quede condicionado por un usufructo, una locación o cualquier otra clase de derecho que limite sus expectativas, como de una resolución por la que se intervenga coactivamente sobre su derecho (embargo, secuestro, prohibición judicial de disponer, etc.).

B) EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO REAL

Junto a los límites anteriores, el derecho real aparece genéricamente condicionado por la doctrina del abuso de derecho. En su virtud, quien se beneficia de un derecho carece de legitimación para

ejercitarlo de modo desproporcionado o irrazonable, con total prescindencia del daño que a su través pudiera producirse o, incluso, con el único interés de causarlo. Como establece el artículo 7 CC, la ley no ampara el abuso del derecho, considerándose por tal "todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a tercero". Lógicamente estamos ante una situación de frecuente incidencia, como muestran los repertorios jurisprudenciales, en el ámbito de toda clase de comunidad (condominio, propiedad horizontal, etc.).

C) LAS PROHIBICIONES VOLUNTARIAS DE DISPONER

La libre circulación de los bienes es una máxima del Derecho patrimonial. Solo de manera excepcional y bajo determinadas circunstancias se acepta que un bien quede fuera del comercio. Con todo, cabe que una persona se comprometa, en el acto mismo por el que adquirió su derecho, o en otro posterior aislado, a no enajenar o disponer. Estas prohibiciones voluntarias de enajenar son de ordinario lícitas, y pueden responder a razones que van desde la simple enemistad al interés por evitar la competencia. Pero la legislación española solo concede efectos reales a aquellas que se dispongan en negocios a título gratuito, independientemente de que sean entre vivos o mortis causa, y con ciertos, aunque laxos, límites temporales.

En los actos a título oneroso, la existencia de una contraprestación, por principio justa y negociada, en favor del transmitente desnaturaliza la hipótesis, y si bien podrá imponer a la contraparte una cláusula del estilo, solo valdrá, y aun así cuando responda a una causa justificable, como obligación personal de no disponer, generadora, por tanto y exclusivamente, del derecho a recibir la oportuna indemnización en caso de que el adquirente la incumpla. Es decir, la transmisión o disposición vetada, de llegar a autorizarse, no podrá anularse por causa de la prohibición, como sí podría ocurrir con las prohibiciones establecidas por testamento, donación o capitulaciones matrimoniales.

Cuanto, en resumidas cuentas, se ha expuesto emerge del artículo 785.2.º en relación con el 781 CC, ambos en sede de sucesiones, pero cuya doctrina se considera igualmente aplicable a las donaciones. Tene-

mos que acudir a la Ley Hipotecaria, a su artículo 27, para completar el panorama respecto de las prohibiciones impuestas en operaciones de índole onerosa, "las que no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento". La constitución de la hipoteca en favor del enajenante que habría dispuesto, o mejor dicho, impuesto, la prohibición, no evitaría la invalidez de una ulterior disposición contraria a lo estipulado, aunque sí le aseguraría que eventuales terceros que adquiriesen el inmueble quedasen afectados, hasta la concurrencia con el valor del bien, por la responsabilidad que el incumplimiento de la prohibición acarrearía para la persona de su transmitente, adquirente a su vez en la primera transmisión y único obligado por la prohibición personalmente.

III. LA FAZ PASIVA DE LA RELACIÓN: LOS CONCEPTOS DE SUJECIÓN COMÚN, GRAVAMEN Y CARGA REAL

Uno de los errores en que incurría la teoría clásica acerca de los derechos reales consistía en el enfoque "dominio-centrista" que importaba. Al ocuparse de la distinción entre los derechos reales y los personales, se abordaba a la luz exclusiva del dominio, como el exponente más claro de la esencia jurídico-real. Frente al propietario se situaría la comunidad en su conjunto, cuyos miembros solo se relacionarían con aquel en caso de conflicto.

Con el tiempo, aquel planteamiento fue superándose, a lo que, sin duda, favoreció la impronta obligacionista, sin que necesariamente se hubieran tenido que admitir las conclusiones a la que arribaba esa corriente. El derecho real conformaría una relación desde el justo momento de su constitución, relación que tendría un sujeto pasivo plural, sometido a un deber genérico de abstención. Pero no por ello habría inconvenientes en reconocer ciertas situaciones donde determinados integrantes de la comunidad habrían de respetar especialmente su estatuto. Es lo que se observa en virtud de los derechos limitados, cuya realidad difiere en gran medida de la que caracteriza al dominio.

Efectivamente, el dominio evidencia la relación jurídico-real más común, en la medida en que la determinación o concreción de quienes hayan de estar especialmente obligados se deducirá en el momento en que una persona individualmente considerada lesione sus expectativas. En ese tiempo se especificará la relación, de modo

tal que se ponga fin a la injerencia y se repare el daño causado. Por el contrario, si nos encontramos ante un derecho de usufructo, servidumbre o hipoteca, aunque la lesión por un tercero cualquiera sea igualmente posible, es mucho más factible que el perjuicio venga de parte del propietario de la cosa, quien, según el derecho que sea, puede continuar hasta en su posesión. Y así, mientras que la relación habitual que ocasiona el dominio es de simple o genérica sujeción, la que representan estos últimos supuestos implica, a su vez, un gravamen, una fórmula que incide directa y primordialmente en la esfera patrimonial de quien, de otra forma, gozaría del cúmulo de utilidades que la cosa proporciona.

En bloque, los derechos reales limitados integran el género de gravámenes. Informalmente se expresa que tal o cual derecho grava ese u otro bien. Sin embargo, lo que ese derecho estará gravando no será tanto el bien que le sirve de objeto, cuanto, más exactamente, su propiedad, el dominio que sobre él se tiene. En el grupo históricamente habrían destacado, por su especialidad, las llamadas cargas reales. Se trata de aquellos derechos reales limitados que obligan a quien sea el propietario del bien en cada momento a realizar una prestación de carácter periódico –un servicio, una suma de dinero o una parte de los frutos– a su titular. Son esencialmente derechos reales *in faciendo*, categoría a la que se ha aludido en su lugar. Recuérdese que como manifestaciones normativas del fenómeno se apuntaban las obligaciones *propter rem*, siempre en su vertiente activa, y los censos. Pues bien, como cargas propiamente reales, nuestro ordenamiento solo reconocería los censos. Las obligaciones, mejor dicho, los créditos *propter rem* no lo serían por su condición de accesorios: el derecho real al que escoltaran no consistiría en la prestación que hubiera de hacer otra persona, sino que esta prestación se impondría como correlato necesario para que el titular hiciera uso de su derecho de la manera más adecuada.

También se descartaría, en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, el derecho de hipoteca. Que quien adquiera el inmueble haya de cumplir con el pago del crédito que hubiera contraído el anterior propietario no se perfilaría como el contenido estricto de la hipoteca: debería hacerlo para impedir quedarse sin el bien como resultado de una eventual ejecución, pero no porque estuviera obligado al pago directamente por el gravamen. Si así

fuera, su responsabilidad sería universal y no se limitaría, como ocurre, al valor al que la cosa ascienda.

> Por tanto, en la hipoteca no hay un *facere,* no existe una obligación específica de pagar para quien adquiere el bien una vez hipotecado. Y es que "el propietario si es el deudor estará obligado ciertamente a pagar, y si no lo hace, el acreedor podrá perseguir la cosa hipotecada o cualesquiera otros bienes del deudor; y si el propietario no es el propio deudor, no tendrá obligación alguna de pagar, de modo que si no paga, el acreedor no podrá dirigirse contra los demás bienes del propietario de la cosa hipotecada, y si paga tendrá derecho a repetir lo pagado al deudor personal, salvo que tratándose de un tercer adquirente hubiera descontado o retenido el importe del débito asegurado, todo lo cual constituye una evidente demostración de que el simple propietario de la cosa hipotecada no tiene ninguna obligación de pagar el débito garantido" (ROCA SASTRE).

Por una u otra razón, por tanto, puede concluirse afirmando el muy escaso ámbito de aplicación que para el sistema español tiene el instituto de las cargas reales, lo cual ciertamente se corresponde con el evidente menosprecio que el liberalismo y los vientos codificadores trajeron hacia el mismo. Con todo, no hay inconveniente en que su concepto se emplee, como más actualmente suele hacerse por la doctrina y los tribunales, en alusión a figuras distintas de los derechos reales que, como ciertos impuestos, gravan la titularidad sobre determinados bienes, principalmente, los inmuebles.

III

LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES

I. LOS MEDIOS DE ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES

A partir del elenco que contiene el artículo 609 CC, los distintos medios de adquisición de los derechos reales suelen catalogarse en función de muy diversos criterios. En primer lugar, son causas específicas aquellas susceptibles de aplicarse únicamente con respecto a alguno de los derechos admitidos; la ocupación, que solo se prevé para adquirir el dominio, y sobre bienes muebles abandonados o sin

dueño, constituye el mejor ejemplo. Por su parte, se consideran genéricos o comunes los medios de adquisición predicables de todos o la mayoría de los derechos reales; me refiero a la tradición –o entrega de la cosa fundada en un título oneroso–, la donación, la usucapión, la sucesión por causa de muerte y la ley.

Mirada con abstracción, la tradición o entrega que de una cosa haga una persona a otra, no derivará en la transmisión o constitución de un derecho real mientras no exista un título suficiente que, en cuanto traslativo (compraventa, permuta, etc.), justifique el cambio de titularidad o la creación del gravamen.

De la tradición se prescinde si la adquisición lo es *causa donandi,* en cuyo caso basta con el título. Así surge del artículo 609 CC, donde se aprecia la donación en cuanto fórmula adquisitiva independiente, como también de la normativa que la desarrolla, en la que lo que cuenta es la aceptación por parte del donatario (cfr. arts. 623 y 629 CC), siendo que la entrega de la cosa se requiere solo por vía de excepción respecto de la donación verbal de cosas muebles (cfr. art. 632 CC).

Por lo que respecta a la usucapión, en su principal variante, supone la atribución de un derecho real a partir de dos postulados: el transcurso de un determinado lapso de tiempo y el mantenimiento en la posesión durante ese tiempo por parte del interesado. Para los inmuebles, el tiempo que se exige es de treinta años, el cual, no obstante, se reduce a diez años si el adquirente cuenta con un título formalmente apto para la adquisición, pero que en el caso no fuera finalmente suficiente por haber faltado en la persona de su transmitente la capacidad o legitimación oportunas. Esta segunda modalidad requiere, en todo caso, de buena fe por parte del usucapiente, esto es, que no haya conocido del motivo de invalidez cuando contrató.

La sucesión por causa de muerte, por su parte, presenta tanta importancia que su análisis excede del tratamiento de los derechos reales, constituyendo por sí misma una rama autónoma del Derecho privado. A su estudio se remite desde estas páginas.

Por último, la ley incide en el conjunto de las causas de adquisición de los derechos reales al reconocer todas y cada una de ellas. Sin embargo, cuando, como ahora, se advierte sobre la ley como causa más en concreto se hace en alusión a aquellos casos que, como, por ejemplo, la atribución al Estado de la propiedad de los inmuebles vacantes (cfr. art. 17 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas), el retracto de comuneros y colindantes (cfr. arts. 1522 y 1523 CC) o las adquisiciones *a non domino* (cfr. arts. 464 CC y 34 LH), encuentran su fundamento en el mandato del legislador de que se tenga por constituido un derecho ante determinados presupuestos distintos a los que caracte-

rizan al resto de causales, o, incluso (piénsese en el último de los ejemplos citados), pese a no cumplirse con los requisitos que se establecen para ellas.

Aun dentro de este grupo de situaciones en que la ley se erige en "fuente" de los derechos reales cabe distinguir entre aquellos derechos reales que se constituyen *ex lege,* desde que se den los presupuestos normativamente previstos y sin que se precise un acto, voluntario o más ordinariamente judicial, de reconocimiento, de los que sí lo exigen: lo primero ocurriría con los ejemplos mencionados en el párrafo precedente; lo segundo, con las hipotecas legales (cfr. arts. 158 y ss. LH) y las servidumbres impuestas por la ley en beneficio de los particulares, a saber, servidumbres como las de paso (cfr. arts. 564 y ss. CC), estribo de presa (cfr. art. 554 CC), acueducto (cfr. arts. 557 y ss. CC), parada o partidor (cfr. art. 562 CC), o andamiaje y paso de materiales (cfr. art. 569 CC).

Los medios de adquisición de los derechos reales también se distinguen por su eficacia, según operen *inter vivos* (tradición, donación) o *mortis causa* (sucesión). La distinción importa si se atiende a que para los casos de sucesión se dispone que los herederos continúen a la persona del causante, no siendo necesario para que su adquisición se perfeccione que tomen posesión de las cosas (cfr. arts. 661 y 440 CC); esto contrasta con la regla ordinaria vigente para las adquisiciones entre vivos, para cuya conclusión normalmente se requiere de la posesión como presupuesto constitutivo.

Como ha expresado Álvarez Caperochipi, la posesión es el instituto común, el elemento que está detrás de causas adquisitivas como la ocupación, la adquisición *a non domino* de bienes muebles, la usucapión o la tradición. La posesión incide decisivamente en todos estos casos, distinguiéndose finalmente por la razón jurídica más precisa que subyace a cada uno: "en la ocupación es la resolución del conflicto que presenta la falta de certeza sobre una titularidad; en la adquisición *a non domino* es el refuerzo de la protección de la apariencia (...); en la tradición es la voluntad del propietario, y en la usucapión es el transcurso del tiempo".

Pero, sin duda, el método más habitual para clasificar los diferentes medios de adquisición consiste en analizar si la atribución por ellos resultante deriva de un anterior titular o, por el contrario, se muestra originaria. Al respecto, la ocupación o la usucapión manifestarían las dos principales adquisiciones originarias, en cuanto el

derecho que por ellas se imputa nacería *ex novo*, con desconocimiento o prescindencia de la voluntad real de cualquier otra persona. Cuando la correspondiente atribución se autorice por otro sujeto, sujeto que transmita el derecho que tenía (dominio, superficie) o constituya sobre él un gravamen a favor del adquirente (usufructo, prenda), se trataría de una adquisición derivativa. En este grupo se situarían también los derechos reales adquiridos por vía hereditaria, mediara o no testamento.

El interés por distinguir entre una y otra clase de adquisición reside en el hecho de que en las derivativas se produce una verdadera sucesión –ya traslativa, ya constitutiva– por lo que el derecho adquirido nunca podrá ser superior ni mejor al que ostentaba el transmitente. En cambio, el que adquiera un derecho de modo originario lo obtendrá eludiendo las deficiencias que pudieran comprobarse en los títulos de quienes le hubieran precedido en la cosa.

II. LA ADQUISICIÓN DERIVATIVA ENTRE VIVOS

A) LOS SISTEMAS CONOCIDOS

1. El sistema del título y el modo

En la época clásica del Derecho romano la propiedad sobre las cosas *mancipi* (fundos itálicos, esclavos, animales de tiro y carga) debía adquirirse a través de formas solemnes. La *mancipatio* era el tipo más común. Con la presencia de cinco testigos, del transmitente y de otra persona, el *libripens*, quien sujetaba en su mano una balanza de bronce (*libra*), el adquirente pronunciaba la fórmula preestablecida, en cuya virtud afirmaba que la cosa le pertenecía "según el Derecho de los Quirites". A continuación, golpeaba la balanza con una moneda de cobre (*as*), entregándosela al transmitente. En rigor, todo el rito representaba lo que GAYO llamó una *imaginario venditio*, una venta figurada, reflejo simbólico de la manera en que la compraventa se celebrara en los orígenes de la civilización romana, en aquel tiempo en que la moneda todavía no se había acuñado; ello explicaría el porqué de la balanza.

Junto a la *mancipatio,* la otra vía prevista con respecto a las cosas *mancipi* consistía en la *in iure cessio*, una ficción de procedimiento

judicial, en la que las partes comparecían ante el magistrado, acto en que el transmitente reclamaba la titularidad sobre la cosa. Si, al ser preguntado, el transmitente se callaba o negaba que la cosa fuera suya, el magistrado resolvía concediendo la propiedad al demandante.

En relación con las cosas *nec mancipi,* aquellas que para la mentalidad socio-económica de los romanos gozaban de un menor valor, no se preveía formalidad alguna; bastaba con la *traditio*, con que la cosa se entregara. Con todo, para que el acto de entrega surtiera su efecto traslativo, se requería que el transmitente fuera propietario y que la *traditio* se correspondiera con una justa causa, una razón por la que el cambio de titularidad o la constitución del derecho real hubiera de operar (compraventa, donación, fiducia); la tradición, por sí sola, no transmitía nada más que la posesión.

Con el paso del tiempo, el Imperio se fue abriendo y las instituciones simplificando. Ya en la etapa posclásica, la tradición se convierte en el medio adquisitivo por excelencia, relegando a la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que no tardarán en desaparecer. En las provincias, especialmente las orientales, se dará un paso más, llegándose a admitir la transferencia de la propiedad al celebrarse el oportuno contrato. Consolidados estos usos, JUSTINIANO reaccionará en contra, prescribiendo que el dominio de las cosas no podía adquirirse por simples pactos (C. 2, 3, 20). En el *Corpus* se recuperará, así, la doctrina clásica acerca de la tradición, y entre sus fragmentos, los autores de los siglos posteriores habrán de centrarse en aquel en que PAULO estableciera que la nuda tradición no podría transferir el dominio, "salvo que hubiera precedido venta, o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega" (D. 41, 1, 31, pr.). Con base en este y en otros textos, se acuñará la denominada teoría del título y el modo, teoría por la cual cada nueva adquisición ha de descansar en una doble causa: una remota, el título o justa causa, y otra más próxima, el modo o tradición.

2. El sistema consensualista francés

Es evidente que la tradición, como acto que se exige para la adquisición del dominio o de los demás derechos reales, no necesita cumplirse si la cosa se halla ya en poder del adquirente; tampoco, si

el dueño decide transmitir la cosa pero con la intención de seguir teniéndola como arrendatario, usufructuario o precarista. El primer caso recibe el nombre de *traditio brevi manu*; el segundo, el de *constitutum possessorium*. Obviamente, ambos fueron conocidos por los romanos, aunque técnicamente su calificación se deba a la labor posterior de los medievales. Junto a estos supuestos, en Roma también se permitieron formas simbólicas de tradición: la entrega de las llaves del almacén donde se guardaban las mercancías (*traditio clavium*); el mostrar desde el punto más alto los límites del fundo objeto de transmisión (*traditio longa manu*); incluso, en el Bajo Imperio se admitió la tradición por la simple declaración que las partes solían hacer constar en el documento que al tiempo de contratar suscribían, y en cuyo cuerpo advertían que la tradición ya se había realizado. Por este camino, es fácil entender cómo, un poco más tarde, se hubo de juzgar consumada la tradición a partir de la propia entrega del documento (*traditiochartae* o *per cartam)*.

En el antiguo Derecho francés, el proceso de espiritualización que se describe fue retomado, apartándose del tenor de las fuentes justinianeas. Con frecuencia se pactaba el constituto posesorio, en función de ese plazo, más o menos breve, que el enajenante solicitaba para desalojar el inmueble que venía ocupando. Además, revivieron con fulgor aquellas cláusulas de estilo por las que se anunciaba que el adquirente ya se había hecho con la posesión, lo cual podía haber ocurrido, pero que de ordinario no era así. Como consecuencia de tales prácticas, en la conciencia colectiva se fue arraigando la idea de que la propiedad se transmitía desde el contrato, sentir que a nivel doctrinal hubo de adoptar la Escuela del Derecho Natural, con GROCIO y PUFFENDORF a la cabeza: a su juicio, de la misma manera que para transmitir la posesión, que es un hecho, se requería de la tradición, no existía inconveniente en que la propiedad, en su calidad de derecho moral distinto de la cosa y la posesión, se traspasara por el mero convenio.

Con tal panorama no debe extrañar la opción seguida por el *Code*. Sus redactores no hicieron más que consagrar la tendencia señalada. La regla de la transferencia por el solo consenso, aparece, así, referida en varios preceptos, destacándose, por su alcance general, los artículos 711 y 1138. El primero, cuando prevé que la propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación "y por

efecto de las obligaciones"; el segundo, al indicar que "la obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes".

A ambas disposiciones deben sumarse las que reproducen el principio más en particular: es el caso de los artículos 938 –"la donación debidamente aceptada se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y la propiedad de los objetos donados se transmitirá al donatario sin que sea necesaria la tradición"–, 1583 –[la venta] "se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado"– o 1703 –"la permuta operará por el simple consentimiento, de la misma manera que la venta".

3. El sistema abstracto alemán

El sistema abstracto de traslación es producto de la pandectística alemana. Con base en un famoso pero aislado pasaje del Digesto, cuya inteligencia ya fuera defendida por DONELO y SAVIGNY, sus integrantes arriban a la conclusión de que la tradición se justifica por sí misma, por esa común voluntad de dar y recibir que indefectiblemente precisa. La tradición se piensa ahora como un contrato con perfiles autónomos, que presentaría el enorme aliciente de preservar las adquisiciones que se fueran realizando de los vicios que luego pudieran comprobarse con respecto a cualquiera de los negocios causales anteriores.

En aquel lugar del Digesto, JULIANO decía: "cuando estamos de acuerdo en la cosa misma objeto de la entrega pero no en la causa de la tradición, no veo por qué no ha de valer la tradición, por ejemplo, si yo creo que debo entregarte un fundo a causa de un legado y tú crees que te lo debo por estipulación; porque también si yo te doy una cantidad de dinero en donación y tú la recibes como prestada, consta que se te transfiere la propiedad, y que no lo impide el que no estemos de acuerdo respecto a la causa de dar y recibir" (41, 1, 36).

Con estos y otros precedentes, el Código Civil alemán (BGB) diseña un régimen para la transmisión de los derechos reales basado en dos requisitos, uno común, el acuerdo real que deben concluir las

partes al único objeto de consentir la modificación en la titularidad pretendida, y otro que depende de la naturaleza del bien: si inmueble, la inscripción en el Registro, si mueble, la tradición.

> "Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción jurídica de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro, en tanto que la ley no prescriba otra cosa" (§ 873, párr. 1.° BGB). "Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse. Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad" (§ 929 BGB).

La clave del sistema, por tanto, es ese acuerdo o *Einigung* que ha de concurrir en todo caso. El acuerdo se dice real porque sus efectos solo tienden al cambio en la titularidad respectiva, desvinculándose, por completo, de la causa sustantiva, el motivo verdadero, la finalidad económica que haya conducido a las partes a suscribir la operación. Por esto mismo se advierte, como segunda y principal característica del convenio, su abstracción. El acuerdo es abstracto porque se interpone entre la compraventa, la permuta o el título causal de que se trate y el modo concreto de investidura, el mecanismo previsto para que el cambio pueda darse a conocer (inscripción o posesión). Con ello se logra desvincular al derecho que se haya transmitido de las circunstancias que afecten a la validez del negocio obligatorio, fomentando una mayor confianza en el tráfico jurídico. En este sentido, repárese en que el Derecho común, vigente en buena parte del territorio alemán antes de que el BGB se promulgara, no admitía las adquisiciones autorizadas por persona no propietaria. En su virtud, la reivindicación del propietario despojado habría de triunfar frente a terceros que la hubieran adquirido, aun cuando el despojo proviniese de la persona a la que el dueño se la hubiera confiado (abuso de confianza); de nada servía, siquiera, que el tercero hubiera creído en la apariencia de propiedad demostrada por el enajenante. La máxima era "*ubi rem meam invenio, ibi vindico*". Con el nuevo sistema, en cambio, podrá no existir causa para la transmisión o resultar el negocio obligatorio nulo o ineficaz, pero el derecho adquirido por el tercero queda a salvo.

En el Derecho alemán antiguo, por el contrario, como también, luego de la recepción, en algunos ordenamientos locales, se preveía, tratándose de bienes muebles, que la reivindicación del legítimo propietario no podía prosperar en los casos en que hubiera mediado abuso de confianza (WOLFF). La regla, que se resumía en el acervo "Wo du deine Glauben gelassen hast, da sollts du ihn suchen" ("Donde hayas depositado tu confianza, allá la has de buscar"), infundiría aquella otra de que "la posesión equivale a título" después incluida en el Código francés (cfr. art. 2779), y desde el cual llegaría al nuestro (cfr. art. 464).

El contrato real, tal y como lo plantea el Código alemán, se asimila a la *mancipatio* del Derecho romano. Esta, ha de recordarse, operaba como un negocio formal de traslación independiente de la causa por la que se realizara; en ella nada anunciaba el título por el que realmente se celebraba. Simplemente servía como cauce para que la transmisión tuviera lugar, la cual se perfeccionaba siempre que se hubiera cumplido con los recaudos que se exigían (ciudadanía romana, presencia de los cinco testigos, empleo de las palabras rituarias, etc.). Hoy, en Alemania, el acuerdo solo es formal para los inmuebles, a cuyo respecto debe declararse en las oficinas del Registro o ante un juez o notario; en relación con las cosas muebles, se entiende, para la mayor parte de los casos, implícitamente otorgado con la entrega.

B) EL SISTEMA ESPAÑOL: PRESUPUESTOS

Expuestos los tres sistemas tipo en la materia, la legislación española se adscribe, no sin matices, al del título y el modo. En él, será título aquel acto o negocio que fundamente la entrega que se haga de la cosa, de tal manera que la violencia, el error, el dolo o las demás irregularidades de que adolezca se transmitan junto con el derecho que se adquiere o constituye, pudiendo invocarse contra el sucesor, dejando a salvo por el momento la protección que puede dispensar el ordenamiento a los terceros de buena fe. Frente al modelo alemán, se trata, entonces, de un sistema profundamente causalista, donde tampoco se requiere, como regla general, de la inscripción en el Registro inmobiliario para que los derechos reales se perfeccionen; el asiento registral a lo que sirve es a favorecer que los terceros conozcan de las relaciones constituidas previamente.

Para nuestro ordenamiento, antes de la tradición no cabría adquirir ningún derecho real (cfr. art. 1095 CC), a reserva, en primer lugar, de los derechos cuyo contenido no incorpora la posesión (hipoteca, servidumbres negativas) y, en segundo lugar, de lo dispuesto en sede sucesoria, dado que los derechos que hayan sido del causante y que no hubieran de extinguirse con su fallecimiento, se transmiten por ley a sus herederos. El sistema español se aleja, con ello, del francés, aunque no del todo por cuanto para las donaciones, desde ya la dicción con que se emplea el artículo 609 CC, se prevé su directa eficacia real o dispositiva.

En esta instancia, y a salvo de las consideraciones que a continuación se reseñen sobre cada uno de sus presupuestos, que, según se verá, no se agotan, ni mucho menos, en la mera y formal confluencia de título y modo, la valoración que se puede hacer del esquema legalmente adoptado es esencialmente positiva. Y ello, porque a la par que el sistema de transmisión puramente consensual contradice la caracterización del derecho real como poder inmediato y las exigencias mínimas que deben imponerse en el tráfico jurídico, "la pirueta alemana del negocio de transmisión real y abstracto, si llega a lograr la seguridad del tráfico, es tan claramente en contra del buen sentido y de la invencible sensación de la realidad e intuición de la justicia, que hoy, en la misma Alemania, toman progresivamente cuerpo las orientaciones revisionistas". Por el contrario, el mantenimiento del sistema del título y el modo permite contar con un mecanismo transmisivo en el que "se salvan la realidad de los *iura in re* y la fundamentación en justicia y en Derecho de su transmisión voluntaria. La realidad de los *iura in re,* porque no llega a adquirirlos el que no es puesto, mediante la tradición o entrega, en la posesión de la cosa. La fundamentación de su transmisión, porque se hace depender ésta del negocio que remota o indirectamente la justifica" (GORDILLO CAÑAS).

1. Título

El título entraña la causa en que se asienta la mutación jurídico-real. Sin él, lo único que puede transmitirse por medio de la tradición es la posesión de la cosa o su simple tenencia. El título, por tanto, significa la *iusta causa traditionis*, entendiendo por tal el acto, el

negocio jurídico o, incluso, la disposición judicial que explica la atribución patrimonial respectiva. Para el dominio, por ejemplo, resulta título suficiente, por su alcance traslativo, el contrato de compraventa, la dación o adjudicación en pago, el aporte a una sociedad, etc. No lo es, en cambio, un contrato de locación, comodato o depósito. Para los derechos reales limitados, por su parte, el título se suele denominar con el mismo nombre que se asigna al derecho: se habla así de contrato de usufructo, de hipoteca, de prenda, etc.

El título puede ser voluntario o forzoso. El primero es aquel que se consiente libremente por quien haya de desprenderse del derecho o, si se trata de la constitución de un derecho limitado, normalmente por quien sea propietario de la cosa. El título se reputa forzoso, cuando estando obligada una persona a transmitir o constituir el derecho de que se trate, o por una previsión legal que lo prevea, la autoridad judicial suple su voluntad, autorizando expresamente que se haga. Recuérdese, según se introdujo en su momento, que ciertos derechos reales pueden constituirse por mandato legal, y que dentro de ellos existen, a su vez, algunos para los que la previsión legal no opera automáticamente, sino que, a falta de convenio entre los interesados, se faculta a acudir a la autoridad judicial o, excepcionalmente, administrativa para que sea ella la que defina si se dan efectivamente las condiciones legales y en tal caso la imponga. Las servidumbres forzosas, tal y como la de paso (cfr. arts. 564 y ss. CC), reflejarían un buen ejemplo.

Siendo el título voluntario, el principio es el de libertad de formas (cfr. art. 1278 CC). Cierto que el artículo 1280 CC dispone que "deberán constar en documento público", entre otros, "los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales", aunque también lo es que la norma se interpreta en el sentido de que el documento público se exige *ad probationem,* de que la escritura pública no se señala con efectos constitutivos, integrando en su validez al contrato, como sí sucede en cambio para la donación de bienes inmuebles (medio adquisitivo propio, como sabemos, ajeno a la teoría del título y el modo), la hipoteca (cfr. art. 145 LH), la enfiteusis (cfr. art. 1628 CC) o el derecho de superficie (cfr. art. 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo).

De lo anterior surge que mientras se den los presupuestos de validez del contrato traslativo de turno –en una compraventa, como

ejemplo paradigmático, por ser firme el acuerdo en torno a la cosa y el precio (cfr. art. 1445 CC)–, la propiedad podrá adquirirse mediante documento privado, o aun sin él, por haberse convenido verbalmente, si entregada la posesión, se acredita por el resto de medios de prueba admitidos en Derecho que ha habido contrato, en cuyo cumplimiento precisamente se habría producido el traspaso de la posesión previo seguro pago del precio o una parte de él, con lo que el contrato se acabaría demostrando por su misma ejecución.

2. Modo

Por principio, el modo o tradición desempeña dos funciones. Una interna, basada en el cumplimiento del contrato, del título previamente concluido y que consiste en la puesta a disposición de la cosa, y otra externa, que presenta, a su vez, un doble carácter: positivo, en cuanto la posesión que por ella se tome vendrá a actuar como signo de recognoscibilidad de la titularidad que haya de tenerse como consecuencia sobre la cosa; y negativo, en la medida en que el traspaso efectuado evitará que la cosa se entregue a otra persona en perjuicio del compromiso adquirido con base en el título, y esto último a reserva de cuanto se dirá sobre la buena fe como presupuesto de común aplicación respecto del proceso adquisitivo (cfr. art. 1473 CC).

En relación con las formas en que puede realizarse la tradición, la legislación española mantiene, con todo, una postura bastante flexible. En precepto extensible a cualquier negocio traslativo, y no solo a la compraventa, en cuyo título se ubica, es verdad que comienza advirtiendo que la cosa se considerará entregada cuando se ponga en poder y posesión del adquirente (art. 1462, párr. 1.º, CC), lo que remite al artículo 438 CC en cuanto la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o por el hecho de quedar sujeta a la acción de nuestra voluntad. De ordinario la tradición importaría, entonces, la entrega de la cosa, requiriendo de un cierto desapoderamiento, una cierta desposesión, aun parcial como cuando se constituye un derecho de uso o habitación sobre un inmueble. En las servidumbres positivas, como hipótesis particularmente específica, el modo se concretaría en el ejercicio, o posibilidad de ejercicio, de actos posesorios sobre el inmueble gravado, dado que el titular de

ese fundo (o quien como el usufructuario o el arrendatario haga sus veces) seguirá en posesión de la finca.

Pero, como decía, junto a esta modalidad ordinaria o propia de tradición, basada en la investidura material sobre el bien objeto de transmisión, nuestro sistema legal admite, amén de los clásicos y lógicos institutos de la *traditio brevi manu* y el constituto posesorio, que no se alejarían, por demás, del postulado de la materialidad en la posesión (por ellos solo se evitaría el juego inútil de la transmisión efectiva del bien que ya tiene en su poder quien habría de recibirla como resultado), una tradición ficticia al mero amparo de la entrega del documento público en que se haya instrumentado el título. Dice así el segundo párrafo del citado artículo 1462 que "cuando la venta se hiciera mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o dedujere claramente lo contrario". Si a esta tradición instrumental o *traditio chartae*, sumamos que para los bienes muebles el artículo siguiente prevé que su entrega se efectuará "por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador del instante de la venta", la entrega material, efectiva como presupuesto para la adquisición de los derechos reales, aparece como evento circunstancialmente dispensable, acercándonos en alguna medida al modelo consensual francés.

> Y digo en alguna medida porque a los dos requisitos que surgen del artículo 1462 CC para que se tenga por realizada la tradición, esto es, que la compraventa se celebre por medio de escritura pública, con todos los requisitos formales para su validez, y que de dicha escritura no resulte o se deduzca claramente lo contrario, cierta doctrina y jurisprudencia consideran implícito otro requisito: que el vendedor, el transmitente, se encuentre en posesión del bien. De ser así, quedaría condicionada fuertemente la impronta de la norma, hasta rebajarse a la presunción de que la tradición habría tenido lugar en tanto no se comprobase sobre una realidad física contraria. No obstante, autores de la talla de LACRUZ, PEÑA O ALBALADEJO, entre otros, salvan el precepto en el sentido de que en ese caso, de que haya un poseedor contradictor, el dominio se habrá transmitido (y con él las acciones reales vinculadas, v. gr., la reivindicatoria para ejercer de inmediato contra el poseedor), pero no la posesión, que por no haberse adquirido por "el nuevo propietario", no podrá defenderse por los procedimientos que le son propios.

Similar corrección se sigue en relación con la "tradición consensual" del artículo 1463 CC, en la medida que los bienes muebles no pueden estar siendo poseídos por otro a título de dueño; el supuesto se habría habilitado pensando en la imposibilidad física o inconveniencia económica de trasladar los bienes en el momento en que se concluye la operatoria. En cambio, de tratarse de la imposibilidad jurídica plasmada por la posesión de otro, el "solo acuerdo o conformidad de los contratantes", para llegar al anterior resultado de transmitir el dominio –que no la posesión, como hemos visto–, debería suscribirse en escritura pública, si somos coherentes y ponemos en relación los dos artículos del Código aquí sustanciados.

Finalmente, donde el modo se antoja por completo superfluo es con respecto a aquellos derechos reales que, como la hipoteca, las servidumbres negativas, los censos o los derechos de adquisición preferente no se ejercen por la posesión. El título será suficiente para su constitución, a reserva de que los terceros a quienes se pretendan oponer hayan podido conocerlos; de ahí, la mayor importancia de que consten publicados en el Registro.

Para estos derechos se suele estar al artículo 1464 CC en ese su primer inciso, en que establece que respecto de los bienes incorporales, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1462 CC (Peña, Lacruz, De Pablo Contreras). Pero la referencia, que se entiende en cuanto a la necesidad de que consten en escritura pública, no puede justificar, como para el caso de los bienes corporales, tradición, ni ficticia ni de ningún tipo, pues ninguno de los derechos mencionados requiere por naturaleza de modo para su constitución. El requisito de la escritura pública lo sería, de entender el precepto en el sentido de su exigencia con efectos constitutivos, respecto del título; sin embargo, terminaría ello por contradecir la doctrina que emerge de los artículos 1278 y 1280.1.º CC, tal y como antes se ha explicado, que es la que rige con alcance general en la materia, arribando así a una conclusión harto dudosa. Por lo pronto, sonaría redundante en relación con la formalidad *ad solemnitatem* que se especifica en su lugar para alguno de tales derechos (hipoteca, enfiteusis, superficie).

3. Legitimación

Pero no basta con que exista un título, una justa causa para la transmisión seguida o precedida de la entrega efectiva de la cosa.

Por lógica, se precisa además que el transmitente o constituyente se encuentre legitimado para autorizar la enajenación o gravamen. La cuestión se resume en la fórmula *nemo dat quod non habet*, en cuanto nadie puede dar lo que no tiene, circunstancia a la que también se alude con la máxima *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, en cuanto nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso del que goza. Por ejemplo, ni el acreedor pignoraticio ni el usufructuario que, haciéndose pasar por propietario, vendieran y entregaran la cosa, podrían transmitir válidamente su dominio; de igual manera que quien sobre una cosa tenga un dominio "imperfecto", por estar gravado con un derecho limitado o por estar supeditado a un evento resolutorio, solo podría transferirlo en tales condiciones.

Por aplicación del principio que se acaba de exponer, la persona que adquiera un derecho real de quien carezca de la suficiente aptitud para transmitirlo, solo lo hará en apariencia, no pudiendo imponerse frente al legítimo propietario, el *verus dominus*, que no habría participado ni consentido la oportuna transacción. Tal sería la regla general en el ámbito de los derechos reales, regla sobre la cual, no obstante, habría que hacer algunas consideraciones.

La primera se refiere a la virtualidad que puede presentar la convalidación en sede de derechos reales. En su virtud, ha de estimarse adecuado que el derecho real inválidamente constituido se legitime una vez se produzca el evento adquisitivo en cabeza del transmitente, por haber venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa.

Si se analiza bien, la convalidación no termina de exceptuar el *nemo dat quod non habet*; el fundamento del principio se respeta aunque la titularidad no se tenga en el mismo momento de la constitución. Vale con que la legitimación requerida para el acto ya concluido se alcance con posterioridad. No ocurre lo mismo con las llamadas adquisiciones *a non domino*, que, como ya indican con su nombre, operan con independencia del principio.

En efecto, los supuestos contemplados en los artículos 464 CC y 34 LH conferirían plena validez a los derechos que hubiesen adquirido terceros de persona no legitimada para otorgarlos. La medida se basaría en una razón de interés público, en la protección que se le debe proporcionar a quienes hubieran confiado en la aparente legi-

timación del transmitente, y que no habrían conocido ni podido conocer de la causa concreta que hubiera de hacer inválida la transmisión.

4. Capacidad

Por su condición naturalmente dispositiva, la transmisión o constitución de un derecho real requiere que la persona que la consienta tenga plena capacidad de disponer. Mientras que el concepto de legitimación se refiere al poder de disposición del sujeto interesado, en cuanto contenido del derecho subjetivo que tenga efectivamente atribuido, el de capacidad remite a una condición de su persona, a la posibilidad de disponer por sí mismo total o parcialmente de las utilidades que ese derecho le reporte.

> Sobre el tema, MESSINEO sostiene que no debe confundirse con la capacidad jurídica el poder de disponer o de disposición, que es una relación del sujeto con un derecho subjetivo. Este poder no se trata de algo autónomo: es parte del contenido de los poderes correspondientes al titular de un derecho, por cuya virtud puede decirse que esta persona puede disponer, puede realizar actos o negocios de disposición (enajenación, dación en garantía real, etc.) de su derecho, y viceversa, que solo el titular del derecho real está legitimado para disponer de él y que, por consiguiente, nadie puede disponer de los derechos ajenos.

5. Inscripción

Salvo para la hipoteca (cfr. arts. 1875 y 145 LH), el derecho de superficie (cfr. art. 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo) y alguna otra figura más, en nuestro país, la inscripción carece de efectos constitutivos; esto es, el derecho real no necesita de la inscripción para su validez. La eficacia del Registro es, entonces, meramente declarativa, lo que obliga, en primer lugar, a considerar su razón de ser respecto de una legislación donde ya se prevé la tradición como elemento de exteriorización, de publicidad de los derechos reales. Una vez se aclare esto, conviene preguntarse sobre los motivos que hacen que esa necesidad se manifieste más acusada para los inmuebles.

Por lo que atañe a la primera cuestión, la posesión no supone un mecanismo de publicidad enteramente confiable. Es cierto que la titularidad de los derechos reales puede revelarse por su medio, pero también lo es que no siempre quien posee o detenta una cosa disfruta del título que alega para contratar. Por ejemplo, el acreedor al que se le hubiera entregado en prenda una cosa, podría hacerse pasar por propietario para proceder a venderla. Con esa venta, al legislador se le plantearía un claro conflicto: o mantener al legítimo dueño en la propiedad de la cosa o conceder su dominio al tercero que haya confiado en la apariencia creada por la posesión. En el primer caso, el principio de legitimación se impondría, con lo que se obstaculizaría gravemente el tráfico jurídico, en la medida en que quien aspirara a adquirir una cosa exigiría, en previsión de un futuro despojo, innumerables pruebas que acreditasen la propiedad, la perfección en el título del disponente. Por el contrario, la consagración del derecho adquirido por el tercero traería irremediablemente consigo la extinción del dominio en cabeza de quien no habría participado ni permitido el negocio oportuno. La primera solución es propia de la tradición histórica romana; la segunda, de los ordenamientos germánicos.

> Como señala LACRUZ, para quien la solución dada al conflicto depende del medio racial y geográfico, social y económico en que se produce, "en un ambiente en que el culto del individuo, considerado como centro del Universo, ahogue el sentimiento social, poniendo estrechos límites a la vida de relación, se comprende la tutela exclusiva de los derechos subjetivos (...). En un medio, en cambio, en el que una férrea estructuración de la vida social haga anteponer al interés individual de los ciudadanos el de la colectividad, rige el opuesto principio de la tutela del tráfico, con la consiguiente posibilidad de confiar en la titularidad del propietario o acreedor aparente, sabiendo que, aunque tal apariencia se separe de la realidad jurídica, ningún daño podrá derivar a quien adquiere o paga del hecho de haberse fiado de ella".

Pues bien, en relación con esa disputa entre la seguridad en los derechos y la seguridad en el tráfico que ya destacara EHRENBERG, el Registro, tal y como lo concibe la legislación española –y sin anticipar más sobre cuál haya de ser el valor exacto de la inscripción en nuestro Derecho–, se pone al servicio de ambas: de la seguridad de los derechos, en cuanto la persona que figure en sus libros como titular

no podrá ser desconocida por los terceros, quienes con ella deberían contratar para adquirir el derecho que pretendan y es que los asientos se presumen veraces mientras no se impugnen en debida forma, del mismo modo que se presume su conocimiento, presunción esta *iuris et de iure*, por lo que no cabe invocar la ignorancia respecto de lo inscrito. Pero, a la vez, el Registro cumple con la seguridad en el tráfico, al proteger justamente en el derecho adquirido a los terceros que hubieran confiado en la información volcada en sus libros, a aquellos que de buena fe hubieran contratado con la persona legitimada según los asientos registrales.

> Para EHRENBERG, la seguridad en los derechos, o seguridad jurídica en sentido estricto, consistía en no poder llevarse a cabo una modificación desfavorable de una situación patrimonial anterior sin el consentimiento de la persona afectada. A su vez, por seguridad en el tráfico entendía que la favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no pudiera frustrarse por circunstancias que le fueran desconocidas a esa misma persona.

Obviamente, como aparato institucional especialmente creado, el trámite registral incorpora un cierto encarecimiento de las operaciones. Ello explica que solo se instituya con carácter general para los inmuebles, en la medida en que su mayor valor absorberá los respectivos costes con holgura. En cambio, aunque en ocasiones puedan alcanzar una elevada cotización, la mayoría de los bienes muebles goza de un valor más reducido, condición que no justificaría los gastos que hubiera de generar su registro; cuando el sistema efectivamente se establece, se haría con miras a bienes que, como buques, aeronaves o automóviles, tengan una relevante importancia económica y sean susceptibles de una fácil individualización.

6. Buena fe

No suele exponerse la buena fe como presupuesto esencial para que los derechos reales se adquieran. Con tal significado, la buena fe solo parece admitirse para los casos de adquisición *a non domino,* donde su incidencia sería capital para que el tercero resultase amparado en un derecho que, otro modo, habría de ceder ante la acción que impetrara el legítimo propietario.

Sin embargo, la buena fe, como elemento, no se limita a un factor de aplicación extraordinaria. En cuanto concepto está presente en toda la regulación de los derechos reales, cuya absolutividad se basa, justamente, en el conocimiento que los terceros alcancen de su existencia.

Tal es el criterio que vemos sancionado en el artículo 1473 CC, en sede de compraventa. En su virtud, "si una misma cosa se hubiera vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuera mueble"; si fuera inmueble, y no habiendo inscripción de ninguno de los títulos en disputa en el Registro, la propiedad corresponderá "a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe". La norma parece apartarse del principio de buena fe cuando, de haber inscripción, atribuye la propiedad a quien, sin más, inscriba. Pero ello no significa otra cosa que remitirse a la legislación hipotecaria, la cual justamente hace depender la protección que dispensa de la buena fe entendida esta como falta mínimamente diligente de conocimiento, lo cual se apreciaría, "por ejemplo, cuando una entidad financiera, después de un estudio sobre las ventajas de su inversión inmobiliaria, adquiere en escritura pública, que inscribe, varias viviendas vendidas anteriormente por el mismo vendedor, en documento privado, a diferentes personas que ocupaban las fincas como dueñas después de haberlo hecho como arrendatarias". Así habría de estimarlo el Pleno de la Sala de lo Civil del Supremo en su sentencia de 7 de septiembre de 2007, recordando su jurisprudencia en torno al requisito de probidad, de buena fe, en la persona del inscribiente del artículo 1473 CC.

III. LA MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

A) CLASES

Por modificación de los derechos reales se debe entender toda vicisitud, voluntaria o circunstancial, que provoque un cambio en la estructura subjetiva de la relación, en el objeto que le sirve de asiento o en su contenido (DÍEZ-PICAZO). No se trata, desde luego, de un fenómeno aislado; pensemos, sin más, en que la modificación

subjetiva resulta una consecuencia directa del régimen de los derechos reales: en su vertiente activa, por la transmisibilidad que, de uno y otro modo, se predica de buena parte de ellos; en su vertiente pasiva, por la oponibilidad que identifica al género, y que hace común que quien adquiera la cosa deba soportar las cargas y gravámenes que se hayan comprometido con anterioridad.

Junto a las modificaciones de tipo subjetivo, que no tendrían, por lo comentado, mayor complejidad, se vislumbran otras. Del lado de las objetivas, quizás, la más destacada sea la accesión, ese supuesto en que una cosa se adhiere, natural o artificialmente, a otra (cfr. arts. 353 y ss. CC); también podría citarse la destrucción o pérdida, siempre parcial, de la cosa (cfr., *v. gr.*, art. 514 CC).

En tercer lugar, las modificaciones de los derechos reales pueden incidir sobre su contenido. Son aquellas que, sin variar ni suprimir el esquema básico de la relación, repercuten, de alguna forma, sobre el cuerpo de facultades y obligaciones con las que el derecho se haya concebido. Un buen ejemplo está representado por el *ius variandi* en materia de servidumbres (cfr. art. 545 CC).

B) LA CONVERSIÓN DE LOS DERECHOS REALES: EL INSTITUTO DE LA SUBROGACIÓN REAL

Para que un medio pueda calificarse de modificatorio parece evidente que su alcance debe circunscribirse a los contornos característicos de la relación que haya de modificarse. Se comprende que la pretendida modificación dejará de serlo si conlleva la desnaturalización del derecho en que se fije. En tales casos, se trataría de una suerte de conversión, de sucesión entre derechos; es lo que expresaría el instituto de la subrogación real, reconocido por el ordenamiento en determinadas ocasiones.

La subrogación real supone, como presupuesto cardinal, la sustitución, por su deterioro o realización, de la cosa que es objeto de un derecho real por otra que hace sus veces. Pero el expediente no queda ahí; antes bien, la diversa naturaleza del nuevo objeto obliga a trastocar todo el régimen originalmente estipulado, de modo que el esquema de actuación varía por completo. Es el caso de la hipoteca ante la destrucción o expropiación de la finca, circunstancia por la cual la garantía pasará a recaer sobre las indemnizaciones que reciba el propietario, depositándose por quien haya de satisfacerlas

(compañía de seguros, Administración) en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, procediendo a su consignación judicial en garantía, claro está, del cumplimiento del pago del crédito asegurado inicialmente con la hipoteca (cfr. art. 110.2.º LH).

IV. LA EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES

El Código Civil se ocupa de los distintos medios de extinción de los derechos reales particularmente, al hilo de la regulación de cada uno. No obstante, habría motivos que resultarían susceptibles de aplicarse a todos los derechos reales: la pérdida de la cosa o la renuncia al derecho de turno serían los más destacables. A continuación nos fijaremos, pues, en los medios de extinción según resulten de interés respecto de todos los derechos reales (o al grueso de ellos) o se justifiquen únicamente para los derechos reales limitados.

A) CAUSAS COMUNES

1. Pérdida de la cosa

Los derechos reales se extinguen cuando la cosa sobre la que recaen se pierde total y definitivamente. La pérdida es de carácter físico si la cosa se destruye o consume, del mismo modo que si cambia en su esencia o se transforma en su identidad. Por tanto, la pérdida no siempre tendrá la connotación negativa que parece inspirar con su nombre: las uvas que se convierten en vino, el papel que se utiliza para el libro, el lienzo que se hace cuadro, lejos de perder valor, se optimizan. Cuestión distinta es que quien con su actuar haya producido la transformación o especificación de una cosa, o la confusión entre dos o más, se haga con la propiedad de la resultante (sobre el particular, véanse los arts. 375 y ss. CC).

En cuanto concepto relacionado con la extinción de los derechos reales, la pérdida de las cosas también puede predicarse en una dimensión exclusivamente funcional o económica: ello ocurre cuando por circunstancias sobrevenidas la cosa no pueda seguir prestando la utilidad para la que el derecho real se hubiera constituido. Tal sucede, por ejemplo, con la servidumbre de sacar agua de un pozo, que cesa cuando el pozo llega a secarse, sea por causas puramente

naturales, sea por efecto de excavaciones que un tercero haya practicado en el fundo. En cualquier caso, se entiende, que la imposibilidad o inutilidad de la cosa, para extinguir el derecho respectivo, debe ser definitiva, sustancialmente irreversible, pues, de no serlo, solo causaría la suspensión en su disfrute, por sí misma, no extintiva; por ende, si el derecho dejara de poder ejercitarse por un hecho voluntario, ya del propietario del bien que estuviera siendo gravado, ya de un tercero, esa persona se haría responsable.

El tercer sentido en que cabe concebir la pérdida de las cosas reside en el plano estrictamente de lo jurídico. Las cosas se pierden cuando se sustraen del comercio, como consecuencia de haber ingresado en el dominio público (remitiendo aquí a lo que se dirá en breve sobre la expropiación como medio extintivo de los derechos reales) o, más excepcionalmente, de haberse prohibido como objeto del tráfico jurídico.

> Si la afectación de un bien a la utilidad pública se produce por causas naturales, ni es necesario incoar el procedimiento de expropiación ni el particular tiene derecho a ser indemnizado. Un ejemplo se observa en el artículo 372 CC, por el cual "cuando un río navegable y flotable, variando naturalmente de dirección, se abre un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio público", y solo lo recobrará el dueño de la heredad si las aguas vuelven a dejarlo seco, "ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto".

2. Transmisión

Los derechos reales se extinguen también por su transmisión. Aunque, como sabemos, no todos sean transmisibles, resulta obvio que la enajenación de la titularidad que confieren comporta la extinción del derecho para el disponente; su derecho se pierde a la par que lo asume el adquirente.

La transmisión podría verse, así, desde dos puntos de vista: en primer lugar, con miras a la dinámica de la operación, como un supuesto en que a la extinción de un derecho real le sigue la simultánea constitución de otro nuevo, pero de igual contenido y naturaleza; en segundo lugar, atendiendo a la estructura típica de la relación, como un supuesto de modificación subjetiva, de sucesión entre titulares. Es a esta doble dimensión a la que finalmente se referiría

la doctrina cuando advierte sobre el carácter relativo de la transmisión en cuanto causa de extinción de los derechos reales, pues, aunque es verdad que su titular lo pierde cuando lo transmite a otro, también lo es que el derecho no se extingue, "no desaparece del mundo de los derechos subjetivos, continuando su vida en el otro titular, sucesor jurídico del anterior" (LACRUZ BERDEJO).

3. Renuncia

La renuncia en materia de derechos reales resulta expresa cuando el titular de un derecho real manifieste de modo indubitado la voluntad de excluirlo de su patrimonio; tácita o presunta, cuando con su actuar esa persona acredite su falta de interés en continuar ostentando el derecho de que se trate (*v. gr.* arroja un objeto a la basura). Sea de una u otra clase, se requiere de la plena capacidad de disposición por parte del sujeto renunciante y que la renuncia no perjudique a terceros, ni se encuentre prohibida para el caso en concreto.

En cuanto a sus efectos, la renuncia a un derecho limitado ha de derivar en la consolidación del dominio; hay en ella una cierta idea de traslación. No ocurre lo mismo con la renuncia al derecho de dominio o derelicción. El abandono al dominio que se tenga sobre un bien mueble lo convierte en *res nullius*, resultando, desde entonces, aprehensible por cualquiera. Si el dominio que se abandona es con respecto a un inmueble, los terceros que pudieran llegar a ocuparlo, de pretender adquirir su dominio, deberían poseer la cosa durante los treinta años que se disponen para la usucapión, pues mientras tanto es un bien mostrenco que pertenece, como tal, al Estado (cfr. art. 17 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

> Se puede renunciar al dominio de una cosa aunque esté gravado con otros derechos, de disfrute o garantía, los cuales, obviamente, no habrían de extinguirse como consecuencia. El único problema consistiría "en averiguar si el titular del derecho real adquiere automáticamente el dominio vacante por una ocupación (consolidación invertida), a lo que puede contestarse afirmativamente en materia de muebles" (DÍEZ-PICAZO). Por el contrario, tratándose de inmuebles, como el Estado estaría llamado a la propiedad de los bienes vacantes, el titular de un derecho de usufructo, por ejemplo, no podría hacerse inmediatamente con el dominio, aunque luego pudiera llegar a usucapir.

Expuesto el panorama general, lo cierto es que el verdadero interés práctico por el abandono al dominio se suscita por la connotación liberatoria con que se presenta en el ámbito de la comunidad de bienes, en cuanto el artículo 395 CC permite eximirse de las deudas en concepto de gastos de conservación si el interesado renuncia a la parte (cuota) que le pertenece en el dominio.

4. Revocación

A nuestros efectos, en el amplio término de revocación se incluyen tres figuras tan diversas como son la resolución, la rescisión y la revocación propiamente dicha. Los derechos reales se extinguen, así, si por cualquiera de tales circunstancias pierde eficacia el título en que se sostienen o el de algún titular del que traen causa.

La causa de la revocación puede ser, entonces, voluntaria, por encontrarse establecida en el título que por tal motivo haya de devenir ineficaz (por ej., una condición resolutoria) o legal (pacto comisorio en las obligaciones bilaterales, rescisión, revocación de donaciones). Pero la revocación de un título (precedente) solo podrá afectar a un tercero titular posterior si este ha tenido oportunidad de prever, al contratar, esa posibilidad que se cernía sobre su derecho. Tal es la doctrina que emerge de la distinta regulación que hace a las tres fórmulas mencionadas, que converge en dejar a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe (cfr. arts. 645, 647, 649, 1124 *in fine,* y 1295 CC). La retroactividad de la revocación, por tanto, se fundaría en ese factor de previsibilidad del lado del perjudicado.

5. Disposición legal

En rigor, el grueso de las causas de extinción de los derechos reales aparece recogido, de una u otra forma, en la legislación. Sin embargo, al sugerirse la ley como causa más en concreto, se formula en congruencia con la calificación que antes se ha realizado de los artículos 464 CC y 34 LH; la aplicación de estos preceptos dará con la extinción de aquel derecho que, previa y legítimamente constituido, se oponga al del tercero favorecido por la solución que dispensan.

Junto a los supuestos apuntados, los derechos reales también se extinguen por ley, cuando esta atribuye a una persona, a título de accesión o prescripción (usucapión), la propiedad de una cosa. La solución, para estos casos, se inspira en distintos factores: la necesidad de que los bienes se aprovechen eficaz y correctamente; la protección de la buena fe en el tráfico jurídico; el principio de que el valor de las cosas no puede perjudicarse por la aplicación estricta del Derecho, etc. En su virtud, cabe entender por qué el dominio sobre la cosa en que otra se haya transformado (especificación) debe ir a parar a alguno de los sujetos implicados –ya al transformador, ya al dueño de los materiales– prefiriéndose entre uno y otro según las circunstancias (cfr. art. 383 CC); por qué el propietario vendría a hacer suyos los materiales empleados para la construcción levantada en su terreno, aun cuando hubiera sabido que pertenecían a otro (cfr. art. 360 CC); o por qué conviene reconocer la propiedad a favor de quien haya venido disfrutando de una cosa mientras el legítimo propietario hubiera dejado de hacerlo por el trascurso de un buen lapso de tiempo (cfr. arts. 1940 y ss. CC).

6. Expropiación

Se suele advertir que la expropiación supone la pérdida de la cosa afectada, pero por una causa estrictamente jurídica: el procedimiento que para ella se hubiera abierto, siempre por un motivo de utilidad pública, sustraería la cosa del tráfico jurídico privado; de ahí que provocara la extinción de todos los derechos reales, el de dominio, el primero, que la estuvieran afectando. Sin embargo, aunque, sin duda, sea lo más frecuente, la expropiación puede no concluir con el ingreso de la cosa en el dominio público, con lo que los derechos reales que sobre ella pesen no se extinguirían por tal razón sino por encontrarse previsto que el bien se expropie libre de todo gravamen. Así lo impone el artículo 8 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, precepto que, no obstante, agrega que "podrá conservarse algún derecho real sobre el objeto expropiado, si resultase compatible con el nuevo destino que haya de darse al mismo y existiera acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho".

De no ser el caso, que es lo habitual, esos derechos reales habrán de extinguirse junto con el dominio, por lo que la legislación otorga

a sus titulares propia legitimación para participar en el expediente; el Reglamento los define directamente como expropiados (cfr. art. 3), considerándose hasta preceptiva su citación si se trata de derechos reales inscritos al momento de iniciarse el procedimiento (cfr. art. 4 LEF).

Una vez personados, no se incoará, como para los arrendatarios, un incidente para la fijación de una indemnización por separado (art. 44 LEF), sino que concurrirán con el propietario en cuanto a la determinación del justiprecio, valorándose dentro de su montante lo que a sus derechos limitados les corresponda. El justiprecio se distribuirá entonces entre los interesados conforme a las pautas de cálculo que se contienen según el tipo de derecho real en la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En cualquier caso, y para evitar conflictos que paralicen el expediente, de no estar de acuerdo o no comparecer al acto de pago, la legislación manda consignar el precio para que sin mayor dilación se inste la cancelación de las cargas, gravámenes y demás derechos reales que pesen sobre la finca (cfr. arts. 50 y 53 LEF, y 51 REF).

En el Registro, con todo, se hará constar el derecho preferente de quienes hubieran sido sus titulares para recuperar el bien o derecho expropiados en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, derecho este de reversión sin cuya constancia registral "no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria" (art. 54.5 LEF).

7. Ejecución forzosa

La ejecución forzosa de un derecho consiste en la realización efectiva de su valor al objeto de sufragar una deuda a cargo de quien es su titular. Pero la ejecución forzosa de un derecho puede provocar, en virtud de la oponibilidad y prioridad conforme se disciplina el conjunto de los derechos reales, que otros "caigan" con él.

En tal sentido, fíjese en que cuando compete la ejecución del dominio, la ejecución no puede perjudicar, como tampoco puede hacerlo una transmisión de tipo voluntario, a las personas que gozan de un

derecho anterior al del ejecutante. En este sentido, si se hipoteca una finca que ya se encuentra gravada con una servidumbre, el acreedor sabrá, desde ese mismo instante, que su derecho tiene un rango inferior, por lo que, si hubiera de instar la venta del inmueble, la servidumbre sobreviviría. En cambio, si, en su constitución, la hipoteca se anticipa a la servidumbre, esta, por ser posterior, habría de sucumbir como resultado del procedimiento ejecutivo que el acreedor hipotecario entable. En el primer caso, se habrían de extinguir el dominio en cabeza del deudor y la hipoteca, la cual, por cumplir con su finalidad, se extingue siempre con motivo de la ejecución; en el segundo, el dominio, la hipoteca y la servidumbre, siendo que el rematante, el mejor postor en la subasta, adquirirá la finca libre de gravámenes.

B) CAUSAS ESPECÍFICAS PARA LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

1. Consolidación

Se entiende por consolidación la reunión en una misma persona de la propiedad junto con la titularidad del derecho real que hasta entonces la limitaba (usufructo, uso, habitación, servidumbre, etc.). El instituto opera automáticamente como efecto primordial de la extinción de un derecho de esta clase, de suerte que nadie puede tener un derecho restringido sobre una cosa que le pertenece. Tal sería su acepción genérica o común.

Pero la consolidación puede ser, además, la causa concreta por la que el derecho limitado toca a su fin. La reunión del grueso de utilidades sobre la cosa no se obtiene, en tal caso, como consecuencia de que haya operado cualquier otro motivo para la extinción, sino por la incidencia de un negocio jurídico (contrato, testamento) o de una previsión legal (llamado sucesorio) por la que uno de los sujetos ha de hacerse con los beneficios que hasta ese momento integraban el contenido del derecho de la contraparte; también, por supuesto, cuando a su través un tercero suceda simultáneamente a ambos titulares.

2. Falta de ejercicio

Solo los derechos reales limitados se extinguen por su falta de uso; para que el dominio se pierda por esta vía se precisa además

que otra persona posea el bien y logre cumplir con los plazos establecidos para la usucapión, plazos que difieren según la buena o mala fe del interesado y la naturaleza, mueble o inmueble, del bien.

> Técnicamente, la falta de ejercicio, cuando se prolonga en el tiempo, acredita un claro desinterés hacia el derecho cuya titularidad se ostenta; se trataría de un tipo de renuncia tácita, no aplicable, como se expresa en el texto, al derecho de dominio.

La cuestión se enlaza directamente con la prescripción de las acciones reales, que el Código Civil fija como regla general en seis años para las que versen sobre muebles (art. 1962), y treinta para las atinentes a inmuebles (art. 1963). Por más que resulte prescriptible la acción reivindicatoria, ello no significa que el dominio se extinga como consecuencia, pues la prescripción funciona por vía de excepción y por tanto tiene un componente relativo que nada tiene que ver con la objetiva extinción del derecho real que sea por falta de uso. Mientras no se oponga ante la defensa impetrada por el propietario, el dominio seguirá existiendo. Pero, además, como dice DE PABLO, no obstante se oponga y prospere, en tanto no se gane la usucapión por el oponente, el propietario seguirá pudiendo ejercitar todas sus acciones contra cualquier otra persona que le inquiete en su derecho. En suma, y recordando lo que parece obvio, la prescripción extintiva no es causa de adquisición de los derechos reales *per se*, con lo que la sentencia que admita la excepción no tendrá la condición de título declarativo ni por tanto podrá generar mutación alguna en el Registro.

En cambio, la falta de ejercicio se fija como motivo de directa extinción para la servidumbre si se prolonga por veinte años (cfr. art. 546, inc. 1.º CC); para el usufructo, el uso y la habitación si transcurren los mismos plazos que se fijan para la prescripción extintiva (cfr. art. 513.7.º CC), esto es, seis años si recaen sobre muebles, o treinta si lo hacen sobre inmuebles; o para el derecho de superficie, si se deja pasar el plazo previsto en el título constitutivo para edificar (cfr. art. 41.5 del TR de la Ley del Suelo).

A la misma conclusión se llega con respecto a los derechos de preferencia para los que la ley fija un plazo de ejercicio, por entenderse este de caducidad; de suerte que si no se instan en ese lapso, normalmente muy corto, se pierden con automaticidad.

3. Cumplimiento del plazo legal o convencionalmente establecido

De los derechos reales, como sabemos, se predica su permanencia. Puede sorprender, por tanto, que una buena parte se encuentre temporalmente limitada, bien mediante la imposición legal de un plazo límite para su ejercicio (superficie, usufructo convenido en favor de una persona jurídica), bien mediante el reconocimiento de su índole vitalicia (usufructo, uso, habitación, servidumbres personales que se constituyan en favor de una persona física). La tendencia a la perpetuidad se reflejaría tan solo para el dominio y las servidumbres reales, a salvo de lo que en cuanto a los censos se dirá. Y es que en su concepción liberal, el dominio no podría afectarse indefinidamente a la satisfacción de intereses distintos a los del propietario. Las servidumbres reales o prediales (de paso, de acueducto, etc.) implicarían una excepción, en la medida en que su establecimiento habría de propender a un mejor aprovechamiento de los inmuebles, mayormente, rústicos.

No obstante, todo ello es compatible. Cuando se alude al carácter permanente de los derechos reales se los está comparando a los personales, cuyo ejercicio de ordinario conduce a su extinción. Los derechos reales, en cambio, se proyectan con mayor continuidad, siendo verdaderamente anormal que el derecho se extinga por su ejercicio; al contrario, según se ha visto, será su falta de uso la que, precisamente, pueda acarrearla, eventualidad que se cierne, incluso, sobre las servidumbres reales, que, aunque en principio perpetuas, igualmente habrán de perderse si dejan de utilizarse durante el plazo de veinte años.

En todo este panorama, los derechos de adquisición preferente llaman, en primer lugar, la atención, por cuanto, siendo esencialmente temporales, son derechos, en su ejercicio, de tracto único, no sucesivo, como el resto de los derechos reales, factor que suma para dudar de la calificación jurídico-real que se les atribuye, y con la que desde las primeras páginas los presentábamos. Anudando este motivo de extinción que estudiamos con el último que en estas páginas se comentará (el relativo al cumplimiento de la finalidad legal prevista para el derecho), que sean de tracto único significa que su función económica se alcanza instantáneamente, en ese mismo

momento en que se insta por la persona de su titular la preferencia en la adquisición a la que habilitan.

En segundo lugar, debe hablarse del instituto de la redención, forma muy especial de extinción de los derechos reales inmobiliarios, que se comprende a partir de las disposiciones generales sobre los censos (cfr. arts. 1608 a 1611 CC). Estamos ante una causal de extinción que encuentra su sentido ante gravámenes perpetuos o por tiempo indefinido, como medio de liberación a instancia unilateral del titular del inmueble gravado previo el pago de una suerte de proporcionada indemnización al titular del derecho a redimir. Se trata, obviamente, de un recurso contra las cargas reales y la división perpetua del dominio, en útil y directo, con lo que su fundamento descansa en la alta consideración que se tiene de la propiedad, en consonancia con lo arriba comentado y como consecuencia del proceso desamortizador.

> Que la redención es una fórmula excepcional y aplicable propiamente a las cargas reales lo confirma también que se utilice el término en el elenco de causas de extinción que para las servidumbres se contiene en el artículo 546 CC, que por más que perpetuas, no incorporan una prestación a favor del dueño del predio favorecido, de ahí que la "redención", a modo de mutuo distracto, haya de ser "convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente". Es decir, por principio no cabe contra la voluntad del titular de la servidumbre.

4. Fallecimiento del titular

Es obvio que todos los derechos, sean de la clase que sean, personales o reales, se extinguen para el titular tras su fallecimiento; el derecho subjetivo, por su propio concepto, fenece con su titular. Otra cosa, y a la que aquí se pretende referir, es que la muerte de una persona conlleve que algunos de los que fueron sus derechos no puedan transmitirse a sus herederos o a la persona a la que le hubiera dado tiempo de designar. En el ámbito de los derechos reales, sería el caso, como recién se ha dicho, de los derechos de usufructo, uso y habitación; también el de las servidumbres personales.

La razón fundamental del carácter vitalicio de los derechos reseñados se basa en la estricta vinculación que existe entre su contenido y las necesidades, conveniencia o intereses de su titular. A tal

punto es así que, desaparecido este, el derecho pierde su función económica característica, pasando, de inmediato, a extinguirse.

Por supuesto, a la hora de constituir un derecho real de esta clase se puede convenir un plazo de duración determinado, plazo que no será eficaz en tanto el titular fallezca antes.

5. Cumplimiento de la finalidad legalmente prevista para el derecho

Para terminar, importa aludir a una causa de extinción cuya autonomía se justifica por los derechos de garantía y de adquisición preferente.

En virtud de su carácter accesorio, los derechos de garantía se extinguen con la extinción, a su vez, y por la razón que fuera, del crédito cuyo cobro aseguran. También lo hacen cuando el acreedor inste la ejecución forzosa del bien, que tiende precisamente a que el acreedor alcance la finalidad que tuvo en vista al hacerse otorgar la garantía: la realización del valor que la cosa alcance en el mercado como medio para la satisfacción, siquiera parcial, del crédito.

En cuanto a los derechos de adquisición preferente, ellos se extinguen cuando su titular logra adquirir el dominio respectivo; aquí antes que por consolidación, el derecho de tanteo, retracto u opción, según se trate, se extinguiría por haberse realizado su cometido.

Si se observa atentamente, al extinguirse el usufructo, el uso o la habitación con la muerte de su titular, ello sería porque igualmente habrían correspondido con su objetivo: esa función "asistencial" que en la historia los habría inspirado; pero más bien parece que es el fallecimiento del titular el motivo para que se extingan, siendo esto lo que acredita precisamente que hayan cumplido con su función.

BIBLIOGRAFÍA

AHRENS, E.: *Enciclopedia Jurídica o Exposición Orgánica de la Ciencia del Derecho y el Estado*, III, versión directa del alemán por GINER, AZCÁRATE y LINARES, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1880.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil,* III, Barcelona, Edisofer, 2010.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de derechos reales. Propiedad y derechos reales,* Granada, Comares, 2005.

BARASSI, L.: *Diritti reali e possesso*, I, Milán, Giuffrè, 1952.

BAUR, F.: *Lehrbuch des Sachenrechts*, Munich, Beck, distintos años y ediciones.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral,* II, Madrid, Reus, distintos años y ediciones.

COSSÍO, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, Bosch, 1956.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1975.

DE PABLO CONTRERAS, P.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Derecho Civil. Derechos reales*, Madrid, Colex, 2008.

DE REINA TARTIÈRE, G. (Coor.): *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L.: "La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 455 (1966), pp. 829 y ss.

— "Autonomía privada y derechos reales", en *Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1976, pp. 299 y ss.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 1998.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, Tecnos, 2003.

EHREMBERG, V.: *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, trad. PAU PEDRÓN, Madrid, Civitas, 2003.

FAIRÉN, M.: "Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción", en *Revista de Derecho Notarial,* t. 25-26 (1959), pp. 155 y ss.

GINOSSAR, S.: *Droit réel, propiété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente, 1960.

GIORGIANNI, M.: "Los derechos reales", trad. DÍEZ-PICAZO, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 458 (1967), pp. 9 y ss.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1948.

GORDILLO CAÑAS, A.: "Bases del Derecho de Cosas y principios inmobiliarios-registrales: sistema español", en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pp. 527 y ss.

HEDEMANN, J. W.: *Derechos reales*, II, trad. DÍEZ PASTOR y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

HERNÁNDEZ GIL, F.: "Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*", en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 850 y ss.

LACRUZ, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, III-1.º y 2.º, Madrid, Dykinson, 2003 y 2004.

LAFAILLE, H.: *Curso de Derecho Civil. Derechos reales*, I, Buenos Aires, 1929.
LENT, F. y SCHWAB, K. H.: *Sachenrecht*, Munich-Berlín, Beck, 1955.
LÓPEZ, A.; MONTÉS, V. L. y ROCA, E.: *Derecho civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
MICHAS, H.: *Le droit réel consideré comme une obligation passivement universelle*, París, 1900.
OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *A tipicidade dos dereitos reais*, Lisboa, Petray, 1968.
POTHIER, R. J.: *Traité du droit de domaine de proprieté*, París, 1847.
PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, III, Barcelona, Bosch, 1989.
PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, III-1.º, Madrid, Revista de Derecho Privado, diversos años y ediciones.
ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, II y IV-1.º, Barcelona, Bosch, 1979.
ROGEL VIDE, C.: *Derecho de cosas,* Madrid, Reus, 2008.
ROMÁN GARCÍA, A.: *La tipicidad en los derechos reales. Autonomía privada en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídico-reales. Sistema de* numerus apertus*, sistema de* numerus clausus, Madrid, Montecorvo, 1994.
SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica*, II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1972.
VANNI, I.: *Filosofía del Derecho*, trad. URBANO, Madrid, Beltrán, 1922.
WESTERMANN, H.; WESTERMANN, H. P.; GURSKY, K. H. y EICKMANN, D.: *Derechos reales,* I y II, trad. CAÑIZARES LASO, MIQUEL GONZÁLEZ *et. al.,* Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2008.
WOLFF, M. en ENNECCERUS, L.; KIPP, T. y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, III-1.º, trad. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, Bosch, distintos años y ediciones.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

En el número 77 de la Revista me permití transcribir los consejos que José González Palomino plasmó para el que comienza a estudiar Derecho y para el que prepara Notarías. Los diez mandamientos respectivos, como él los llamó.

Sobre los últimos yo escribí: "Al opositor a Notarías", en el número 67 de la Revista. Nada nuevo hay que añadir a lo anterior, fruto de la experiencia y del deseo de orientar, ayudar, facilitar en lo posible al que emprende la noble tarea intelectual del Derecho.

Ahora, en consecuencia, el nuevo

DICTAMEN

Primero. Leonor, titular registral de la finca 408, en Caldas de Reyes, otorga escritura de segregación de las fincas urbanas 211 y 212 y de renuncia abdicativa de estas últimas, unilateral irrevocable y con carácter gratuito.

El registrador de la propiedad deniega la inscripción de la renuncia "porque no está contemplada en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, a diferencia de la extinción de los derechos reales que el número 2 regula".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Segundo. "ABE, S. A.", cuyo objeto social es la promoción y venta de inmuebles, vende a los cónyuges Antonio y Berta un piso destinado a vivienda, transmitiéndoles su posesión, pero "el perfeccionamiento del contrato de compraventa, y la adquisición por lo tanto de la propiedad, se somete a la condición suspensiva de que la parte compradora obtenga del Banco *x*, titular de la hipoteca que grava la vivienda, el consentimiento para la subrogación de aquélla en la obli-

gación de pago del préstamo hipotecario, con la consiguiente liberación de la parte vendedora en la referida deuda. Ello en el plazo máximo de 18 meses, a contar desde el día de hoy".

El registrador de la propiedad suspende la inscripción "mientras no se acredite el pago del precio, porque: no existe transmisión de la propiedad; la condición pactada no lo es realmente pues su cumplimiento o incumplimiento depende de la exclusiva voluntad del deudor (art. 1116 CC); contraviniendo además la prohibición del pacto comisorio (cfr. art. 1859 del Código Civil); así como tratando de eludir la interpretación restrictiva del artículo 1504 del Código Civil y 59 del Reglamento Hipotecario".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Tercero. "Riber, S. A." vende a Cipriano el piso vivienda *z* y se le concede además a éste un derecho de opción de compra sobre la finca registral 7424/766 (una cuota o participación indivisa de finca destinada a garaje). Con independencia de ello, "la parte vendedora concede al comprador el derecho de uso sobre la participación indivisa descrita, en concepto de precario y sin pagar merced; solo los gastos de comunidad correspondientes a la misma".

El registrador deniega la inscripción del derecho de uso solicitada "por carecer de trascendencia real".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Cuarto. Don José y doña Emilia son propietarios, en su sociedad de gananciales, de una parcela de terreno en el término municipal de Los Molinos (Madrid), calle de Talavera números 5 y 7. Sobre la que existen construidas: una casa de viviendas con dos plantas, la baja con garaje y vivienda, y la planta primera con entrada independiente con una escalera exterior adosada a la fachada lateral izquierda.

En el año 2011 otorgan escritura de división horizontal tumbada creando como nuevas e independientes las dos siguientes, por ser susceptibles de aprovechamiento independiente y tener salida a un elemento común.

Se describen las dos viviendas unifamiliares (superficie, linderos y cuota de propiedad en los elementos comunes y en los gastos generales).

El registrador de la propiedad suspende la inscripción solicitada "por ser necesaria la licencia de parcelación o la declaración municipal de su innecesariedad conforme a la Ley del Suelo y al régimen aplicable al efecto vigente en la Comunidad de Madrid".

"Al decirse en la escritura que «la finca descrita tiene atribuido como anejo inseparable el uso y disfrute del espacio libre ajardinado que rodea la edificación con una superficie de... metros cuadrados», se ha convertido el uso privativo de un trozo de parcela en anejo, o sea, en elemento privativo; con lo que se tiene una porción delimitada sin licencia.

A través de una propiedad horizontal tumbada con asignación de anejo inseparable de uso privativo de parcela delimitada, si no se exige licencia, se pueden parcelar de hecho fincas, como en el presente caso".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Quinto. Por escritura pública se acepta y adjudica la herencia causada por el fallecimiento de doña Emilia: en su testamento ha instituido herederos a sus cuatro hijos: 1, 2, 3 y 4, por iguales partes.

Al adjudicarse los herederos por cuartas partes proindiviso el piso vivienda *w*, único bien inventariado, se hace constar: "Cumpliendo el deseo de su madre, no expresado en su testamento, los hermanos 1, 2 y 3 adjudican también a su hermana 4 un derecho de habitación sobre su respectiva cuarta parte indivisa, por su valor..., que ya ha compensado en metálico a los 3 hermanos, por lo que otorgan carta de pago".

El registrador deniega la inscripción respecto al derecho de habitación, "ya que no consta en el testamento. En su caso puede cederse el uso de la vivienda por 1, 2 y 3 a su hermana 4".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Y *Sexto*. En marzo de 2011 se elevan a escritura pública los acuerdos adoptados por la sociedad "Proal, S. L.", consistentes en ampliar el capital social con cargo a reservas voluntarias... A la escritura pública se incorpora un balance cerrado a 30 de noviembre de 2010 y aprobado por la Junta general de la sociedad, por unanimidad, en el que se refleja la existencia de reservas voluntarias por importe suficiente para cubrir tal operación.

El registrador mercantil no practica la inscripción solicitada porque "no consta la verificación del balance por el auditor... conforme al artículo 303.2 del RDL 1/2010, Ley de Sociedades de Capital".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

SEIS HORAS.

ACTUALIDAD JURÍDICA

DESDE SUDAMÉRICA RECOMIENDAN COMO MODELO EL PROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (De Pavía a Tucumán, y... regreso)

Gabriel García Cantero
Catedrático Emérito de Derecho Civil

1. La noticia es bastante escueta: Desde 1963 los civilistas argentinos celebran cada dos años sus "Jornadas de Derecho Civil" con la participación de otros colegas sudamericanos. En 2011, desde el 29 de septiembre al 1.º de octubre, se han reunido en Tucumán alrededor de 2.200 congresistas para estudiar "Las bases de un Código de contratos en el continente sudamericano", llegando a la conclusión de la necesidad de acometer sin tardanza los trabajos encaminados a la integración jurídica en el sector contractual, utilizando la vía de la codificación, partiendo de las fuentes existentes y de los trabajos ya realizados en este campo. Los congresistas, como punto de partida, han recomendado prioritariamente los trabajos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía, y ello en razón del prestigio científico que sus miembros han adquirido en el dominio de la armonización del Derecho, de su afinidad con la legislación y jurisprudencia del continente sudamericano, y sin olvidar que en aquellos están participando diversos juristas sudamericanos junto a los juristas europeos (1).

---

(1) La breve información, firmada por el prof. Luis F. P. Leiva Fernández, se titula: *Le Congrés des civilistes latino-américains à Tucumán. Les Bases d'un "Code des Contrats" sur le continent sud-américain,* se publica en la RIDC núm. 1, 2012.

Hasta 2006, figuran como miembros de la Academia los siguientes profesores iberoamericanos: Atilio Anibal Alterini (Buenos Aires), Francisco Dos Santos Amaral (Río de Janeiro), Roberto Horacio Brebbia (Rosario), Carlos Cárdenas Quirós (Lima), Miguel Ángel Ciuro Caldani (Rosario), Carlos de Cores Helguera (Montevideo), Alejandro Guzmán Brito (Valparaíso), Fernando Hinestrosa (Bogotá), Noemí Lidia Nicolau (Rosario), Gustavo Ordoqui Castilla (Montevideo), Pedro F. Silva-Ruiz (Puerto Rico) y Olga Soler-Bonnin (Puerto Rico).

La activa participación de juristas hispanoamericanos en la Academia de Pavía puede comprobarse en la *Presentación* del prof. Carlos de Cores Helguera a la traducción realizada por los profesores De los Mozos y Rogel, del *Código Europeo de Contratos* (Bogotá, México DF, Madrid, Buenos Aires, 2009), pp. 13-31.

Hasta aquí la novedad periodística, que no puede menos de suscitar algunas reflexiones en quien tiene el honor de colaborar con el prof. GANDOLFI desde hace algunos años y ha sido dado a conocer hace poco entre los civilistas colombianos (2); reflexiones que versan, en general, sobre la función que sigue desempeñando eficazmente en nuestros días la codificación como modo de legislar y, en particular, sobre el momento actual de la codificación europea.

2. El término *Codificación* en el ámbito jurídico conserva pluralidad de sentidos. En primer lugar, representa una determinada fase histórica de la formación del Derecho civil europeo, que se inicia con vacilaciones en el siglo XVIII, y arranca con paso seguro en 1804 con la promulgación del CC francés, denominado también de Napoleón, desarrollándose en sucesivas etapas hasta finales del siglo XX, y que todavía no puede considerarse clausurada. Pueden fijarse algunos momentos más o menos *claves o estelares,* que coinciden con la promulgación del BGB alemán en 1896, entrado en vigor en 1.º enero 1900, y ulteriormente con la del nuevo CC holandés, que tras un complejo y sucesivo proceso legislativo entra definitivamente en vigor en 1992, ya en las postrimerías del siglo. A lo largo de las dos centurias pasadas se han promulgado otros códigos europeos, inspirados, en mayor medida, en los modelos francés o alemán, con el episodio temporal y transitorio de la codificación civil de inspiración marxista, siguiendo el modelo soviético, que comienza a declinar en 1989 con la caída del Muro berlinés, aunque no definitivamente clausurado, pero que no deja apenas huella en la nueva legislación civil de los antiguos países socialistas del Este europeo, con alguna singular supervivencia en Iberoamérica (3).

---

(2) La Academia colombiana de jurisprudencia en 2004 ha publicado mi trabajo "La traducción española de la Parte General del Código europeo de contratos", que inicialmente había visto la luz en la RJNot núm. 44, octubre-diciembre 2002, pp. 299-396. Expresa en la contraportada que lo realiza "en cumplimiento de su función de difusión del pensamiento jurídico y al hacerlo abrigamos la verosímil esperanza que esta edición recolectora de importante trabajo cuente con generosa acogida, que bien merece, no sólo en Colombia sino también en otros países, por parte de la comunidad académica, docente y de alumnos interesados en el Derecho privado, origen del ordenamiento jurídico o en el Derecho comparado, indispensable en un entorno normativo cada vez más prescindible de fronteras geográficas y en el Derecho comunitario, nuevo escenario de producción de normas a las cuales se debe sujeción".

(3) Me refiero al CC cubano de 1987, sobre el cual, GARCÍA CANTERO: "Significado del Código Civil cubano de 1987 en el proceso de codificación", en el vol. *Estudios de Derecho Comparado* (Zaragoza, 2010), pp. 147-172. Una versión francesa resumida: *"Le Code civil cubain de 1987: Un Code socialiste de filiation ibérique",* en *Mélanges Gandolfi*, I (Milano, 2004), pp. 373-384.

Como se sabe, la actual China comunista ha abandonado el sistema de codificación marxista, y desde hace varios decenios promulga leyes civiles que parecen inspirarse preferentemente en el Derecho alemán. En este sentido, GARCÍA CANTERO: "El enigma del Derecho chino", AC, núm. 2, enero 2012, pp. 143 ss.

También parece transitoria la etapa que el jurista italiano IRTI denominó *Descodificación* (4), hoy superada por la *Re-codificación,* pese a la huella persistente de aquella idea en cierta parte de la doctrina civilista. Hoy disponemos ya de suficiente perspectiva histórica para afirmar que *no se codifica para siempre,* y que, paradójicamente, los códigos, desde el día siguiente a su promulgación comienzan a envejecer, agudizándose este fenómeno inexorablemente ante la rápida evolución de las circunstancias tecnológicas, políticas, sociales y económicas de cada país. Por lo cual hay países que han cambiado, o están cambiando, en todo o en parte, su modelo codicial inspirador (Italia, Portugal, Holanda, Québec, Argentina, Brasil). En una perspectiva general, tal hecho viene a resultar irrelevante, a menos que algún país pretenda mudarse del sistema del *Civil Law* a otro del *Common Law, o viceversa*, o bien que opte por un sistema mixto.

En segundo lugar, la técnica codificadora se ha difundido planetariamente, de modo que cualquier país recién accedido a la independencia política elabora inmediatamente sus propios cuerpos legales, olvidando habitualmente observar las cautelas comparativas (5). Tal *vulgarización de la técnica codicial* está aquejando a muchos países, denominándose oficialmente como códigos algunos textos legales que no lo merecen en sentido técnico. Comparemos los clásicos *Cinq Codes* napoleónicos (*civil, commercial, criminnel, de la Procédure civile, de la Procédure criminnelle*), con los sucesivamente promulgados en Francia a lo largo del siglo pasado: Code forestier, Code Rurale, Code de la Consommation, des Assurances, de la Construction et de l'habitation, Code minier, Code de la santé publique, Code de l'Organisation judiciaire, Code de Postes et de Télécommunication, etc.; cuerpos legales que, *prima facie,* no parecen mínimamente cumplir con los requisitos exigibles a un verdadero código.

Por otra parte, si hasta hace poco tiempo la facultad codificadora se atribuía exclusivamente a los entes políticos soberanos, es decir, a los Estados modernos, con facultad ilimitada (o casi) para legiferar dentro de sus fronteras, en el presente siglo se va a vivir el fenómeno, en buena medida inédito, de cuerpos legales promulgados por diversas agrupaciones de Estados; y ello al margen de las antiguas modalidades del Estado confederal o federal que ya habían codificado en el pasado (Suiza, Alemania, Rusia). Surge, en particular, la cuestión de si procede utilizar la técnica codificadora por entes tales como la Unión Europea, ya sea en relación con la materia contractual o, al menos, respecto del consumo, ya sea con referencia al Dere-

(4) Cfr. IRTI: *L'età della decodificazione* (Milano, 1989).

(5) Por su facilidad se acude a Internet, por donde circulan las traducciones inglesas de muchos cuerpos legales contemporáneos, sin que el consultante atienda normalmente a la familia jurídica a que pertenece, ni a la historia, y condiciones culturales, económicas y sociológicas del país al que se desea transplantar el producto jurídico recibido.

cho civil o privado en su sentido más amplio, e, incluso, también en materia penal o procesal. De hecho, desde 1957, esa entidad que entonces se denominaba *Mercado Común,* ha ejercido verdaderas facultades legislativas, fundamentalmente a través de ese mecanismo singular de las *Directivas,* y más visible aún de los *Reglamentos,* que son verdaderas leyes ordinarias con vigencia inmediata en los Estados miembros, sin que nadie lo haya discutido.

Podemos afirmar que, desde una perspectiva teórica, no parece haber obstáculos para que las entidades supraestatales legiferen utilizando el mecanismo de los tratados internacionales. Pero tratándose de la UE, no cabe duda de que se ha dado un salto cualitativo, pues aquella la forman 27 Estados, hasta ahora soberanos (y próximamente, 28). Con todo, conviene recordar que ya desde la Edad Media nos encontramos en Europa con una enorme pluralidad de entes políticos dotados de facultades legislativas, desde la Ciudad-estado, hasta el Sacro Romano Imperio Germánico. En la Alemania decimonónica y en la Italia preunitaria todavía han perdurado ejemplos de lo antedicho. En resumen: La Unión Europea podrá legislar para los Estados miembros y sus ciudadanos, siempre que lo autoricen sus Tratados fundacionales (6), y lo propio podrá predicarse legítimamente de los países iberoamericanos, al margen, incluso, de que los Estados interesados adopten fórmulas de unión similares a la europea. Lo cierto es que en el Viejo Continente, durante la primera década del siglo XXI los órganos comunitarios (con mayor decisión el Parlamento, con mayor prudencia la Comisión) apoyan, inspiran y promueven trabajos e investigaciones de numerosos grupos de juristas con la finalidad última de unificar el Derecho contractual e, incluso, del propio Derecho privado. Por simbolizar en las personalidades científicas que las dirigen puede hablarse, en dicho ámbito, del Proyecto Lando con sus *Principles of European Contracts Law,* continuado de hecho por el *Study Group* de Von Bar, origen de numerosas publicaciones, y el Proyecto Gandolfi, o del Código Europeo de Contratos de Pavía, en avanzada fase de elaboración. La UE no ha decidido oficialmente el modelo a seguir, por lo cual doctrinalmente cualquiera de ellos resulta defendible. Aquí, y al margen de las dificultades coyunturales de naturaleza económica y financiera por las que aquella atraviesa, me interesa destacar el apoyo iberoamericano que últimamente ha recibido el Proyecto de Pavía (7).

---

(6) Acaso el hecho de que se intente llevar a cabo coincidentemente en el tiempo la integración europea en el ámbito del Derecho público y del Derecho privado, quizá utilizando preferentemente instrumentos públicos, esté conduciendo a lo que algún autor denomina *Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europaïsche Union (*Véase *"ReconNews Letter"*, november 2011, report 14).

(7) Un planteamiento general del *status quaestionis* lo he hecho, desde una perspectiva española, en mi *Adición* a CASTÁN TOBEÑAS, *Código Civil español, común y foral,* III, 17.ª ed. (Madrid, 2008), pp. 600-605.

En la más reciente doctrina europea se toma, por ejemplo, en cuenta el Proyecto de Pavía como una de las posibles manifestaciones del futuro Derecho europeo: así,

3. Me permito avanzar la opinión de que semejante apoyo, tan rotundamente expresado, no resulta extraño, sino más bien lógico, dada la avanzada elaboración doctrinal de un sistema, o subsistema jurídico, que puede denominarse iberoamericano o latinoamericano; así como de las bien documentadas investigaciones últimamente desarrolladas en Roma sobre el contrato por juristas de aquel continente, bajo la dirección de docentes italianos de la Universidad Tor Vergata, de Roma.

Los intentos de elaborar un sistema, o subsistema jurídico latino-americano, no son de hoy, sino que se inician, desde hace más de un siglo, a uno y otro lado del Atlántico, con trabajos pioneros del brasileño BEVILAQUA (8) y del argentino MARTÍNEZ PAZ (9). Se continúan con los del también brasileño VALLADÃO (10), y del español SOLÁ CAÑIZARES (11), y, sobre todo, por los miembros de la estirpe CASTÁN, padre e hijo, cuyos trabajos han contribuido decisivamente a impulsar y difundir en España el interés por el Derecho iberoamericano desde mediados del siglo pasado (12), sin olvidar la figura del ilustre comparatista y gran civilista, DE LOS MOZOS (13). En cierto modo estos esfuerzos confluyen en la enorme actividad desplegada recientemente por el *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani. Università di Roma "Tor Vergata"*, en torno al prof. SCHIPANI, autor e inspirador de gran número de obras y congresos internacionales, realizados en Europa y en América (14). Todavía deben añadirse a la lista los trabajos de MOISSET DE ESPANÉS (15), GUZMÁN BRITO (16) y ESBORRAZ (17).

BELOHLÁVEK, *Rome Convention. Rome I Regulation. Commentary* (New York, 2010), p. 2552.

(8) BEVILAQUA: *Resumo das lições de legislaçao comparada sobre o direito privado* (San Salvador de Bahía, 1897).

(9) MARTÍNEZ PAZ: *Introducción al estudio del Derecho civil comparado* (Córdoba, 1934).

(10) VALLADAO: *Le droit latino-américain* (París, 1954).

(11) SOLÁ CAÑIZARES: *Iniciación al Derecho comparado* (Barcelona, 1954).

(12) CASTÁN TOBEÑAS: *Los Sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (Madrid, 1957), pp. 59 ss. CASTÁN VÁZQUEZ: "El sistema jurídico iberoamericano", REP, 1968, pp. 229 ss.; "El sistema de Derecho privado iberoamericano", en *Estudios Castán Tobeñas*, VI (Pamplona, 1969), pp. 156 ss.

(13) DE LOS MOZOS: *Derecho civil. Método, sistema y categorías jurídicas* (Madrid, 1988), y *Estudios sobre Derecho de contratos. Integración europea y codificación* (Madrid, 2005), pp. 333 ss.

(14) Desborda la finalidad de este trabajo el enumerarlos exhaustivamente. Puede consultarse su lista en ESBORRAZ: *Contrato y sistema en América Latina* (Buenos Aires, 2006), pp. 299-301.

(15) MOISSET DE ESPANÉS: *Codificación civil y Derecho comparado* (Buenos Aires, 1994).

(16) GUZMÁN BRITO: *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago de Chile, 2000).

(17) ESBORRAZ: Coord. del vol. *Sistema jurídico latino-americano y unificación del Derecho* (Ciudad de México, 2006).

4. Resulta, de lo hasta aquí brevemente resumido, que puede verse un cierto paralelismo entre los esfuerzos realizados en el Viejo y en el Nuevo Continente, en orden a una armonización del Derecho contractual, que actualmente se encuentran en distinta fase de su andadura, lo que no debe extrañar, pues los mecanismos políticos parecen hoy estar más sensibilizados en Europa, de modo que acaso pudiera preverse una solución práctica a corto o medio plazo, mientras que la doctrina privatista parece haber despertado muy pronto en el mundo iberoamericano. Esto último no resulta sorprendente, pues en este último apenas llevan vigentes un par de siglos los diferentes cuerpos legales de cada uno de los Estados, mientras que en Europa las tradiciones jurídicas romanas, germánicas, eslavas, judeocristianas, etc., anclan sus raíces siglos ha.

La profesora Lucilla GATT recientemente (18) ha descrito las vacilaciones, cambios de criterio e incertidumbres que ha mostrado la Comisión Europea en los últimos años, a partir de la consulta efectuada en julio de 2001. Después de recibir algunos centenares de respuestas, y estimulada por ellas despliega una intensa actividad. En 2003 declara su propósito de elaborar un "Marco Común de Referencia", que establezca los principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho europeo de contratos, con la finalidad de lograr un triple objetivo: 1.º) Un reexamen del *acquis communautaire* existente, 2.º) La realización del mayor grado de convergencia entre los Derechos contractuales de los Estados miembros, y 3.º) Examinar la cuestión de si la adopción de un instrumento opcional puede llegar a ser necesario, al margen de medidas específicas en un sector particular. Varios equipos de investigadores europeos, en parte subvencionados por la UE, han trabajado para elaborar el aludido "Marco Común de Referencia", cuya vaguedad e indefinición no deja, sin embargo, de extrañar a algunos juristas. El Parlamento Europeo, en 2006, manifestó algunos temores sobre los resultados prácticos del mismo, no renunciando a que en el futuro puede darse una real voluntad política en favor de un Código único de Obligaciones y Contratos. Parece, sin embargo, que hoy prevalece la idea de crear un *instrumento opcional* que los operadores jurídicos pueden elegir para sus transacciones, el cual no sustituye al Derecho contractual estatal existente, sino que subsiste a su lado. Con razón se destaca el indudable cambio experimentado en relación con el inicial propósito de *armonización* (19). La comi-

(18) Lucilla GATT: "*Et comment procéde-t-on dans l'Union Européenne?*", en RIDC núm. 1, 2012.

(19) Lucilla GATT: loc. cit., escribe: "Se trata, por tanto, de un nuevo objetivo, conscientemente diferente de los fines que hasta ahora se perseguía con la promulgación de Directivas y Reglamentos previstos en el Tratado de Roma, y de los que parece alejarse hoy. El mismo término de *instrumento jurídico* parece más bien un neologismo respecto al lenguaje habitual en materia de fuentes del derecho, y su carácter *opcional* resulta, al menos, singular".

saria Reading ha declarado en Lovaina que "el instrumento opcional solo tendrá éxito si son numerosos los empresarios y consumidores que se sienten inclinados a emplearlo en sus negociaciones". Incluso en el *Livre Vert* de 2010 se expresa la convicción de que puede reprocharse a un instrumento facultativo el transformar en más complejo el ambiente jurídico. Ciertamente el proyecto de Reglamento prevé una convención de las partes, pero para tal hipótesis se prevén formalidades no exentas de complejidad. Lucilla GATT hace la sensata observación de que si, pese a las excelentes intenciones de la comisaria Reding, no sería más oportuno que la Comisión abandone la idea del Reglamento que imponga un instrumento opcional, y escuche la lección que le llega del Nuevo Mundo.

Así podría concluirse simbólicamente que se iría *de Pavía a Tucumán con billete de regreso.*

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica

José Javier López Jacoiste
Editorial Universitaria Ramón Areces
Madrid, 2010, 718 páginas

Por Gabriel García Cantero
Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

2. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA

3. LA FILOSOFÍA PERSONALISTA DEL AUTOR

4. EL ESTABLECIMIENTO DE LA RELACIÓN JURÍDICA QUE DA SOPORTE A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. EL DAÑO

5. ALGUNAS CUESTIONES DEBATIDAS SOBRE EL DAÑO:
   A) El daño indirecto
   B) El daño moral
   C) Relaciones de vecindad, actos de emulación, inmisiones
   D) Daño ecológico

6. EXPERIENCIAS E INTERPRETACIONES

7. PARA UNA HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

8. LA DINÁMICA DE LA UNIVERSALIZACIÓN

9. LA PERSONA EN EL CENTRO DEL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

10. SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y FUNDAMENTALES

11. CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

12. PROYECCIONES JURISPRUDENCIALES DE LA DIGNIDAD PERSONAL: EXPERIENCIAS COMPARATIVAS Y ESPAÑOLAS

13. GENÉRICA REFERENCIA A LA PARTE CUARTA: "CONSTRUCCIÓN CRÍTICA DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR"

14. LA ARTICULACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR: ENTRE NORMATIVAS, APORÍAS Y LENGUAJE

15. SISTEMAS DE "CLÁUSULA GENERAL" Y DE "RELATIVIDAD AQUILIANA"

16. LUGAR DIALÉCTICO DE LA CULPA

17. LA IMPUTACIÓN, DIRECTRIZ CONSTRUCTIVA DE LA RELACIÓN INDEMNIZATORIA

18. LA CAUSALIDAD ADECUADA Y OTROS CRITERIOS DE IMPUTABILIDAD

19. SOBRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

20. *QUANTUM* INDEMNIZATORIO

21. RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

22. EN OPERANTE INSTANCIA FILOSÓFICA:
    A) Filosofías de la responsabilidad
    B) La responsabilidad social
    C) El principio de precaución
    D) Equilibrio institucional

23. UN EPÍLOGO SOBRE LA CULTURA DE LA RESPONSABILIDAD

24. CONCLUSIÓN MEDITATIVA

1. *A modo de introducción.* En la problemática civilista de tipo general hay temas recurrentes que se han reiterado durante los siglos XIX y XX, como lo ha sido, *ad exemplum,* el de la naturaleza y efectos de la posesión; hecho ocurrido, por lo demás, en casi todos los países europeos del *Civil Law*, obedeciendo a múltiples y complejas causas en cuyo análisis no procede entrar aquí. Aunque no se ha hecho nunca el inventario de aquellos, en cada país sumaron miles las páginas que a aquel tema le fueron dedicadas, y en el elenco de sus autores figuraban los juristas más prestigiosos. Hoy parece, a estos efectos, que el tratamiento de la posesión ha llegado a su agotamiento, tanto bajo sus aspectos teóricos como de aplicación a la vida real, y la atención se ha desviado hacia otras instituciones, como la de la culpa o responsabilidad civil extracontractual, que tanto en razón al incremento exponencial de las causas originadoras de daños derivada del progreso científico-técnico, como al volumen extraordinariamente cuantioso de las indemnizaciones a que condenan los tribunales y que en buena parte abonan las aseguradoras, está centrando la atención de la doctrina y de los operadores del Derecho en el mundo occidental. La preocupación por una adecuada regulación de la culpa extracontractual ha traspasado claramente las fronteras estatales, y representa un buen ejemplo de la ágil circulación de los diversos modelos comparativos; así, sin olvidar la matriz romana de la *actio legis Aquiliae*, es evidente que la reciente jurisprudencia de los Tribunales norteamericanos sobre la culpa médica ha servido de paradigma a imitar en no pocos países occidentales, como anteriormente lo fue, en general, la consolidada jurisprudencia francesa sobre la pauta del viejo Código de Napoleón; son igualmente notorios los esfuerzos doctrinales por lograr una efectiva europeización de la normativa, que en alguna parte han trascendido ya a la *Zweites Gesetz zur Änderung Schadens-ersatzrechtlicher Vorschriften* germana, de 19 julio 2002, incorporada al BGB.

El autor de esta sugestiva obra ha acertado a condensar (1) la actual problemática en los siguientes términos: "Las experiencias normativas y jurisprudenciales de la responsabilidad civil vividas en los distintos sistemas y ordenamientos ofrecen de por sí, y especialmente en la hora de la universalización, versiones de algún modo paralelas y coincidentes, pero también peculiaridades en razón de los diferentes contextos y ámbitos de vigencias en los que se plantean y surgen. De ahí la necesidad de atender, en la consideración de los problemas e interrogantes, a las diversas realidades e interpretaciones, y a la propensión de congruencia que en el fondo ofrecen. En la dinámica que impulsa a toda esta temática opera como transfondo el juego de similitudes y contrastes ofrecidos por el Derecho comparado. Y no podemos menos de recordar las perspectivas que suministró, en su momento, la *International Encyclopedia of Comparative Law* (vol. XI. Torts).

(1) *Op. cit.*, p. 19.

Ahora la comparación es aún más instada, más omnipresente, más difusiva. Las incitaciones doctrinales, jurisprudenciales y de método que operan hoy en la inteligencia de la responsabilidad civil ofrecen un campo sobremanera importante y sugerente, quizá uno de los más propicios a las armonizaciones y a la aplicabilidad de principios y criterios comunes o convergentes, uno de los más indiciarios del transcurrir comunicativo e innovador del presente, en suma, uno de los más asomados al panorama jurídico actual y venidero".

Me congratula compartir con el prof. LÓPEZ JACOISTE –aparte del hecho de pertenecer a la misma *hornada* de civilistas del año 1967, con el prof. DE LOS MOZOS (q.e.p.d.)– idéntica fe en el Derecho comparado y la misma esperanza en su futuro. A mi juicio, temas tales como el de la otrora controvertida y obsesiva contaminación del medio ambiente, el de los incesantes daños por productos (sucesivas reclamaciones millonarias contra las tabaqueras, por ejemplo, tanto en los EEUU como en nuestro país), el siempre preocupante incremento de los accidentes laborales o de la circulación vial, las derivadas de cualquier modalidad de intervenciones médicas y el campo novedoso de las relaciones familiares (2), apenas iniciado entre nosotros, representan cuestiones vivas que van a seguir estando, en los próximos años, en el centro de atención de la jurisprudencia y de la doctrina civilista española. De aquí la indudable actualidad y oportunidad del volumen aquí recensionado (3).

2. *Descripción de la obra.* La obra no está destinada, en principio, a ofrecer inmediatas soluciones a la variada problemática que plantea la responsabilidad extracontractual; está escrita, más bien, para hacer pensar y reflexionar sobre cuestiones fundamentales, aunque con mucha frecuencia se brindan al lector perspectivas iluminadoras que pueden orientar y facilitar

(2) Cfr. comunicación de Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN presentada al reciente Congreso de la ISFL en Lyon (19-23 julio 2011), bajo el título *Est-ce qu'il y a une responsabilité pour faire l'obstacle aux relations entre un père et son fils?,* en donde comenta la STS de 30 junio 2009. También FAYÓS GARDÓ: "Daños morales en las relaciones familiares: Derecho de familia o de la responsabilidad civil. Una perspectiva española y norteamericana", AC, núm. 14, julio 2011, pp. 1562 y ss.

(3) Séame permitido añadir al recensor –a confesión de parte– de haber caído también personalmente en la tentación de escribir sobre algunos aspectos del tema: "Exégesis comparativa del artículo 1902 del CC", en el vol. *Centenario del CC* (Madrid, 1990) I, pp. 875-884, y "Relectura del artículo 1902 del CC, visto desde el siglo XXI", AC, 2007, pp. 357-365. Pero todavía –lo que me parece aún más decisivo– el hecho de estar colaborando habitualmente en la sección de Jurisprudencia del ADC, casi desde su fundación, y en los últimos años con especial dedicación a la culpa extracontractual o responsabilidad civil. Tarea esta última en verdad casi anónima y escasamente difundida, pero que a mí personalmente me ha enriquecido singularmente en el ámbito de la experiencia jurídica.

respuestas a la casuística. Pero resulta evidente que el autor no trata –en modo alguno– de competir con las excelentes publicaciones existentes en el mercado sobre responsabilidad civil, cuyas sucesivas ediciones, sin embargo, no deja de mencionar entre las obras básicas sobre el tema (4).

Aparte de una introducción (5), en la que el autor desvela con absoluta honradez intelectual la filosofía personalista que le inspira, la obra se articula en cuatro grandes apartados:

1.ª Parte: "Establecer la relación jurídica, perspectiva céntrica de la responsabilidad extracontractual" (6); 2.ª Parte: "El principio de responsabilidad, reflejo de la historia" (7); 3.ª Parte: "La persona, en el centro del sistema" (8); 4.ª Parte: "Construcción crítica de la obligación de reparar" (9). Todo ello, para finalizar con una 5.ª Parte (10), que significa en cierto modo un cierto retorno al comienzo de la obra, en permanente reflexión y "en operante instancia filosófica".

Esta, en aparente, sencilla estructura alberga 170 *quaestiones disputatae* en las que el autor ha recogido el fruto de sus reflexiones, casi siempre con observaciones críticas –con frecuencia incisivas–, elaboradas probablemente –puede conjeturarse– a todo lo largo de una doble vida jurídica profesional, como catedrático de Derecho Civil y, simultáneamente, también como notario ejerciente. La obra se completa con una docena de páginas dedicadas al *índice analítico*, que remite, significativamente, a aquellas 170 destacadas cuestiones.

Adviértase que en la obra no figuran las interminables listas bibliográficas al uso. Pero quien examine las abundantes notas a pie de página, comprobará con asombro la variedad y riqueza de saberes que, casi sin querer exteriorizarse, lo muestran paladinamente con un total (s. e. u o.) de 2.004 (81 en la Introducción; 352 en la parte 1.ª; 430 en la parte 2.ª; 525 en la parte 3.ª; 412 en la parte 4.ª; y 204 de la parte 5.ª). Cuente, además, el lector con que la literatura utilizada pertenece a diversos idiomas (abundan las escritas en alemán e inglés, sin que falten en francés e italiano) y que con alguna frecuencia *saltan* al texto párrafos en lengua original, no siempre traducidos.

---

(4) Sin incluir una lista exhaustiva, aparte de las obras generales, el autor se apoya habitualmente en los reconocidos especialistas actuales sobre el tema, como Santos Briz, Pantaleón, De Ángel Yágüez, Díez-Picazo, Salvador Coderch, Badosa, Encarna Roca, R. Bercovitz, Yzquierdo Tolsada, Martín Casals, Cavanillas Múgica, M.ª Ángeles Parra, etc.

(5) *Op. cit.*, pp. 21-51.

(6) *Op. cit.*, pp. 53-179.

(7) *Op. cit.*, pp. 181-323.

(8) *Op. cit.*, pp. 325-515.

(9) *Op. cit.*, pp. 517-644.

(10) *Op. cit.*, pp. 645-706.

Resultan inevitables algunas repeticiones dada la orientación singular que el autor da a la obra y que se subraya en el subtítulo, pues una *exploración* le otorga mayor libertad de acción que un estudio exclusiva y rigurosamente dogmático o sistemático. En ocasiones resultan solo aparentes las reiteraciones, ya que se trata, en realidad, de ofrecer una nueva y original perspectiva sobre cuestiones parcialmente tratadas en otros apartados; o bien se refuerza la argumentación con nuevos y sutiles razonamientos; o suponen, en último término, un resumen que sirve de punto de partida a nuevos hallazgos. Casi nunca se apoya en meros datos sociológicos o estadísticos (11), aunque sí aporta, respecto a cuestiones de viva actualidad, tales como las perspectivas ofrecidas por el análisis económico del Derecho.

3. *Filosofía personalista que sustenta el autor.* Indiqué ya que con toda honradez intelectual el autor en densas páginas introductorias resume la filosofía personalista que le inspira a lo largo de toda su obra, que me propongo sintetizar a continuación.

La persona acrece caracterización y plenitud propias mediante la vivencia de sus responsabilidades, pero estas encuentran su contexto en el campo de las relaciones interpersonales. La existencia humana necesita salir afuera de sí para poder encontrarse a sí mismo, para alcanzar entidad propia. La condición humana es dato previo, básico e inexcusable, pero la personalidad ofrece sentido de conquista a emprender y proseguir a través de los distintos papeles que precisa realizar en la vida. Si etimológicamente la palabra persona (en griego: *prosopon*) significaba originariamente la máscara o careta que se utilizaba por los actores en el teatro, al ser utilizada por la teología católica alcanzó un sentido ajeno totalmente a los antiguos (RATZINGER), viniéndose así a perfilar la noción humana de persona. El *ordo amoris* expresa del modo más cumplido el ser relacional e íntimo de la persona. La configuración del vivir personal y social mediante el Amor, traído al mundo por el Cristianismo, redundó en articular el concepto de persona, antes irrelevante. Como dice ZUBIRI, el hombre es realidad personal, y su realidad da sustentación al orden jurídico.

(11) Personalmente he añadido "Algunas indicaciones sobre Sociología de las obligaciones en España (1940-2000)", en la 17.ª ed. de CASTÁN, III (Madrid, 2008) pp. 52 y ss. Con base en el número de recursos planteados ante la Sala 1.ª del TS, se observa la siguiente tendencia sobre los procesos de culpa extracontractual: año 1940 (6 casos, que representan el 5 por 100 del total); año 1950 (8 casos, que representan el 2 por 100 del total); año 1960 (15 casos, que representan el 2,75 por 100 del total); año 1970 (28 casos, que representan el 6 por 100 del total); año 1980 (39 casos, que representan el 13 por 100 del total); año 1990 (73 casos, que representan el 16 por 100 del total); año 2000 (109 casos, que representan el 20 por 100 del total). En los últimos 60 años se han multiplicado x 400 por 100, y en los últimos 50 años, se han incrementado x 1000 por 100.

La alteridad es el contexto donde se materializa el mundo relacional de la persona. La vida social redunda en una alteridad relevante de unos para con otros, de cada uno y de todos, ante todos y cada uno. Una fuerza secreta y poderosa me advierte que si los otros no existieran, no existiría yo tampoco, afirmó Gabriel MARCEL. Las relaciones interpersonales más significativas no quedan sin consecuencia, ni diluidas banalmente, sino erigidas en conducta exigible y efectiva, con lo que se puntualizan las respectivas posiciones jurídicas, y se forman juicios socialmente estimativos de las personas y de las instituciones. Vivir las propias responsabilidades acarrea surgimiento de una confianza en torno, lo que expresa la frase *tener crédito*, es decir, solvencia, no solo en sentido monetario, sino en algún grado personal socialmente reconocida en su área.

La libertad, como dato primario de la persona, es presupuesto de la responsabilidad y requiere permanencia de una identidad personal. El hombre vive sus actos libres con la íntima convicción de que son efectivamente suyos por encima de las permisibilidades legales que se le ofrezcan. La libertad hace patente que la persona está toda ella en cualquier acto suyo libre.

La responsabilidad es *respuesta* por cuanto la persona está llamada a dar razón de su ser y actuación acerca de su concreto modo de proceder. Tener que dar razón de sí y de sus actos recae sobre el hombre a título de dignidad personal; emana de las potestades que tiene y mantiene, e incrementa de continuo mediante su vivir y sus decisiones. La responsabilidad personal de los humanos es exigencia natural e ineludible. Su llamamiento es componente expresivo de su propio rango, y ello supone permanecer en consideración. El no ser tenido en cuenta o el no responder le delataría como *incapaz*. Mediante su propia responsabilidad la persona *cuenta* en el medio social en que se encuentra y vive.

En virtud del orden de la Creación el hombre está llamado a ser imagen y semejanza del Creador divino, a ser dominador y señor de la naturaleza. Pero es ineludible que responda de la encomienda y potestad recibidas. La responsabilidad de la persona humana se enraíza y se fundamenta en el orden de la Creación, que llama a los humanos a una dignidad, a una dominación, siquiera sea de ámbito mínimo, a una acción y a un señorío. Pero también, consecuentemente, a *responder* acerca de cómo lo ejercita. Sus potestades nunca son absolutas o ilimitadas, pues ha de dar cuenta de ellas y respetar a los demás y a la naturaleza. Además lleva inherente la idea de *diligencia,* pues el amor está en el ápice de la vida personal (LEGAZ), de modo que amor y responsabilidad configuran a la persona. La impronta amorosa de la responsabilidad se actualiza en la *diligencia*, cuya palabra expresa precisamente esa actitud que es connatural a la responsabilidad humana, que implica una remisión a la verdad.

Ir hacia la verdad redunda en crecientes claridades, lo que supone salir de las sombras a la realidad (NEWMAN). La realidad de las cosas no es otra

cosa que la verdad metafísica, por lo que adviene inseparable el carácter ético de la responsabilidad. La verdad es la forma primitiva de la responsabilidad. El haber de responder encierra instancia a que la verdad quede patente, pues la verdad es impositiva (A. GARCÍA VALDECASAS); y esa imposición es la que pone peso y sentido a la responsabilidad. En todo caso, la responsabilidad propende a establecer y reconstruir la verdad. De este modo contribuye y se orienta hacia la configuración del *mundo*. El ejercicio de las propias responsabilidades entraña una creatividad, y así, a través del menester de cada uno, encuentra, de algún modo, complemento y participación el designio divino creacional.

El tema central de la obra se va fijando en el epígrafe rotulado "La responsabilidad entre cualidad personal, área de competencia y relación jurídica", y también en los inmediatamente sucesivos (12). La responsabilidad como *cualidad personal* se traduce en desplegar de modo habitual, como disposición mantenida, actitud de cuidado, de previsión y desvelo, que llega a ser circunstancia subjetiva socialmente caracterizadora y redunda en solvencia, ya que persuade que cabe depositar en la persona la confianza, la buena marcha de un menester o un cometido. Las *áreas de competencia* se refieren a atribuciones conferidas a un cargo, a una entidad, a una persona, a un gobierno. Se trata de posiciones de responsabilidad sometidas al principio común de que donde hay poder ha de haber responsabilidad. Pero donde la responsabilidad encuentra efectividad de respuesta más tangible es al materializarse en *reparar* el menoscabo o lesión jurídica causados. La cualidad de persona responsable, y la expresión de una incumbencia de atribuciones a alguien, se centran en el respectivo sujeto. Pero al tratar de *imponer* reparatoriamente una obligación a quien no la asume voluntariamente, trasciende al haberse de erigir en específica *relación jurídica*. La riqueza filosófica de la responsabilidad oscila así entre manifestaciones que son propicias a lenguajes expresivos diferentes, pero que, sin embargo, obedecen a una razón última unitaria y congruente, que estriba en que la persona ha de responder ineludiblemente de su conducta y de sus actos, y que ese haber de responder es inherente a la condición de la persona. El fundamento común de esos distintos sentidos asumidos por la responsabilidad ha de buscarse en la metafísica de la diligencia.

La responsabilidad civil viene a ser paradigma principal respecto de los desenvolvimientos de la idea de responsabilidad, debido a que en su ámbito es donde la apreciación de la diligencia de las personas ha encontrado mayor presencia informante, más influjo fundamentador, más historia y más peso argumental, ostentando así valor ejemplar en orden a articular respuestas en el área propia de la responsabilidad. Ciertamente no es que en su trayectoria ofrezca unos confines prefijados, rotundos y estabilizados. Con

(12) *Op. cit.*, pp. 34 y ss.

razón DÍEZ-PICAZO advierte que el Derecho de daños se encuentra en un punto muy sensible de indefinición, que ofrece, por un lado, factores hacia una ampliación, y, al mismo tiempo, factores que aconsejan una cierta dosis de restricción (SALVADOR CODERCH, CASTIÑEIRA). El transcurso de la responsabilidad responde a una marcha fluida, trazada con variaciones, con expansiones y estrechamientos, incluso en flujos de contrasentido. Su significación modelar ha de ser, en consecuencia, principalmente temática, por trazado y sentido; en suma, por las funciones que tiene, que mantiene y la determinan. La responsabilidad civil, en gran medida sustanciada a través de la responsabilidad extracontractual, supone un paradigma fundamental de contraste práctico respecto de la idea filosófica de responsabilidad. El autor atribuye al jurista y político belga SAINCTELETTE (*De la responsabilité et de la garantie,* Bruxelles-Paris, 1884) el mérito de haber puesto de relieve la correlación entre las nociones de *responsabilidad* y *garantía,* la primera como dimanante de la causación extracontractual de daños y la segunda centrada en el efectivo cumplimiento contractual. De aquí surgió la tendencia a agrupar ambas proyecciones de la responsabilidad, y ello fue la contrapartida de la extensión inversa operada en torno al giro *daños y perjuicios* ("dommages et interêts"). Advierte también que en materia extracontractual la idea de reparación –sin excluir en algún caso la reparación *in natura*– se dirige a la reparación integral del menoscabo sufrido por la persona y en atribuirle el correspondiente resarcimiento. Se habla de una vigencia expansiva de la responsabilidad civil extracontractual, que abarca los más postreros acontecimientos de la denominada por BECK, la sociedad de riesgo. La base de toda esta proyección se encuentra en los comportamientos humanos, y así la acción es soporte dialéctico y filosófico de las consiguientes responsabilidades.

La acción expresa la autoría y consiste en la actividad, o pasividad, que provoca modificaciones en una realidad distinta de la del respectivo sujeto agente. La acción humana es la referencia primaria en cualquier enfoque dialéctico o interpretativo de la responsabilidad, incluida la significación del error humano (ROGEL VIDE), y se conceptúa en orden a la antijuridicidad (SANTOS BRIZ). La identidad de la persona supone enlace del momento de la acción con el momento de la exigencia de responsabilidad. El curso de la acción humana que comunica sentido y dialéctica a la responsabilidad se presenta como un tramo de conducta de identidad personal y de vida, se revela como *autoría* y abarca un conjunto de actitudes, móviles apreciables e intentos prácticos; es entramado de conductas productoras de efectos, ya encomiables, ya susceptibles de estigmatización como lesivos, dañosos o injustos. La filosofía de la acción muestra que la conducta puede estar cargada de intencionalidad, o también vacía de ella, y así lo hecho no suele muchas veces coincidir con lo querido, ni con lo causado. La causalidad puede coincidir con meras presencias y con otras causas en la producción

del efecto, de forma que la lesividad de este último no tiene por qué ser imputable a todas las coincidencias acaso presentes, y a ello contribuye la teoría de la *imputación objetiva*; la acción humana puede no ofrecer congruencia con un efecto concreto, respecto del cual ofrezca, no obstante, ocasionales cercanías. La prueba puede conducir a evidenciar como real y verdadera una cierta conducta agente, y así se otorga a la acción relieve causal. Prueba y causalidad ofrecen concomitancias de fondo y de forma, proclives a sutil interrelación filosófica, como ocurrió en el mundo jurídico anglosajón (el autor destaca las aportaciones de BENTHAM, y recientemente de WIGMORE).

El derrotero moderno de la responsabilidad civil ha encontrado su trayectoria actual mediante la operante influencia del correspondiente seguro. La doctrina de la responsabilidad, sin la presencia del seguro, no habría llegado, probablemente, al sentido de su vigencia actual. El seguro codetermina a la responsabilidad civil, pero la responsabilidad civil hace vivo y expansivo al correspondiente seguro. La polaridad que existe entre libertad y seguridad se da paralelamente entre responsabilidad y seguro. Este ha reducido notoriamente protagonismo significativo a la culpa, pero inicialmente las renuencias a admitir que la culpa fuera objeto de convención fue causa de la relativamente tardía admisión e implantación del seguro de responsabilidad civil. A la responsabilidad extracontractual el seguro le sobrepone directrices aprontadas por la contractualidad, como la acción directa, con lo cual añade la vertiente de garantía, aunque mantiene y opera con la dimensión de la aleatoriedad. El seguro ha creado presupuestos remodeladores por demás significativos en la realidad social del presente. La función del seguro encuentra crecientes interrelaciones con la actividad bancaria. De ahí las precisiones legales ordenadoras y jurisprudenciales que rodean al ramo y al contrato de aseguramiento; una manifestación más de cómo la idea de responsabilidad redunda en consecuencias económicas y en vigencias sociales de incesante actualización. La filosofía de la responsabilidad lleva implícita la noción de diligencia, que es, de por sí, metafísica.

La metafísica de la diligencia enlaza con el margen de inseguridad que es ineludible a la condición humana, y, asimismo, con la impronta amorosa que la misma noción de diligencia evoca y supone. Ahí radica la *insecuritas humana* de que habló WUST. De ella emana la precisión de diligencia, como disposición inherente y componente ineludible, conformadora de la estructura y en la existencia de la personalidad. No puede pretender el hombre que todo sea para él plena seguridad, ni que los demás le proporcionen total exclusión de riesgos en toda ocasión. Pero tampoco puede él abandonar la actitud de *cuidado* que le incumbe y ha de mantener, la cual es exigencia que entra en el concierto de su propio ser; esta actitud contribuye a fraguar a cada uno su propia identidad. Radicada en la voz latina *diligo* (amar), la diligencia viene a contener una impronta de connotación amorosa, de reconocimiento, de respeto y solicitud hacia el *otro*. La metafísica de la diligencia

expresa la realidad de un ser *dinámico,* y así se hacen patentes las conexiones entre amor y responsabilidad, y también la realización del orden social (WOITYLA). El lugar de la diligencia está en una disposición personal solícita hacia el propio desvelo, hacia las personas y las cosas, que lleva a ser connatural y viene a ser caracterización de uno mismo (13).

A modo de síntesis cabe decir que el sentido de responsabilidad contribuye a hacer vivir a los humanos una vida propiamente personal. La vida personal entraña misión e instancia infungible, implica mantener la propia identidad y presencia consecuente; supone consciencia de sí y salir de sí hacia los menesteres y deberes que afectan y comprometen. Lleva a aceptar y vivir el apremio del propio ser. Y en torno a ese apremio céntrase el curso de la responsabilidad personal. La cualidad responsable actualiza el vivir personal por cuanto aviva el alerta relacional; pone en ejercicio y en cautela las potencias humanas, al conocerse y al querer, a la memoria, al entendimiento y a la voluntad. Y, de modo eminente, al cuidado en torno al efectivo acontecer; induce a la consideración prudencial del tiempo venidero y a trascender de él. Sobre la base de la libertad, la responsabilidad inquiere acerca de las propias decisiones, delata a la culpa, contrasta los actos con los órdenes ético y jurídico, aprecia las circunstancias en su razón práctica e histórica, aquilata y sopesa resultados; se hace cargo y asume los efectos y perjuicios producidos. En su esencial sentido, la responsabilidad supone intimación a la persona para que dé cuenta de su proceder. Le reafirma así su condición de tal, le recuerda y actualiza las exigencias de su propia dignidad; concita al orbe de sus relaciones e incumbencias, le urge a recapitulaciones y previsiones sobre sí misma. De ese modo su significación es intensamente configuradora y actualizadora de su respectiva vida personal y de su identidad. Al *responder,* reconozco y afirmo el *tu* del *otro,* y así me constituyo en *yo.* Así opera la responsabilidad en la estructura de las personas. En su virtud, los humanos, de contar solo como gentes, pasan a vivir conceptuados como personas. Es ese el contraste entre individuo y persona que tan patente se hace al encontrarse informante la perspectiva de la responsabilidad. Se incardina así la responsabilidad en la ontología de la persona. Cultivar y afirmar el sentido de responsabilidad es aspecto ineludible en la formación de las personas. Hay una cultura de la responsabilidad que hace a la persona ser más persona. Despierta capacidades y discernimientos, apreciación de circunstancias, orientación a las propias decisiones y madurez de juicio; pondera los posibles efectos del hacer y del decir, e insta a justas reparaciones (14). En última instancia, la responsabilidad se configura a través de relaciones jurídicas, que no existían previamente.

(13) *Op. cit.,* p. 49.
(14) *Op. cit.,* pp. 49 y s.

4. *El establecimiento de la relación jurídica que da soporte a la responsabilidad extracontractual. El daño.* El acontecimiento lesivo suscita entre quienes lo causan y los perjudicados una relación social reseñable que ha de convertirse en relación jurídica, bien sea por acuerdo o, en su defecto, mediante recurso a los tribunales. Sobre la base de un principio normativo, un hecho lesivo genera relaciones jurídicas correlativas. Esta eficacia constitutiva se encuentra en estrecha conexión con los principios. La prestación que se establezca vendrá a ser medio de satisfacer el interés que asiste al perjudicado para venir repuesto en su derecho. Tal relación jurídica envuelve dimensiones constitutiva, de concreción y ejecutiva. El autor discurre luego por los caminos doctrinales, más trillados, de las conexiones y diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, con inmediata proyección sobre el Derecho español, aunque acaso hubiera ofrecido interés alguna excursión comparativa más amplia (por ej., la rigurosa prohibición general del *cumul* en Francia). Con cita de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, se afirma que la separación entre las obligaciones que nacen de la convención y las que tienen su origen en la culpa o negligencia, no es más que de régimen jurídico, pues el fundamento último es el mismo. Actualmente se constata una pluralidad de regímenes contractuales frente a una tendencial unicidad del extracontractual. Invoca el ejemplo alemán con la Ley de modernización de 25 noviembre 2001, en la que se optó, ante el aluvión de leyes especiales, por recuperar el BGB como centro del ordenamiento jurídico privado alemán (ALBIEZ DOHRMANN), relegando a la Ley de 19 junio 2002 para la actualización del régimen jurídico referente a la reparación y resarcimiento de los menoscabos personales y patrimoniales causados a otras personas. El autor ve así confirmada la propuesta de PIEPER de que la reparación de daños injustos constituye permanente regla de juego de las relaciones sociales, que inspira asimismo las intuibles directrices del Derecho europeo (BASEDOW). Entre nosotros SALVADOR CODERCH enumera así las funciones del Derecho de daños: demarcatoria, compensatoria, distributiva, preventiva y satisfactiva.

El discernimiento del daño resarcible orienta todo el razonamiento constructivo, que se concreta en la antijuridicidad y en la determinación de las circunstancias del interés del perjudicado. Al añadirse a la palabra *daño* el calificativo de resarcible se está evocando la existencia de una alteridad: al menos dos personas, el sujeto agente y el paciente del menoscabo. Juzgar es, filosóficamente, el acto intelectual en que, por antonomasia, está en juego la verdad, y así la verdad del daño causado y de su imputabilidad conduce a hacer patente la procedencia y justicia de la reparación. La verdad encuentra su más palmaria expresión en la evidencia. Hallar y recalcar la evidencia y certidumbre del daño, y su resarcimiento, constituye el tino judicativo acaso más específico de la responsabilidad civil. Por ello la peculiaridad de ese tino contribuye, como una razón más, a que tal área jurídica

despliegue una intensa incitación filosófica, social y cultural, de pensamiento. Así, la responsabilidad civil ha venido a ser una de las materias más sugerentes de la vida jurídica contemporánea; si el *ethos* del siglo XIX era la libertad, el de la sociedad actual es la responsabilidad (WIEACKER). Lo notable es que tal relieve de la responsabilidad civil ha venido a suponer, en el orden práctico, una garantía general indemnizatoria respecto de la esfera jurídica de la personalidad a través del principio de la reparación integral. Como escribieron MAZEAUD y TUNC, los principios de la responsabilidad civil se han convertido en sanción general de todas las reglas de derecho (*elle tende a absorber le droit tout entier)*. La plenitud personal y su dignidad han encontrado reflejo en el artículo 10 CE, en la mayoría de constituciones del Occidente europeo, y en el artículo 1.º de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE, de 18 diciembre del 2000. Esta protección a la integridad jurídica de la persona contrasta con su garantía penal; y si bien entre nosotros sigue rigiendo el principio de que *le criminel tient le civil en état,* tratándose del delito de desacato se ha producido una interesante controversia en relación con la posible aplicación preferente de la Ley 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con jurisprudencia contradictoria del TS, resuelta por STC 241/1991, de 16 diciembre, que otorgó el amparo y anuló la STS (Sala 1.ª) de 23 febrero 1989. En adelante, el carácter delictivo de la intromisión en el honor no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de la Ley de 1981. Con ello se acentúa el rango de la acción civil reparatoria de la cualidad de la persona (15). Ha podido escribirse, a modo de síntesis, que se hace notar la presencia de una fuerza instintiva innata que sabe advertir cuándo se desconoce, cuándo no se protege, o se lesiona la dignidad de una persona (GONZÁLEZ PÉREZ). Haciendo un *excursus* histórico se remonta al caso *Teffaine,* resuelto por la Casación francesa en 1896, que proporcionó fundamento autónomo a la responsabilidad por razón de las cosas, abriendo un cauce distinto al que emanaba del artículo 1382 CC fr.; más tarde, en 1930, la sentencia en el famoso caso *Jand'heur*, ratifica definitivamente la responsabilidad por razón de las cosas, como autónoma y paralela a la proclamada por aquel precepto. Con base en el ejemplo francés, todos los Códigos continentales regulan la responsabilidad civil extracontractual, aunque ahora se advierte un cambio significativo, pues ya no se pretende que aquellos sean instrumento expresivo de cerrados contextos nacionales, sino sedes abiertas a la contribución normativa y a la construcción de principios generalizables. Hoy en día el Derecho civil de daños y los derechos de la personalidad operan en una recíproca funcionalidad. En la trayectoria histórica de la responsabilidad civil se suele referir la innovación y el impulso aportado por diversas realidades y categorías, pero probable-

(15) *Op. cit.*, p. 78.

mente no se insiste, de modo tan palmario como fuera lógico, en la repercusión de los derechos fundamentales sobre la trayectoria y renovado sentido de las acciones de daños y perjuicios; los derechos fundamentales erigen en rango eminente a los correspondientes contenidos, pero sin circunscribir ni desconocer protección a los demás derechos e intereses legítimos de la persona (16). La fuente de la obligación civil reparatoria brota y consiste en el daño infligido, y por lo mismo que obedece al designio de reintegrar, no cabe sustentarla sino en la lesión; allí donde un daño o desperfecto no exista, aun cuando haya habido propósito, deseo y aun esfuerzo encaminado a producirlo, no se engendran obligaciones civiles. La responsabilidad civil ofrece cercanía con la doctrina de los riesgos y de su reparto. Si el propio dueño de la cosa causa daños a la misma, a nadie podrá reclamar la indemnización. La lesión implica perjuicio, pero requiere venir caracterizada por su carácter antijurídico. La antijuridicidad es el criterio que constituye en hecho jurídico al mero fenómeno físico o económico. El ejercicio de las acciones de responsabilidad civil se orienta a procurar la congruente reparación, que el perjudicado quede *indemne*, es decir, que retorne a una situación parangonable a la que tenía antes de padecer el daño. El principio jurídico de reparación es base jurídica esencial de la convivencia social, como viene a proclamarlo nuestro artículo 1902 CC. Es cierto que no siempre será viable que la indemnidad sea, de hecho, viable, pero la interpretación ha de orientarse a hacerla efectiva en los términos y alcances más cumplidos y posibles. En este punto coinciden tanto el sistema continental como el anglosajón; en este último se declara que la compensación o reparación a fijar ha de buscar, lo más posible, que el perjudicado quede como si no hubiera padecido el daño (*Livingstone v. Rawyards*, 1880).

El daño, además de ser fundamento ineludible de toda pretensión indemnizatoria, dará la medida del resarcimiento pertinente, pues *nunca habrá de significar ocasión de enriquecimiento*. Suele decirse que la reparación ha de ser *integral*, pero probablemente se trata de una directriz más de orientación que de materialización; en la mayoría de los casos dicha expresión puede resultar excesiva (baste mencionar la aplicación de baremos, y las prudenciales apreciaciones del daño moral), de suerte que aquí puede radicar el lado más problemático del Derecho de daños (17). En todo caso, el daño es cuestión de hecho (18). La noción de daño expresa el detrimento inferido injustamente a la integridad jurídica ajena, sin limitarse a los intereses de índole puramente patrimonial. Se ha producido una trabajosa evolución histórica partiendo del *damnum* romano hasta incluir el de carácter moral. El autor habla de una *expansiva área protegida* (así, se habla del daño estético,

(16) *Op. cit.*, pp. 86 y s.
(17) *Op. cit.*, p. 97.
(18) *Op. cit.*, pp. 98 y ss.

educativo, de expectativas, de la tranquilidad personal y del sosiego), hasta el denominado *préjudice d'agrément*, que alude al menoscabo de la capacidad de disfrute por esparcimiento normal, ya sea el juego, lecturas, conducción y otras actividades inherentes al ocio, deportes y otras distracciones familiares. Lo cual conduce a la *atipicidad del daño* –nueva diferencia entre el campo penal y civil–, que debe, en todo caso, revestirse del criterio de lo razonable. Dejando al margen la reparación de daños no pecuniarios, que la nueva LEC 2000 ha reforzado con apremios y multas coercitivas, la reparación aquiliana se expresará pecuniariamente, atendida la entidad del daño y siempre en relación con el detrimento que causó a la persona; extremo en que coinciden la jurisprudencia española y la europea (19). Adviértase que frente a los resarcimientos globales de conjunto, en ocasiones se requiere el detallado según la clase de perjuicio sufrido por la víctima (así, la STC 78/1986, de 19 junio, en un caso de violación de la tutela judicial efectiva). Sendos apartados dedica a la clásica doctrina de la *compensatio damni cum lucro* (respecto de la cual hay coincidencia en los principales códigos civiles europeos) y del *lucrum cessans,* doctrina que parece experimentar un cierto favor jurisprudencial (STC 242/2000, de 16 octubre, y STS de 25 marzo 2010) y legislativo (Ley 44/2002, de 22 noviembre, que ha modificado el artículo 83 de la Ley del Seguro, al incluir en el seguro de riesgos extraordinarios la cobertura de la pérdida de beneficios, transponiendo así la Directiva 2000/26/CE).

5. *Algunas cuestiones debatidas sobre el daño.* La indiscutible competencia del autor para descender con eficiencia del mundo de los principios a la prosaica cotidiana realidad resplandece, a mi juicio, en el específico tratamiento –no obviamente un tratamiento exhaustivo; a veces, le bastan unas pocas pero sugerentes pinceladas– que hace de algunos aspectos del daño, como el indirecto, el daño moral, el daño derivado eventualmente de las relaciones de vecindad e inmisiones lesivas, el daño ecológico y el daño no asegurable.

A) El daño indirecto. Inicialmente la doctrina exigía que el daño resarcible debía ser cierto, directo y personal, y ello probablemente pervivió durante bastante tiempo por influjo del CC fr. y de la jurisprudencia civil y penal (que Geneviéve VINEY ha criticado modernamente). Pero se planteó el caso de las lesiones sufridas por agentes de organismos y Administraciones públicas en el desempeño de sus servicios; una vez satisfechos los procedentes emolumentos por la correspondiente Entidad, y al reclamarlos esta al causante del accidente se arguyó que se trataba de un daño indirecto; fue necesario un cambio legislativo para garantizar la facultad subrogatoria dirigida a obtener los oportunos reembolsos. El tema se ha reconducido a la

(19) *Op. cit.*, p. 110.

relación de causalidad, difuminándose en cierto modo el requisito de tener que ser directo el daño. Entre nosotros, la STS de 24 abril 1974 resolvió el caso de la reclamación del Estado contra el conductor de un vehículo que atropelló a un guardia de la circulación, por la cuantía de sus haberes hasta que fue dado de alta, considerándose al demandante como damnificado indirecto. Concluye LÓPEZ JACOISTE: "Parece correcto estimar que el carácter directo del daño deja de contar en calidad de requisito expresamente específico del daño resarcible. Así lo atestigua la más generalizada orientación del Derecho comparado, según el cual, sin sacarlo de los términos generales comunes a toda hipótesis, ni hacer del mismo un presupuesto aparte y autónomo, el sentido del problema se orienta al examen y verificación de si se truncó o no la relación de causalidad" (20).

B) El daño moral. El daño moral incluye precisiones importantes. La primera referente al bien lesionado, consiste en indicar que en principio ha de concebirse como directo, por cuanto la lesión recae sobre el propio agraviado. La segunda concierne al carácter y función de la suma indemnizatoria, que es mero instrumento de reparación (expresada de antiguo con la palabra *satisfactio)*; de ahí que no haya lugar a tasaciones estrictas, sino a estimaciones prudenciales, pero sin que se excluya una progresiva introducción de un cierto *usus fori* por acumulación de supuestos y de experiencias que asumen cariz de impronta, de pauta en algún modo orientadora de cuantías. En el Derecho comparado, el daño moral como categoría susceptible de compensación económica es objeto de diversificado trato, enlazando con el criterio de formulación abierta o de concreción de supuestos que se haya adoptado al enunciar la responsabilidad civil. Los códigos que siguen el primero ofrecen más fácil cabida al daño moral. La inicial redacción del BGB ejemplificaba el segundo, hasta la reforma de la Ley de 2002, la cual ha añadido un segundo párrafo al § 253, según el cual "si por causa de una lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual debe indemnizarse el daño, puede exigirse también una indemnización equitativa en dinero por causa de los daños inmateriales"; acaso ha sido esta una de las reformas más significativas dado el concepto de daño que se ha abierto en el ámbito de los principios (WAGNER). Entre nosotros, contra la tesis negativa de la jurisprudencia civil a lo largo del siglo XIX sobre la indemnizabilidad del daño moral, operaba el criterio contrario en el orden penal a favor de la familia de la víctima en los delitos de homicidio, y ello facilitó el cambio de criterio de la emblemática sentencia de la Sala 1.ª TS de 1912, seguida de otras muchas hasta nuestros días, lo cual, unido al respeto doctrinal creciente hacia los derechos de la personalidad, ha conducido a plasmar, en el s. XX, como principio el de la indemnizabilidad de los daños morales. Esta modalidad de daño multiplica ahora las ocasiones en donde hacerse pre-

(20) *Op. cit.*, p. 123.

sente la reafirmación de la dignidad de la persona, confiere relieve jurídico a situaciones de sufrimiento íntimo por interrelaciones en las que se vulneren sentimientos, respetos y convicciones, consideración y estima; en suma, plenitud moral. La jurisprudencia abre paso a la reparación del daño psicológico causado por deliberado hostigamiento laboral, que ha encontrado perfiles y definiciones cada vez más precisas y significativas en torno al denominado *Mobbing*. También la utilización ilícita y vulneración de los derechos de la propiedad intelectual, prescribiendo la normativa que en tal hipótesis procederá la indemnización por daño moral aunque no se hubiera probado la existencia de perjuicio económico. Y también cuando se confrontan el derecho del vencedor del proceso a dar a conocer el contenido de la sentencia y el derecho al honor del perdedor (STS de 22 diciembre 2008, que se fija en si se trata de una comunicación neutral del contenido de la sentencia, o si la publicación del fallo se convierte en un procedimiento apto para menoscabar el honor de la persona afectada).

C) Relaciones de vecindad, actos de emulación, inmisiones. Las relaciones de vecindad son básicamente cercanías de las cosas de la respectiva pertenencia, cuya proximidad redunda en obligada ocasión de convivencia de sus propietarios; las cuales encontraron en JHERING la proyección hacia las esferas subjetivas de la personalidad, con descripción vivaz de muchos supuestos, orientados a la enseñanza en torno al ejercicio de las correspondientes acciones en Derecho Romano. Las relaciones de vecindad evocan inevitablemente la presencia del *otro*, y de la forjada *imagen del otro,* que llega a operar como transfondo de puntos de vista implícitos, pero muy específicos de las relaciones de convivencia y cercanía; imagen que proyectó, y proyecta, luz interpretativa entre razas, pueblos y acaecimientos del orden histórico (RUANO). Nuestro código previene múltiples supuestos en los que las proximidades de cosas y eventualidades quedan consideradas como de riesgo (así, los supuestos de los arts. 389, 390, 391, 590, 1905, 1907 y 1908 del CC esp.). Las relaciones de vecindad, en cuanto ocasiones de riesgo, son referibles al principio general del artículo 1902, pero con la particularidad de que cosas y actividades vienen a desplegar en hipótesis, por su misma estructura o por la disposición con otras cosas o agentes, razón patente para imputar efectos. En relación con aquellas han surgido los actos de emulación, el abuso del derecho, y también las inmisiones o fugas que emanen o propaguen lesivamente efectos desde el propio hacia ámbitos ajenos contiguos. A juicio del autor, la expresión *aunque se le escape* del artículo 1905 CC esp. Así como la inglesa *anything likely to do mischief if it escapes,* frecuente en la jurisprudencia británica, delatan responsabilidades por razón de las cosas propias en consideración al entorno al cual perjudiquen. El concepto romano de *inmisión* (D. 8.5.8.5) vino a encontrarse multiplicadas invocaciones litigiosas con ocasión del incipiente industrialismo fabril del s. XIX, relacionándose luego con el *uso normal de la*

propiedad por su dueño, y de la medida de lo soportable según el *buen sentido*. A veces la inmisión se ha relacionado con la obligación de guarda de la cosa propia, la cual fundamenta una responsabilidad objetiva unida a las potestades sobre una cosa. La fuga y la propagación han sido las dos proyecciones de la inmisión más utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia, y hoy se centran en la *defensa jurídica del medio ambiente,* habiendo declarado el TS la competencia de la jurisdicción civil en materia de relaciones de vecindad entre un organismo administrativo y un particular (STS, de 24 diciembre 2003).

Ha resultado emblemático, a la postre, el supuesto de almacenamiento peligroso contemplado en el caso *Rylands v. Fletcher,* resuelto por la *Court of Exchequer Chamber* en 1886, y confirmado por la *House of Lords* dos años más tarde. Se establece la responsabilidad objetiva del propietario de un depósito de agua, que por una grieta filtra agua que atraviesa una antigua mina y llega contaminada a otra finca, conforme a los siguientes requisitos: 1.º Debe tratarse de una cosa peligrosa si se escapa; 2.º que se produzca una fuga saliendo de la propiedad del demandado; 3.º que implique un uso anormal del inmueble de este; y, 4.º que cause daños. La jurisprudencia europea continental se ha inspirado en esa sentencia, y también la española (STS de 14 marzo 1978: incendio de unos almiares de paja en verano al paso de un tractor).

D) Daño ecológico. Particularmente densas son las páginas dedicadas al *daño ecológico* (21). Esta especie de daño induce referencia a la filosofía de la naturaleza, o Cosmología, la cual aporta la luz sobre las razones últimas del cosmos, y en torno al mantenimiento de su aptitud generativa y de prosecución. Se apuntan como factores del medio ambiente, las aguas, el aire, el suelo, la fauna, la flora, la tierra y los espacios naturales. El daño ecológico afecta a los *ecosistemas*, entendiéndose por tales los formados por organismos, condiciones físicas y ambientales que determinan el medio en el cual se desarrollan la vida, la fauna, el clima, las aptitudes de existencia y desarrollo acordes con la naturaleza. Se recalca el intercambio de energía y materia que tiene lugar en un ecosistema concreto. El daño ecológico supone la ruptura de ese equilibrio y, sobre todo, el menoscabo de su conservación en idoneidad natural y funcional. Así se ha elaborado el concepto de *desarrollo sostenible*, erigido en filosofía rectora de la Ecología, que aboga por desarrollos que atiendan a las necesidades actuales sin poner en peligro la cobertura de las futuras. La conciencia ecológica se encuentra referida y contemplada en la doctrina de la *Creación*, aludida en la Introducción de acuerdo con la filosofía personalista del autor, de la que derivan explícitas responsabilidades sobre el uso correcto de la naturaleza por el hombre: la actitud de respeto hacia la naturaleza incluye una ética y postula responsa-

(21) *Op. cit.*, pp. 136-141, con abundante información bibliográfica y jurisprudencial.

bilidades y actuaciones a nivel mundial; parece necesario que existan empresas que realicen inversiones en pro de la protección ambiental de grandes ámbitos terrestres, atmosféricos y marítimos.

El bien inmediato a proteger es la calidad de vida de las personas, las cuales tienen derecho a contar con la naturaleza como realidad propicia en la cual desplegar la vida. Así lo formula el artículo 45 CE: *Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.* No es un derecho fundamental que pueda ser base del recurso de amparo, pero sí de un derecho constitucional explícito, de intenso significado, con amplia repercusión en la responsabilidad civil. La UE ha consolidado el criterio de que *quien contamina paga.* Aunque su literalidad sería susceptible de entenderse como permisión de contaminar, mediante abono de un canon, pero su sede ha de venir referida a resarcimientos aquilianos de responsabilidad concebida como objetiva (cfr. art. 174 del Tratado de Amsterdam, de 1997, y nuestra Ley 26/2007).

6. *Experiencias e interpretaciones.* Si en ciertas épocas se insistía en la dimensión sancionadora del Derecho de daños (a lo que contribuían términos como *delito civil o responsabilidad delictual),* hoy predomina una finalidad reparadora o reintegradora. Entre la causalidad y la verificación de una responsabilidad se interpone la imputabilidad del daño, a la que precede la antijuridicidad del mismo. Presupuesto necesario para suscitar obligación de repararlo es la antijuridicidad del daño. Genéricamente el *alterum non laedere* bastaría como criterio básico para atribuir responsabilidad, salvo que medie una causa de justificación. El BGB alude expresamente a la antijuridicidad en el § 823, y nuestro artículo 1902 lo incardina en la culpa o negligencia. En el daño injusto padecido se funda el derecho a la reparación, y su entidad señala la cuantía indemnizatoria. El daño, en cuanto resarcible, se hace patente en calidad de efecto producido por las conductas, condiciones y circunstancias determinantes, las cuales son de mensura e intervención a veces compleja. La línea directriz no puede ser otra que la imputación del daño, la cual, en términos generales, sigue el curso de la causalidad. Se propugna un discernimiento de *ir y volver*, dado que la causación transcurre desde el agente hacia el efecto, pero la imputación va desde el efecto a la autoría. Bien entendido que la imputación no ha de ir necesariamente por la línea de causalidades físicas. Entre nosotros, PANTALEÓN ha esbozado madrugadoramente diversos criterios de imputación objetiva, nacida en el ámbito penal (22). Se ha dicho autorizadamente que *asociar responsabilidad*

(22) Últimamente también se ha analizado la trayectoria seguida en las ponencias de la Sala 1.ª TS, invocando la indicada doctrina, con intervención del recientemente fallecido catedrático y magistrado de la Sala 1.ª don Vicente L. MONTÉS PENADÉS, en la minuciosa investigación del catedrático BLASCO GASCÓ, especialmente en la mate-

civil a responsabilidad por causación de daños es un error generalizado que no resiste el análisis (SALVADOR CODERCH). En la correspondiente articulación discursiva han de entrar en juego las circunstancias y contingencias propias del caso y, entre ellas, los eventuales significados de la negligencia.

En la tradición histórica la idea de culpa se centró por los romanos en la apreciación de una falta de cuidado o de una negligencia, como sinónimos; pero las aplicaciones jurisprudenciales, sobre todo en el transcurso de la modernidad, sugirieron y delinearon contrastes que no dejan de tener relieve y repercusión. Así, la culpa se centra en lo ocurrido, y la negligencia en una actitud; la culpa se plantea como materia inmediata de prueba, la negligencia lo es interpretativa o de apreciación; la primera ha dado sentido a todo el régimen de accidentes y al coste social de las indemnizaciones y seguros, y la segunda acaba por afectar a la conceptuación de la persona y al correcto servir la persona a su propia incumbencia. La negligencia afecta al orden del ser como persona, mientras que la culpa empalma más con la fenomenología. A riesgo de caer en sutilezas, cabría decir que la negligencia encierra mayor cercanía con el modo de ser habitual de la persona, y aunque la culpa en el orden práctico queda también ínsita en la acción, su sentido es más de orden accidental que de caracterización personal. La negligencia resulta propicia al enjuiciamiento abstracto, renuente de mensuras precisas u operativas. Actualmente se propugna la calidad de *hombre razonable*, utilizada por la Convención de Viena de 1980, pero cuyo origen es anglosajón, en conexión con el *duty of care* y la acción de *negligence*. Concluye el autor que la negligencia entraña el criterio del denominador común de la acción de responsabilidad civil, y se adhiere a SALVADOR CODERCH cuando afirma que hay desarrollos recientes del Derecho de daños que manifiestan la imposibilidad de distinguir entre responsabilidad objetiva y negligencia.

Por otra parte, y en aplicación del principio *respondeat superior*, la carga de la reparación también gravita sobre quien se encuentra en una cierta posición como en los supuestos del artículo 1903 CC esp.; en principio expresarían una enunciación taxativa que se explicaría por una culpa *in eligendo o in vigilando*, o con criterios más actuales por la función social de proporcionar seguridad que incumbe a la responsabilidad civil. En efecto, el 1903 supone una imputabilidad directa que implica una ampliación o desarrollo del precedente del todo congruente: *qui facit per alium facit per se.* De aquí que aquella taxatividad puede, sin embargo, tender a ampliarse, al igual que en el ámbito de la responsabilidad contractual. Paralelamente, en el ámbito penal, junto a algunas acciones directas, se producen otras de carácter subsidiario; de esta suerte se registra una tendencia a expandir las imputabilidades a cargo de las posiciones de poder o de señalada solvencia

---

ria de responsabilidad de los administradores sociales (Cfr. VVAA, *Homenaje a Vicente Montés*, I, Valencia, 2011, pp. 307-331).

reparatoria. Respecto de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y de las Administraciones públicas se proclama nítidamente en el artículo 121 CP y se confirma por reiterada jurisprudencia.

El seguro opera, al menos en el aspecto práctico, como factor de atribución de la carga indemnizatoria (YZQUIERDO TOLSADA), y ello tanto en los seguros obligatorios como voluntarios. El seguro despliega efectos contractuales sobre el horizonte de la responsabilidad contractual, pero se aplica la prescripción anual a la acción directa del perjudicado contra el asegurador, porque el perjudicado es ajeno al contrato. La prioridad legal de la actuación del seguro viene configurada por la imperatividad del procedimiento extrajudicial, de carácter arbitral, establecido para la determinación del daño en el artículo 38 de la Ley del CS, que lleva implícita una efectividad específica dirigida a la reparación del daño asegurado; si se añade el sistema legal de baremos, ello redunda en una relativa reducción de imprevisiones y contingencias en la fase liquidatoria. Casuística de mayor interés es la suscitada cuando las Administraciones públicas acuden a contratar seguros de responsabilidad civil en garantía de eventuales riesgos en el desarrollo de su actividad.

El artículo 1902, en su formulación literal, puede responder a una lógica de conceptos teóricamente nítida; de ahí que hayan alcanzado y ofrezcan valor de referencias esenciales del sistema de responsabilidad civil; pero en la vida, en la tesitura del juzgar, esas nociones se superponen, se contraen e influyen recíprocamente y vienen a quedar sin la nitidez diferencial que ofrecen en el tenor legal. Entonces, está ahí la dimensión del suceso como tal, su *fenomenología* que no cabe desconocer. La fenomenología del accidente aporta sentido en cuanto realización del daño (NILS JANSEN). En el área de la responsabilidad civil la dimensión filosófica que la filosofía aporta habría de consistir en patentizar la efectividad lesiva ocurrida como un *suceso* del cual se desprende una perspectiva argumental y una mensura que resulta ser inicialmente orientadora. La fenomenología es un *tender a,* un *saber ver* el sentido de conjunto, antecedente previo e inmediato para las subsiguientes precisiones estimatorias de lo acontecido. Establecer el contenido y la cuantía de las prestaciones reparatorias del daño es labor de construcción y de prudencia jurídica. La fenomenología de lo acontecido proporciona encuadramiento, relieve a los datos y sentido al problema. Doctrina y jurisprudencia alumbran experiencias a partir de las cuales se disciernen las nuevas respuestas, las cuales se conciernan en el lenguaje. En efecto, las apreciaciones en torno a la responsabilidad civil se nos presentan como experiencia judicativa en la cual se reflejan los avatares de la vida social de relación entre las personas, especialmente en momentos existenciales de riesgo e inseguridad, los cuales se replantean de continuo. Cabe decir que el impulso terminal, en el campo del resarcimiento civil es un impulso discursivo profundo, racional e intuitivo hacia lo justo; es decir, un arriesgado y comprometido decidir cualitativo y cuantitativo, de punto final.

En materia de responsabilidad civil cada respuesta teórica o práctica encierra operante valor heurístico para con otros supuestos y es sede inspiradora de oportunidades, no tanto en cuanto a las concretas soluciones sino en cuanto a los paralelismos de enfoque y de oportunidad; así, el caso resuelto recalca una directriz y la rodea de renovada previsión de matices y puntos de apoyo. Emblemáticas resultan las SSTS de 10 julio 1943 y 14 febrero 1944 (Pte. CASTÁN TOBEÑAS, en materia de abuso de derecho). Los casos resueltos adicionan esquemas portadores de claves de discernimiento jurisprudencialmente reconocidas, colman de viveza y de renovadas virtualidades a la norma, y la hacen fluir hacia delante por entre áreas de problemas consolidadas con significación propia, pues en cada respuesta jurídica late inspiración y estímulo respecto de futuros modos de ser (23).

La antilogía del azar consiste en que la lesividad se aglutina como adscrita ya a uno ya a otro de los presupuestos de la relación jurídica indemnizatoria, y con tal soporte propende a entrar en la misma sin puntualizable adscripción. A menos que se trate de caso fortuito o fuerza mayor indubitables, no se logrará escindir del todo lo que aporta el azar de lo que puso la conducta humana, pues el azar del hombre viene ineludiblemente trabado con impulsos operantes en el mundo físico y en la naturaleza, respecto de cuyos impulsos se le pide que sea dominador, o al menos previsor, pero sin que consiga serlo en todo caso. Pero la diversidad de criterios en la experiencia anglosajona en los casos *Re Polemis* (1921) y *The Wagon Mound* (1961). En Derecho de daños es esencial y cuestión de principio discernir entre los efectos debidos a cursos causales provocados por la acción humana y aquellos otros que son pura consecuencia del inopinable acontecer; pero en la convergencia entre causalidad e imputación se interfiere el azar. Todo ello obliga a profundizar más y más en el sentido del caso, a fin de aprontar temperamentos y razonables matizaciones. Concluye LÓPEZ JACOISTE que en el trance de salvar desproporciones y diluir paradojas, el método jurídico necesita virar prudencialmente hacia las descripciones del lenguaje, mediante el tino lingüístico expresivo de lo razonable (24).

El Derecho de daños se encuentra hoy intensamente requerido por la multiplicación de sectores y ramas de actividades, por los específicos respetos debidos, por especialidades tecnológicas, por modos de actuar y de prevenir que configuran áreas relativamente diferenciables, en cada una de las cuales el peculiar *periculum* ocasiona una cierta homogeneidad, determinante de un ramo de riesgos discernibles. En el estudio de indiscutible calidad de WHITE (25), se ha subrayado el impacto del neoconceptualismo en el nuevo Derecho de daños. Pero el autor opina que a fines del s. XX se

(23) *Op. cit.*, p. 171.
(24) *Op. cit.*, p. 174.
(25) *Tort Law in America. An Intellectual History* (Oxford, 1980).

insinuaron otros caminos que instan a buscar inspiración en una filosofía de la persona y en la naturaleza de las cosas; así surge una normatividad técnica que, en ocasiones, desplaza a la jurídica. Pero contra este desplazamiento, el principio de responsabilidad abogaría por hacer retornar el orden jurídico hacia la persona, aceptando la instrumentalidad de la Informática y, sobre todo, de Internet, para establecer contextos y posiciones liminares. Ello permite al autor reiterar, en apretada síntesis, la trayectoria de su reflexión sobre la responsabilidad civil (26): 1) Establecer la relación jurídica que, por principio, falta; 2) El principio de responsabilidad civil como reflejo de la historia; 3) La persona en el centro del sistema; 4) La construcción crítica de la obligación de reparar; y 5), mirando al futuro, en una operante instancia filosófica.

7. *Para una historia de la responsabilidad civil.* Probablemente la historia de la responsabilidad civil no puede tratarse parejamente a la de otras muchas instituciones jurídicas. No sería exacto hablar de una ininterrumpida historia de la culpa aquiliana desde Roma a nuestros días. Por eso la segunda parte de esta obra lleva por título *El principio de responsabilidad reflejo de historia*. Si los hechos dañosos contra las personas y su patrimonio se producen y se reiteran *ad nauseam* en el acontecer histórico, la respuesta del Derecho no siempre ha sido idéntica ni formulada del mismo modo. Probablemente por esta razón, el primer apartado de aquella, significativamente rotulada *Trazos de curso histórico: Entre ideas discontinuas y presupuestos heterogéneos,* resulta harto difícil de sintetizar. Hay indudablemente una tradición romana, originariamente penal (relacionada con la ley del talión), que viene a simbolizarse en la Ley Aquilia, en la que la *culpa* es paradigma de *iniuria*; se pasa luego de la perspectiva penal a la indemnizatoria; en una fase ulterior influyen la *condicio* y la *obligatio ex lege,* y se acusan los perfiles del enriquecimiento injusto. Hace falta el transcurso de varios siglos para que, en Europa, del sistema de acciones se transite al de leyes y principios, aunque en la *Law of Torts* anglosajona persista todavía aquel. En el ámbito continental europeo la evolución hacia un principio general vino a ser una exigencia de la práctica, ya que a la hora de la liquidación del daño podían confluir y venir a expresarse por el equivalente tanto el resarcimiento aquiliano como el del incumplimiento contractual (27). La rúbrica española de *daños y perjuicios* equivalía a la francesa de *dommages-interêts,* descritos como *désintéressement ou dédommagement qui doivent ceux qui sont tenus de quelque dommage.* Así la reclamación de daños y perjuicios se consideró tradicionalmente en la triple caracterización de ser acción civil dirigida al resarcimiento indemnizatorio, de expresión pecuniaria y orientada a una

(26) *Op. cit.*, pp. 177-179.
(27) *Op. cit.*, p. 213.

sentencia de condena; y hoy generalmente se admite así en el Derecho comparado (28).

Los teólogos españoles del s. XVI insistieron en la obligación de reparar todas las consecuencias del acto dañoso, incluso los daños morales. También en línea filosófica, y bajo otra perspectiva, GROCIO, comentando el supuesto *De damno per iniuriam dato,* llega a idéntica conclusión reparadora, doctrina que reiteran los continuadores de la Escuela de Derecho Natural racionalista, formulación general y abstracta también acogida por el *Usus modernus Pandectarum,* que, de esta forma, cada vez se alejaba más de la estricta redacción de la *Actio legis Aquiliae.* Esta orientación encuentra efectividad en Francia, en la trayectoria trazada por DOMAT en el s. XVII y POTHIER en el s. XVIII. El artículo 1382 CC fr. fue aprobado sin debate, probablemente debido a estar inspirado *dans la raison, la sagesse, l'équité naturelle et dans les principes de la plus saine morale qu'ont été puissées les règles du quasi-délit.* Sabido es que el Pandectismo alemán, bajo la inspiración de SAVIGNY, quiso dejar bien patente sus diferencias con la Escuela de Derecho Natural, y sus seguidores pensaron que no era correcto regular la *actio legis Aquiliae* como una acción civil general, sino mediante la descripción de supuestos concretos, y así fue incluida en el BGB. Debe notarse que, en Alemania, los tribunales y la práctica han hecho aplicación de criterios pragmáticos y razonables y no precisamente científicos en esta materia. La reforma del 2002 ha llevado al Libro I la responsabilidad precontractual, mientras que la responsabilidad civil extracontractual se regula con una mayor amplitud de criterio en la sede anterior.

Un curioso reflejo lingüístico advierte de la modernidad del término *responsabilidad civil*, apenas utilizado en el s. XVIII pero con uso notablemente expansivo en el presente. Entre nosotros no podemos olvidar a COVARRUBIAS en su *Tesoro,* para quien *responder es dar satisfacción.* Las Partidas recogen la doctrina romana (P. 7,15) y así llega hasta la etapa codificadora. GARCÍA GOYENA, al comentar el principio recogido en el artículo 1900 del Proy. de 1851, se expresa así: *Máxima de jurisprudencia universal, fundada en un principio eterno de justicia, sua cuique culpa nocet; la culpa no debe perjudicar sino a su autor, y él está obligado a reparar el daño ocasionado a un tercero con ella, aunque no haya sido elevada por la ley a la categoría de los delitos o faltas, ni por consiguiente se halle castigada en el Código penal.* Con la alusión final alude a una singularidad española, que arranca del CP de 1822 y subsiste en el vigente, obligando al legislador civil a insertar en 1889 el artículo 1092, que remite a la legislación penal, y da origen a alguna distorsión en el régimen de las acciones civiles derivadas de un delito. Por otra parte, a partir del artículo 121 de la Ley de Expropiación forzosa de 1954, se inserta en el ordenamiento español el principio de responsabilidad

(28) *Op. cit.,* p. 214.

patrimonial de la Administración, que, junto al artículo 40 de la LRJAE de 1957, prepararon el camino al artículo 106.2 CE, que ha dado origen a un interesante debate sobre la naturaleza de esa responsabilidad, aparentemente objetiva, sobre la que el autor no se propone tratar. Aunque se incluyen *a mayor abundamiento*, en sus epígrafes finales no deja de llamar la atención sobre la convergencia europea a través de diversas Directivas en materia de responsabilidad civil bajo la óptica de la protección de los consumidores y, especialmente, del Reglamento del Parlamento y del Consejo de 11 julio 2007 (conocido como *Roma II*), promulgado para uniformar las normas sobre conflictos de leyes en el ámbito de la CE en materia de obligaciones extracontractuales, y, asimismo la función remodeladora que ejerce el seguro de responsabilidad civil.

De original enfoque es el apartado que rotula el autor *conceptuaciones articuladoras.* Entre nosotros la trayectoria histórica de la responsabilidad civil ha generado importantes referencias estructurales (así los arts. 1902, 1903, 1911 CC). Pero la jurisprudencia que los ha interpretado ha evolucionado desde una generalizada no apreciación, en el caso, de responsabilidad civil (de la que se hicieron voceros LASERNA y MONTALBÁN en 1874), en SSTS de 23 junio 1900 (daños en la ciudad de Santander por la explosión del "Cabo Machichaco"), pasando por la de 31 octubre 1931 (atropello de automóvil en que se niega responsabilidad del dueño del vehículo y de su conductor), hasta el giro copernicano que supone la de 10 julio 1943, luego reiterada en la de 11 marzo 1971, que resume la evolución jurisprudencial, mantenida sustancialmente hasta nuestros días. Con fundamento en la responsabilidad con base en la custodia de la cosa, se abre paso la idea de la responsabilidad por sectores, concluyendo que la idea de *diligencia* informa y late en todas las manifestaciones del *cuidado* exigible al hombre, de suerte que se llamará a responder a quien mejor pueda evitar el daño (29). Aparece el dinero como el medio general del resarcimiento y mensura, incluso respecto del daño moral. Aquí utiliza el autor una noción por él estudiada hace tiempo (30), analizando la idea de explotación y sus proyecciones en la responsabilidad, en particular en lo relativo a la propiedad intelectual e industrial, diferenciando acertadamente las relaciones de uso y de explotación (31). Otros rasgos informantes del moderno Derecho de daños son:

---

(29) *Op. cit.*, p. 254.

(30) LÓPEZ JACOISTE: "La idea de explotación en el Derecho civil actual", RDP. 1960, pp. 351 y ss.

(31) Acaso –en opinión del recensor– no fuera oportuno mencionar aquí a los *frutos* de las cosas, en oposición –según parece– a la noción de *explotación* (*op. cit.*, p. 259), porque la doctrina de los *frutos orgánicos* está hoy absolutamente superada, cuantitativa y cualitativamente, por los derivados de empresas y explotaciones de todo tipo; como es sabido, se trata, en terminología codicial, de los llamados *frutos industriales*, que han pasado doctrinalmente a integrarse entre los *frutos civiles.*

a) La parquedad normativa en comparación con la vastedad y frecuencia de los acontecimientos de carácter lesivo; b) La estructura abierta, cobrando especial virtualidad el artículo 3.º.1 CC, de modo que la noción de negligencia habrá de entenderse en sentido relativo, creando soluciones de justicia individualizada *ad casum*, pero sin dejar de ofrecer en su conjunto coherencia propia e incluso carácter de sistema; c) Coincidente orientación de las respuestas prácticas a través del Derecho comparado, aunque se cotejen sistemas jurídicos tan distintos como el continental europeo y el anglosajón; y d) Importancia asumida por las cuestiones de carácter metodológico.

La asombrosa tecnología contemporánea está imprimiendo a la responsabilidad civil modificaciones no solo cuantitativas, sino cualitativas. Las máquinas que hoy se diseñan encierran mecanismos capaces de actuar a manera de *órganos sensoriales,* ofrecen interpretaciones de *estímulos,* poseen *memoria, aprenden* por experiencia, llevan a cabo acciones motoras, están sujetas a conflictos, toman decisiones entre aplicaciones contradictorias, aplican registros de eventualidades pasadas y siguen reglas operativas de preferencia. Sin acercarse a la complejidad de la mente humana, y sin poder sustituirla, sirven para ilustrar e informar acerca de los más complejos procesos mentales y sociales (32). Pero estas brillantes conquistas advienen rodeadas de consecuencias imprevisibles, porque la técnica no se deja jamás dominar, ni positiva ni negativamente (SÉRIS); los beneficios se contrapesan con los peligros y se llega a un inexpresado pacto de admitir la responsabilidad por riesgo contando con el factor armonizador del seguro de daños. Se habla del protagonismo o dimensión activa de las cosas, expresado antiguamente por el principio *res ipsa loquitur* (CICERÓN); para que se aplique hace falta que la cosa peligrosa se encuentre bajo custodia del demandado y que el accidente no pueda aplicarse sino por culpa del mismo. Modernamente se habla de la *responsabilidad por riesgo.*

El ámbito jurídico extracontractual, precisamente por encontrarse libre de apriorismos ya delimitados, propende a singularizarse en una lingüística orientada a buscar referencias existenciales, que sirvan de base a la argumentación y al razonamiento (JASPERS habló de *situaciones comunicativas).* La más relevante, probablemente, es la que emanó de la *Cibernética*, creada por WIENER, que estudiaba el envío de mensajes que determinan el comportamiento del receptor. En ese derrotero vino a encontrar base y protagonismo eminente la importancia de la Informática, que comprende las técnicas y actividades referentes al tratamiento lógico y automático de la información basada en la intercomunicación de *ordenadores,* que reciben, almacenan, combinan y comunican mensajes integrados por dígitos binarios (33). Exponente relevante del sistema ha sido la *Ley Modelo de Uncitral*

(32) *Op. cit.*, p. 269.
(33) *Op. cit.*, p. 275.

sobre el comercio electrónico, adoptada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1996. Menciona el autor excelentes tratamientos doctrinales sobre contratación electrónica, la Sociedad de la Información y las correspondientes responsabilidades (34). Finaliza el apartado con una referencia a la legitimación colectiva y a los *intereses difusos,* con especial mención de las disposiciones contenidas en la nueva LEC 2000, de tan singular importancia práctica (35).

8. *La dinámica de la universalización*. Bajo esta idea inspiradora el autor concluye su aproximación histórica a la responsabilidad civil extracontractual con otro apartado en el que resulta difícil qué admirar más, si su dominio sobre gran variedad de materias, algunas veces alejadas de su profesión civilista y notarial, o su redoblado esfuerzo por mostrar las estrechas relaciones que mantienen con la responsabilidad civil. Afirma, de entrada, que hay una metodología cohesiva de conceptos y presupuestos propia de la globalización, proyectada hacia campos tales como la ponderación de los derechos fundamentales, la estructura del tráfico mercantil que enlaza al consumidor con el acaso muy alejado fabricante, y determinadas ramas con pretensiones de autonomía (publicidad, competencia desleal, propiedad intelectual e industrial) que, no obstante, buscan coherencia. A su juicio, el curso histórico de la responsabilidad civil implica un menester constructivo, que puede resultar ineludible para suplir cierto vacío que puede haber en la mundialización (Marie-Anne FRISSON-ROCHE). Así, subraya el autor (36), la *ponderación* en la prevalencia entre los varios derechos fundamentales cuando concurren en calidad de víctimas de la lesión; la *congruencia* de cursos causales –inicial y final–, eliminando el intermedio; y la *delineación* de áreas con denominaciones propias. Se trata de una metodología que busca implicar datos y presupuestos y explora su recíproca articulación en un contexto que obtenga una óptima conexión. La consolidación de la responsabilidad civil, precisamente en calidad de principio hace operativa a la *vis atractiva*, que el mismo despliega; como propugnó ESSER para las metodologías luego consolidadas (pre-comprensión para acoplar adecuadamente).

Los derechos de la personalidad, sobre todo cuando se han convertido en derechos fundamentales, han insertado en la responsabilidad civil nuevos campos vertebradores, originando conflictos que tantas veces han de resol-

(34) Véanse notas 86, 87 y 88, *op. cit.,* p. 275.

(35) Un caso interesante de estimación de la validez de representación de los intereses difusos se encuentra en la STS de 15 julio 2010 (Pte. XIOL RÍOS), en donde se estima la responsabilidad contractual del concesionario de la autopista A-1 por la gran nevada caída durante los días 27 y 28 febrero 2004 en los PK 68 a 74, causante de enormes atascos y paralización total del tráfico (pendiente de publicar su extracto y nota en la sec. "Jurisprudencia" de ADC).

(36) *Op. cit.,* p. 282.

ver, entre nosotros, el TS e, incluso, el TC (por ej., entre el derecho a la información y a la libre opinión, con el derecho a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen), propugnándose aplicar el criterio de optimización. Se cita el artículo 9.3 de la Ley de 1982, según el cual se presume existencia de perjuicios cuando se acredita intromisión ilegítima, pues se aprecia una implicación respectiva entre intromisión, desvelación o menosprecio y el efectivo acto lesivo; las palabras o injerencias inciden en la esfera o conceptuación ajena, y son precisamente su daño; son referencias afrentosas que no ostentan, en rigor, un significado separado de la conducta cuestionada, al ser constitutivas y consistir en la expoliación misma. El impulso que opera hacia la universalización, y hacia la conjunción crítica en los derechos fundamentales y de la personalidad emana de ser inherentes los mismos a la condición de la persona o de ciudadano, encerrando sentido de principios generales de Derecho, cuya cualidad les imparte virtud expansiva y dinamismo universalizador. Con el mismo espíritu recuerda también que profesores tan prestigiosos como LANDO, BEALE y GANDOLFI, están de acuerdo en que la búsqueda y exposición de principios comunes al Derecho de obligaciones y de daños suponen un factor relevante en la tendencia hacia la universalización (37).

En las páginas 288 a 308 el autor ha tejido un denso y bien trabado tratamiento de la protección de los consumidores y, en particular, de los productos defectuosos, en cuyo detalle no parece oportuno detenerse ahora. Solo cabría decir que en España arranca, como se sabe, del artículo 51 CE de 1978 y, a partir de nuestro ingreso en la UE y de la aplicación de la legislación europea, anterior y posterior a aquella fecha (38), esperándose para fecha próxima alguna forma de codificación de la compleja normativa comunitaria al efecto. La estructura del consumo, observa el autor, redunda en la diversificación entre los operadores del tráfico. Empresarios y profesionales –diferentes por su función y estructura– establecen su común contraposición respecto de la posición de los consumidores. La protección dispensada a estos obedece, en principio, a su pasividad receptora frente a la actividad y protagonismo de especialización y actitud dinámica en materia de productos y servicios que corresponde a profesionales y empresarios. El consumo desplegaba también una consideración implícita asimilada a las necesidades del común planteamiento vital, del gasto ordinario de subsistencia por parte de personas y familiares. El deber legal de alimentos no era del todo extraña a una difusa, pero operativa, consciencia de la ineludible onerosidad inherente al coste ordinario del vivir humano. Y la dignidad

(37) *Op. cit.*, p. 288 y nota 18.

(38) Cfr. un planteamiento general en GARCÍA CANTERO, adición a la 17.ª ed. de CASTÁN, cit., pp. 549 y ss. Com. de CÁMARA LAFUENTE al artículo 1.º del TRLGDCU 2007, en *Comentarios* (dirigidos por él mismo), (Madrid, 2011), pp. 77 y ss.

de la persona no puede menos de incluir una cierta dimensión de atención en tal sentido. También se declara constitucionalmente que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. En la Comunidad Europea la protección de los consumidores se centró inicialmente en torno a cinco vertientes fundamentales: salud y seguridad, intereses económicos, la reparación de daños, mejora de la información y educación, así como la representación y participación en las decisiones que les afecten (39). Actualmente el consumo es componente máximo de universalización del orden económico y de configuraciones jurídicas. El consumo se expande y se homogeneiza, y por su universalización y su interrelación multiplica analogías y generaliza vigencias. Así, se subraya el influjo que supuso el *Uniform Commercial Code* de USA, y la presencia universalizadora de la nueva *lex mercatoria,* cuya función se revela en superar la discontinuidad de los mercados y de las reglas mercantiles.

En la concreta vertiente de la responsabilidad por daños se plantea la temática de la especificidad de las relaciones de consumo en cuanto incorporadas al contexto del tráfico, en el que, de manera relevante, se hacen ostensibles los eventuales defectos de fabricación, de diseño o de instrucciones para el buen uso de los artículos o mercaderías. Puede decirse que en las responsabilidades de consumo la lesión jurídica no está adscrita unívocamente a una determinada conducta o relación, sino a una cosa. El primer contratante con el productor habrá sido un eslabón inicial de la cadena de circulación del producto; pero ya en el tráfico, la cosa defectuosa *habla por sí* lesivamente; hace patente una negligencia, operante en el producto, como ocasionadora del daño resarcible, y así se legitima al consumidor para reclamar directamente del fabricante su reparación. El autor sigue puntualmente la evolución legislativa en Derecho español y europeo, siendo quizá lo menos difundido en España la experiencia americana, que el autor expone minuciosamente, partiendo de un tratamiento contractual, manteniéndose en términos alegóricos un prolongado asedio a la *ciudadela del contrato* (cfr. PROSSER, *The Assault upon the Citadel*), hasta que, producida la capitulación, se fueron pronunciando una serie de sentencias que condujeron a la aplicación a la empresa productora del bien causante del daño, de la *strict liabilty of Torts*, que ha sido ampliamente recibida, con algunas matizaciones, por la legislación europea y española [últimamente recogida en los arts. 128 y sgtes. del TRLGDCU, aprobado por RDL 1/2007, de 16 noviembre (40)]. En

(39) Véase mi comentario, en *Comentarios* de CÁMARA LAFUENTE cit., al artículo 2 del TRLGDCU, pp. 203 y ss.

(40) V. amplio comentario de AZPARREN LUCAS en *Comentarios* (dir. por CÁMARA LAFUENTE), *op. cit.*, pp. 1153 y ss.

fin, la consolidación cohesiva de áreas jurídicas tan propias como son las que genera la publicidad y la competencia comercial supone una interrelación constructiva que ha tomado cuerpo propio y de gran significado hacia el futuro. No obstante, se ha de insistir en que si se profundiza en la razón jurídica articulada que las informa, ha de reconocerse la presencia determinante del principio general de responsabilidad civil (41). La *publicidad* aporta a la CE ocasiones e hipótesis de penetrante matiz. El consumo se encuentra en estrecha dependencia de la publicidad. La publicidad comercial supone un conjunto de técnicas de expresión que tienen por objeto inducir a adquirir un bien o a recurrir a un servicio. No hay publicidad comercial sino allí donde la oferta sea superior a la demanda. Su objetivo es ganar una parte del mercado, y, a tal efecto, vivimos una etapa de máxima especialización en técnicas publicitarias. Los medios de comunicación social constituyen el cauce común de propaganda, y el mundo de la imagen ha añadido nuevos recursos a la incitación adquisitiva. La publicidad es, además, un medio de crear necesidades nuevas. A nadie extraña que actualmente responda a criterios sustentados en profundos estudios y en investigaciones minuciosas acerca de la marcha del tráfico, de los recursos y preferencias de los usuarios, incluso de su psicología, o por colisión de intereses o de competencia; incluso por la modulación que la normatividad europea e internacional puede ocasionar sobre la regulación nacional. La publicidad es un espejo de la sociedad; espejo –se ha dicho– acaso deformante, por lo que se precisa alertar a los consumidores, que pueden ser tomados como *blanco* de un sistema de comunicación comercial que funciona en dirección única (LEDUC). De ahí que su actividad requiera ordenación específica en defensa de la correcta competencia; se trata de evitar que la publicidad se aproveche de la necesidad de información que siente el consumidor en el mercado y le proporcione datos falsos o irrelevantes para su elección; la publicidad insincera es desleal; pero hay una amplia zona de actividad de *marketing,* consistente en llamar la atención del consumidor con reclamos que no pertenecen al producto; la deslealtad de muchas de estas prácticas proviene de separar la elección del consumidor de los criterios de la eficacia –básicamente, calidad y precio– y de referirla a aspectos irrelevantes. Con invocación de la Ley 34/1988, de 11 noviembre, Ley general de Publicidad, dictada en aplicación de la Directiva 84/450 de la CEE, afirma el autor que *la protección del consumidor que contrata bajo la influencia de la publicidad engañosa puede traer a las acciones de responsabilidad mucha sutileza* (42). La responsabilidad por la publicidad no se construye sobre el presupuesto de la culpa, sino de la llamada responsabilidad objetiva del artículo 8.º LGP y STS de 30 mayo 1992. En España la *competencia comercial* ha sido regulada

(41) LÓPEZ JACOISTE, *op. cit.*, pp. 308 y ss.
(42) *Op. cit.*, p. 310.

por Ley 16/1989, Ley 3/1991 y Ley 15/2007. El artículo 5.º Ley 1991 introduce la cláusula general: *Se reputa desleal todo comportamiento que resulte contrario a la buena fe.* Aunque hay una cercanía sustancial entre la defensa institucional de la competencia, o *antitrust,* y la lucha contra la competencia desleal, se sugiere la aplicación más usual a las grandes empresas de la primera, y a las medianas y pequeñas la segunda (así CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ), y también pasar de un Derecho de conflictos a un Derecho de ordenación (MENÉNDEZ MENÉNDEZ). En todo caso, la temática en torno a la materia adviene variada y expansiva (43). La competencia desleal podrá invocarse verosímilmente frente a las *vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial*, toda vez que el menoscabo a la explotación de creaciones hará patente una deslealtad. Pero en relación con aquella se hace sobremanera patente y operativo el contexto informático y de Internet, como campo de contraste y reclamación por infracción de los derechos de propiedad intelectual e industrial en el curso ordinario de las correspondientes actividades de explotación. Aquí la función de las *Entidades de gestión colectiva de los derechos de autor*, tan presentes últimamente en nuestros medios por razones en las que aquí no cabe profundizar.

Las páginas dedicadas a Internet como instrumento de universalización resultan enormemente sugerentes, de preferente finalidad informativa o descriptiva, aunque abiertas a gran número de interrogantes que -cabe esperar- en el inmediato próximo futuro se desvelen (44). Como se sabe, su origen está, hacia 1960, en el *Advanced Research Projet Agency* que perseguía, con finalidad militar, implantar una red informática tan tupida que, aunque fallara alguna de las rutas integradas, por las restantes pudieran llegar con seguridad a su término los datos e informaciones a transmitir. Pronto recibió aplicaciones en finalidades universitarias, tecnológicas y de servicio social, formulándose un protocolo o lenguaje de comunicación, *Transmission Control Protocol.* Así, Internet o red de ordenadores puestos en intercomunicación eficiente, pone en inmediatez informativa, a datos, informaciones y referencias de la más remota ubicación. La *World Wide Web,* gran tela de araña comunicativa creada en Suiza por el CERN, al servicio de la investigación científica, consiste en un plexo de páginas sin limitación, conectadas electrónicamente, de forma que desde cada una se accede a la otra. Así Internet ha venido a ser el factor más eficiente al servicio de la universalización propia del mundo relacional del presente. En su decurso histórico se han distinguido dos etapas, una de establecimiento (1960-1990), y otra de consolidación (a partir de la última fecha) cuando nace la *Sociedad de la Información* o *Sociedad global.* La hora de la *globalización* conlleva la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse con dimensión

(43) *Op. cit.*, p. 313.
(44) *Op. cit.*, pp. 315-323.

mundial mediante la instrumentalización de Internet. Hacia 1992 nacen las *autopistas de información*, que crean *un reseau sans coeur ni maître* (CHEVALIER), una estructura comunicativa sobremanera atípica, que tiende a emanciparse de localizaciones adscritas a una ley o de ámbitos determinados. Por otro lado, la riqueza combinatoria se erige en estructura mundial que evoluciona en planteamientos hacia la totalidad. ¿*Quid* de la aplicación del principio de responsabilidad? Una respuesta europea está representada por la Directiva 2000/31/CE, de 8 junio, incorporada a nuestro ordenamiento por Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, modificada en cuanto a la firma electrónica por Ley 59/2003, de 19 diciembre. Uno de los problemas de Internet es la identidad de los sujetos, que obliga a fijar criterios sobre las autorías operantes en la red. Así se diferencia entre proveedores o prestadores de contenidos y meros prestadores de servicios de intermediación. El autor cita alguna madrugadora jurisprudencia española de instancia. Las cuestiones posesorias de máquinas e instrumentos insertan aquí componentes añadidos a las estimaciones jurídicas referentes al flujo electrónico en su dinámica técnica y funcional. Los *nombres de dominio* (que inicialmente correspondió a la *Internet Assigned Numbers Authority*, o IANA, entidad informal y presumiblemente no oficial) se regulan ahora por el Reglamento CE/874/2004, de la Comisión, de 28 abril, que ha venido a establecer normas de aplicación así como principios en materia de registro. El autor afirma que seguramente las cuestiones más planteadas y controvertidas en torno a Internet afectan a la propiedad intelectual, ya que la expansión de aquel ha supuesto multiplicada ocasión de vulneraciones de los derechos de autor. En este punto se muestra más bien pesimista, pese a solemnes declaraciones en su respeto (45).

9. *La persona en el centro del sistema de la responsabilidad civil. La dignidad de la persona.* Partiendo de la filosofía personalista que inspira al autor, no sorprende que la tercera parte sea la más extensa del volumen (46) (y que en ella se cite la jurisprudencia con más frecuencia que en otras y que sean más numerosas también las referencias doctrinales invocadas). Por otra parte, en la introducción se han avanzado ya algunas ideas fundamentales relacionadas con el significado jurídico de la persona y su responsabilidad. Aquí se destaca que la dignidad humana configura a la persona y a su mundo relacional mediante incesante proyección de exigencias connaturales, de reconocimientos y garantías, y de respetos cuya vulneración genera responsabilidad (47). Así lo formulan el artículo 10 CE y el artículo 1.º

(45) *Op. cit.*, pp. 321-323. Véanse también ulteriormente, pp. 677-688.
(46) *Op. cit.*, pp. 327-515.
(47) *Op. cit.*, p. 329.

de la Carta europea de Derechos fundamentales de 7 diciembre 2000. La persona humana es el culmen de la centralidad jurídica, la cual ha de conferir sentido a sus desenvolvimientos; por lo mismo, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales de Derecho (STC de 18 junio 1991). El respeto a la dignidad de la persona es inherente a su naturaleza racional, a su ser espiritual, libre e infungible, portador de fines en sí misma, que excluye toda supeditación a instrumentalidades de cualquier índole. La dignidad de la persona sustenta al orden jurídico y, a la recíproca, el orden jurídico reafirma a la dignidad de la persona. Esta infunde a la responsabilidad civil sentido fundamentador de vigencias concretas y de aplicaciones prácticas; proyecta asimismo interpretación de principios, de ordenamientos y de las vertebraciones normativas en su conjunto. Dicho influjo se explicita a través de tres proyecciones de la dignidad de la persona: integradora, universalizadora e instauradora. La primera opera al acercar los diversos sistemas comparativos en materia de responsabilidad civil; la universalizadora se actúa a través de los derechos de la personalidad y fundamentales en un sistema abierto; la tercera radica en que la responsabilidad civil lleva implícita la idea de diligencia, de carácter metafísico, pues supone esencial y existencial radicación en la ontología de la persona, que vive de consonancias profundas con la dignidad humana.

La dignidad de la persona se hace presente en todos los desenvolvimientos inherentes al libre desarrollo de aquella; de sobremanera relevante es su identidad, pues el nombre es cuestión atinente al estado civil, con eficacia *erga omnes*. La dignidad de la persona implica y supone libertad personal; sin el presupuesto de libertad, no tendría sentido el Derecho. Según HARTMANN, lo que más testifica que ha operado la libertad es la *conciencia de culpa*, en la cual se revela el fondo mismo de la responsabilidad. Por otro lado, la vida humana y el derecho a la vida son presupuesto de todos los desenvolvimientos de la persona; así, la vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción hasta su término natural. La dignidad de la persona abarca e incluye la dignidad del cuerpo, especialmente frente a las nuevas situaciones que los avances biológicos y genéticos nos ofrecen.

Mediante el sentido de responsabilidad, que es informante del modo de ser, la persona será más persona, y habrá reafirmado su dignidad. El referente inspirador es el hombre como tal, su dignidad y su mundo. El requerimiento *a responder*, en el cual se cifra la responsabilidad, se dirige al hombre y le pide que dé razón de sus actos, de su modo de proceder, y de las relaciones que le surgen respecto con otros hombres.

10. *Sobre los derechos de la personalidad y fundamentales.* Afirma el autor (48) que, al recalcar la filosofía y el pensamiento jurídico, la dignidad

(48) *Op. cit.*, p. 339.

de la persona y el respeto debido a sus proyecciones, los derechos de la personalidad y fundamentales infunden influjo especialmente configurador sobre el curso de la responsabilidad civil. Es verdad que los derechos de la personalidad, a diferencia de otros códigos, no se regulan explícitamente en nuestro CC, pero la mera mención del artículo 162 CC basta para subrayar la radicación de la materia en el campo civil, ampliamente expresada por la naturaleza de los mismos y sancionada por la jurisprudencia. Lejos de ofrecerse encasillada en un molde clauso, la categoría se acoge con el esencial dinamismo que le es propio. Porque la persona, al par que mantiene su identidad, se trasciende de continuo a sí misma y se está realizando siempre. Lo cual condiciona un Derecho de daños que precisa ser elástico, a fin de proveer a hipótesis atípicas y eventos sobremanera proteicos y novedosos. Baste citar el ejemplo de las reclamaciones por razón de daños inmateriales a la persona y ataques al derecho de la personalidad (49). Por otro lado se registra, en esta problemática, un notable desplazamiento de la vía penal a favor de las reclamaciones civiles. Los Códigos penales sustentan la defensa de los derechos de la personalidad en previsiones ceñidas en supuestos graves y del todo acuñados. Y dada la función a que obedecen no podía ser de otra forma. En cambio, la *atipicidad* que impera en orden al resarcimiento civil acoge toda hipótesis consumada de lesión injusta, por muy insólita e inverosímil que previamente hubiera podido resultar. La generalizada tasación en numerario de los daños, por paradójica que pueda resultar, quizá se deba, apunta el autor (50), a que el dinero en las sociedades contemporáneas ha venido a ser la unidad convencional de cuenta; unidad abstracta, como un lenguaje, generalizable frente a todos. Entre nosotros las tensiones y expectativas sobre los derechos de la personalidad y fundamentales se manifiestan con renovada pujanza en las tareas interpretativas, las cuales propenden a crecientes correlaciones y ensamblajes entre diferentes textos legales, precedentes jurisprudenciales y aportaciones jurisprudenciales, cabiendo hablar de un régimen único, para una materia unitaria, al margen

(49) Brillante descripción del autor en *op. cit.*, p. 340: "El fenómeno se manifiesta entre nosotros en sentencias que incluso en primera instancia obtienen eco y resonancia de calidad noticiable. Suelen estar en litigio frecuentemente elevadas sumas por atentados al honor, la intimidad, la imagen o la conceptuación de profesionales, artistas o, en general, de personas con un perfil humano definido mediante una notoriedad social previa. La ocasión encuéntrase a veces en los medios de comunicación social e información. Eventualmente puede intervenir un sensacionalismo sobre el que pende la suspicacia de sustentar lucros, en cuyo planteamiento las indemnizaciones cumplen desde luego cometido de resarcimiento, pero también, en parte, de ejemplariedad disuasoria de cara al futuro, de suerte que a la función de reparar, inherente a la responsabilidad civil, se agrega la función preventiva que asimismo le es propia, conforme a ponderada doctrina".

(50) *Op. cit.*, p. 342.

de la sede en donde figuren las crecientes previsiones ordenadoras (51). Bajo la posible diversidad normativa subyace la fluencia de un espíritu unitario y común; es la dignidad de la persona que, en variadas e insospechadas maneras de hacerse patente, rebrota vivaz y postula en cada circunstancia el pertinente respeto y el reconocimiento jurídico de la integridad moral que le es propia. Últimamente, los derechos de la personalidad y fundamentales traen de continuo al curso de la responsabilidad civil nuevos desenvolvimientos, nuevas concreciones y perspectivas. La dignidad de la persona puede hacer patentes razones acaso inusuales, o que quizá no habían encontrado ocasión oportuna de puntualización, y esto ocurre porque el mundo de la persona nunca queda cerrado. Sin perjuicio de la persistencia de daños técnicos y tecnológicos (desde la electrónica y los superconductores, al sistema de ondas y enlaces vía satélite), estima el autor (52) más desconcertante y singular, y, sin duda, más peculiar e irrepetible, el hecho de que los menoscabos inferidos a la personalidad humana se encuentran en la avanzada del daño inmaterial y en la reparación de daños y perjuicios; el mundo de la persona es insondable y múltiple, y aunque se han de excluir los llamados daños punitivos (STS de 12 enero 2009), acrece en su función social la presencia informante de los derechos de la personalidad. Las sumas dinerarias impuestas en calidad satisfactoria de agravios advienen instrumentos de ordenación colectiva, razón estimulante y aleccionadora para que cada uno esté en su lugar y mantenga los derechos debidos a los demás en su recíproca calidad de persona. La responsabilidad civil alcanza así renovada presencia y una función social antes bastante menos significativa. Con razón ha podido insinuarse el tránsito hacia un nuevo conceptualismo operante en el Derecho civil de los daños (WHITE). Honor, intimidad e imagen son proyecciones jurídicas defensivas que han de conjugarse con la protección de la plenitud personal. Confluyen, de una u otra forma, en la avanzada de su defensa, y no siempre llegan las tres al vértice de efectividad. El método operante en los derechos de la personalidad conduce a enlazar, integrar y suplir unas con otras las formulaciones estereotipadas y a reconocer, más allá de todas ellas, el genérico derecho a que las prerrogativas de la dimensión relacional de la persona encuentren siempre adecuado reconocimiento. Los derechos de la personalidad, a efectos descriptivos, de nominación práctica e incluso de regulación particular, habrán de enunciarse y clasificarse, pero, en todo caso, ponen en ejercicio la plenaria unidad de la que emanan y a la que expresan y afirman. Al prohibir o rechazar una determinada *intromisión ilícita* la Ley de 1982, por conculcar un aspecto de la esfera de dignidad humana, lo que se protege es la subjetividad en sí, y no una dimensión escindida de la misma dotada de realidad independiente,

(51) *Op. cit.*, p. 345.
(52) *Op. cit.*, p. 347.

con entidad *a se*. Por ello el autor se afilia a una concepción monista (HUBMANN, WESTERMANN, GIAMPICCOLO) frente a la pluralista (LARENZ, DE CUPIS).

11. *Construcción doctrinal de los derechos de la personalidad.* Sobre la construcción doctrinal de los derechos de la personalidad, dice, en apretada síntesis (53), que ha oscilado entre tres tesis explicativas de su carácter. Una se orienta hacia la consideración de un derecho general de la personalidad (Otto VON GIERKE, renacida después de la Ley Fundamental de Bonn, con adicional apoyo en el § 823 BGB). Otra, hacia su encuadramiento como auténticos y diferenciados derechos subjetivos (de origen renacentista, y defendido por STYCK, en su obra *De iure hominis in se ipsum,* 1675). La tercera (sostenida entre nosotros por DE CASTRO, 1959), prefiere hablar de bienes de la personalidad. Opina el autor que las tres tesis explicativas captan aspectos en los que los derechos de la personalidad evidencian concomitancias e indudables coincidencias con tales modos de ver. Opina, sin embargo, que tales asimilaciones no pueden ser completas, ni mucho menos que respondan siempre a la estructura y función de los derechos de que se trata. Propugna una nueva metodología que se libere de cualquier apriorismo, actitud excluyente, o cerradamente sistemática. La prioridad de la persona opera una reconducción de la lingüística del *tener* a la ontología del *ser* (54), porque no cuenta con un objeto jurídico escindido del sujeto. La posición jurídica de la persona ofrece al mismo tiempo carácter subjetivo y objetivo, por lo cual LÓPEZ JACOISTE propugna una concepción realista de los derechos de la personalidad (55). Lo mismo al velar por la integridad física y la vida que al propugnar la defensa del honor, de la intimidad y la propia imagen, o al mantener la identificación mediante el derecho al nombre, o cuando se busca reafirmar la propia libertad, o en las restantes hipótesis de ejercicio de derechos de esta índole, lo que se recaba, en definitiva, es la plenitud de ser, de dignidad. En síntesis, el reconocimiento social y jurídico del respeto y prerrogativas que en plexo unitario corresponden a la persona. Los derechos de la personalidad implican así reafirmación de la dignidad de la persona; y cualquiera que sea el sector que haya sufrido la lesión o el *nomen* peculiar con que, en concreto, se les invoque, la puesta en ejercicio de la plenaria unidad inherente a la posición jurídica reconocida a la persona. Lo que con frase lapidaria enuncia el autor: *radicación unitaria e implantación por áreas* (56). De ello deduce que la defensa de la plenitud de respeto a la persona desvela una estrategia de planteamiento integrador y constructivo. Planteamiento constructivo porque se ha de atender, en cuanto lesio-

(53) *Op. cit.*, p. 358.
(54) *Op. cit.*, p. 361.
(55) *Op. cit.*, p. 364.
(56) *Op. cit.*, p. 365.

nables, a diversas áreas y a integrarlas con relieve en aquella plenitud; son áreas que la experiencia señaló o señala como más propicias a sufrir lesión, o como de alcance más controvertido y polémico. En nuestra vida social, informada por la técnica moderna, los riesgos asumen marcada especialización; de la misma manera que las conquistas son resultado de crecientes especializaciones de saberes, investigaciones, métodos y mecanismos, su vertiente de daño obra igualmente con proyección especializada. De ahí que los derechos de la personalidad den lugar a una implantación por áreas. Las enunciaciones del contenido y alcance de estos derechos se nos presentan como *loci argumentorum* en orden a perfilar y defender la posición jurídica correspondiente a la persona. De ahí que tenga tan significativo valor la idea de *intromisión* (ampliamente desarrollada en pp. 370-376), que en sí misma es una idea tópica, pues hace referencia a unos confines que pueden resultar traspasados. Expresa la acción de introducirse, sin derecho, en el espacio o ámbito de la esfera jurídica ajena. En el Derecho de daños supone injerencia moral en la esfera moral de otro, como incursión lesiva en una integridad espiritual y de dignidad que se debe respetar. Referida inicialmente al intrusismo profesional, encontró un valor peculiar en materia de derechos fundamentales y de la personalidad (art. 7.º Ley 1982). La intromisión ilegítima arguye una extralimitación abusiva del demandado, que implica referencia al contorno de plenitud del perjudicado, que tiene, por una parte, proyección objetiva al fijarse por leyes y usos sociales, y, por otra, subjetiva, del ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o para su familia. Recuerda el autor el precedente que supuso la reforma del artículo 7.2 CC y su interpretación jurisprudencial, así como en el ámbito procedimental la Ley de 26 diciembre 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Además de la acción dirigida al resarcimiento, se otorga la acción dirigida eventualmente a impedir nuevas perturbaciones y despojos, así como a prevenir ulteriores intromisiones. A ello se une la orientación hacia la responsabilidad objetiva y la presunción de daños. En cuanto a la cuantificación del daño por intromisión ilegítima, observa López Jacoiste que escapa, no solo a toda previsión legal, sino a cualquier anquilosamiento sobre bases prefijadas (57). Los derechos de la personalidad y la gama de derechos fundamentales se requieren mutuamente. Los primeros aportan radicación en lo humano y requerimiento social; proporcionan la materia, el contenido sustancial, la realidad experimentada. Los segundos traen y acuñan el formalismo, el nivel proclamatorio, revisten de potestad. Las Constituciones incluyen enunciaciones de derechos fundamentales o de libertades públicas que son trasunto de otros tantos derechos de la personalidad. De ahí que, aun asumidos como derechos fundamentales, los derechos de la personalidad estén llamados a permanecer

(57) *Op. cit.*, p. 380.

en continua dialéctica argumental, concerniente al contenido, al alcance de su respectiva área y a las restricciones o ampliaciones de la misma. Su desarrollo requiere fórmulas abiertas, e incluso cabría decir que, por ese camino, varía con el tiempo y se perfila el significado mismo y aun la lista efectiva de los derechos fundamentales (SCHWARTZ).

12. *Proyecciones jurisprudenciales de la dignidad personal: Experiencias comparativas y españolas.* Si anteriormente resalté la tercera Parte como eje vertebral de la obra, dentro de ella hay que destacar, precisamente, su tercer apartado, no diré que el más trabajado por su autor pero sí el que realiza, en cierto modo, con la mayor meticulosidad y finura jurídica posibles (son 85 pp., con 268 notas a pie de página, densas en doctrina y jurisprudencia, norteamericana y española), practicando un fructífero ejercicio comparativo en el que también se consideran, en menor medida, otros países de nuestro entorno. Observa que los daños a la esfera del ser de la persona en su dimensión social han dibujado un área propia solo a lo largo de la pasada centuria, sobre todo a partir de 1945, cuando en USA, William L. PROSSER comienza a diseñar el *Right to Privacy* (58). Anteriormente WARREN y BRANDEIS habían sugerido las respuestas que el Derecho de daños podía proporcionar frente a las informaciones atentatorias a la vida privada que empezaban entonces a menudear y despertaban generalizada inquietud. Pero hasta PROSSER el daño a la *privacy* ofrecía carácter misceláneo y residual, sustentado ocasionalmente en razones emocionales. A través de las sucesivas ediciones de su *Law of Torts,* culminada en la de 1971, se finaliza aquella hasta considerarla base independiente de la responsabilidad civil. Sin ánimo de exhaustividad, diferencia cuatro grupos de lesiones a la *privacy*: a) Toda intrusión o entrometimiento en el confín de intimidad o aislamiento personal, en sus pertenencias, enseres, documentos, vivienda, oficina, conversaciones y comunicaciones; b) Divulgación de datos o hechos privados cuya publicidad repugna al sentido común o al sentido humano, o tan retrospectivos que yacen en un olvido que no se tiene derecho a replantear en desdoro de quien retornó a una estable línea de conducta, así como desvelar particularidades ajenas que por su índole no conciernen al interés público aunque pueden ofrecer matiz de intriga propicia a la curiosidad; c) Desfigurar o mixtificar las circunstancias significativas de la propia identidad, sus dotes, rasgos característicos de orden psicológico, del modo de vida y antecedentes biográficos, de la producción intelectual o de la actividad profesional y económica en menoscabo del prestigio o fama; d) en fin, explotar en beneficio propio datos personales ajenos, como su nombre, su efigie, sus prestigios o sus prerrogativas. Estas listas nunca son cerradas y aunque sean de gran utilidad, no han de considerarse agotadoras de las posibles hipótesis.

(58) Lo desarrolla ampliamente en *op. cit.*, pp. 396 y ss.

De modo paralelo, en nuestro sistema, la intimidad, el honor y la propia imagen han de considerarse como manifestaciones de la protección reconocida a la dignidad de la persona. En este punto el autor destaca la dificultad del tecnicismo inherente a la elaboración de textos legales en la materia, que contrasta con la particularidad de aplicaciones ofrecida por la jurisprudencia comparada; acontece así que la resolución de casos concretos se presta a captar el sentido humanal mucho mejor que en leyes o reglas abstractas. A continuación, con base en los preceptos de la Ley de 1982, LÓPEZ JACOISTE (59) analiza ampliamente preceptos normativos y modelos analógicos, así: La importante diferenciación entre los personajes públicos y las personas particulares; La intimidad en cuanto fondo privativo de identidad y libertad; La inviolabilidad del domicilio como sede vital; La garantía documental (correspondencia) y de comunicación por cualquier medio; La protección de datos personales como derecho fundamental (*Habeas data*), aportando el recensor en este punto el increíble suceso ocurrido hace poco en Zaragoza (hecho ¿más bien esporádico?, o, por contra, ¿reiterado en otras localidades?) de aparecer en contenedores de basura datos personales que debían constar y custodiarse en oficinas públicas.

Tratamiento especial merece la colisión del honor con la libertad informativa, trayendo a colación dos tratamientos jurisprudenciales algo diferentes, el del TC suizo, que trata de beneficiar a la prensa que actúa de buena fe, y el del TS norteamericano, que en el decenio 1964-1974 ha tenido ocasión de pronunciarse de modo no coincidente en el caso *New York Times vs. Sullivan*, de 1964 (relativo a la noticia de la actuación de la policía de Alabama reprimiendo las protestas de estudiantes partidarios de Martin Luther King), levantando la condena a multa de medio millón de dólares impuesta al periódico, por no demostrarse el dolo del *public official* interviniente. Y, a su vez, en el caso *Gertz vs. Robert Welch Inc,* de 1974 (relativo al abogado que planteó la reclamación civil de daños planteada por la familia de un joven muerto en una confrontación con un policía, después de recaída sentencia penal condenatoria de este), en el que se condenó a la revista que había difamado al abogado acusándole de haber maquinado la condena del policía. Se matizó la anterior doctrina estableciendo que las personas particulares deben recibir mayor protección que las públicas en esta clase de acciones, extendiendo aquella a la actuación meramente culposa del medio informativo. Concluye el autor el detallado análisis de nuestra jurisprudencia constitucional recaída en casos similares, afirmando que las orientaciones jurisprudenciales suiza y norteamericana constituyen referencias de notable interés a la hora de centrar el sentido de la cuestión en España. También se suscita en la práctica y se refleja en la jurisprudencia el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Acaso pudiera decirse que, con

(59) *Op. cit.*, pp. 398-438.

un cierto paralelismo respecto de la experiencia suiza, los recursos de amparo ante el TC interpuestos y resueltos frente a condenas de orden penal, ostentan un predominante matiz formal y típico; mientras que al impugnarse sentencias de los Tribunales civiles, centradas en reparaciones dinerarias, se aprecia, al modo norteamericano, un más pragmático punto de vista a la hora de mensurar la oportunidad y adecuación de las cuantías indemnizatorias (60). En la jurisprudencia norteamericana se invoca la *preferred position* para hacer prevalecer libertades constitucionales que se estiman condición indispensable de una sociedad abierta. Es una preferencia que alcanza rango de nivel constitucional delineado doctrinal y jurisprudencialmente. No así en nuestro sistema, donde es pauta *ponderativa* o interpretativa; cuenta como línea consolidada, pero sin vincular con una normatividad propiamente tal; descansa en razonabilidad y en su persuasión argumental, revestida de autoridad por la jurisprudencia. Peculiaridad argumental ofrece el supuesto de haberse producido la intromisión ilegítima en el honor a través de una página *web*, dado que la Ley de 2002 proclama la obligación de eliminar todo contenido ilícito o atentatorio al honor de determinada persona, pudiendo eludir tal responsabilidad evitando contribuir a su difusión o que esta se prolongue en el tiempo.

Aunque su tratamiento es más breve, no dejan de leerse con interés las páginas dedicadas al derecho fundamental a la propia imagen, a la fotografía y a la proyección jurisprudencial del retrato. Los derechos de la personalidad pretérita, que hace medio siglo reclamara LACRUZ BERDEJO, merecen igualmente la atención del autor. Así, dice que el respeto a la memoria de los antepasados y la mantenida presencia de sus logros y empresas pertenece a la más depurada tradición jurídica europea. Es elemento de continuidad cultural y suscita selección y vivencia de calidades históricas. Constituye apoyo, impulso e incitación para nuevas metas de superación colectiva, familiar y personal (61). Se adhiere así a la propuesta de ALBALADEJO de reconocer la figura del *curator memoriae defuncti* con especial incumbencia respecto del buen nombre, el honor, la intimidad y la imagen (62). Sugestivo resulta el apartado dedicado a la profesionalidad (con referencia, incluso, a las Sociedades profesionales) y a la deportividad, como ámbitos de la actuación humana en los que también puede surgir, con diversidad de criterios, la responsabilidad civil de la persona; breves referencias se hacen a la responsabilidad médica y a la de los abogados, respecto de la cual la bibliografía especializada ha crecido exponencialmente, motivada por la creciente litigiosidad entre nosotros. En contraste resulta comúnmente aceptada la exoneración de resarcimientos entre los partícipes de las actividades de ocio y

(60) *Op. cit.*, p. 457.
(61) *Op. cit.*, p. 483.
(62) *Op. cit.*, p. 486.

deportivas. En la jurisprudencia anglosajona se recalca la aplicación del principio *volenti non fit iniuria,* así como la *voluntaria assumption of risk.* Coincidentemente, nuestra jurisprudencia estima de modo prácticamente unánime que las competiciones y deportes se practican a riesgo propio (63).

13. *Genérica referencia a la Parte cuarta: "Construcción crítica de la obligación de reparar".* La doctrina habitual, al analizar el artículo 1902 CC, suele establecer los requisitos de la acción reparatoria de la responsabilidad civil en los siguientes términos: a) La acción u omisión; b) El daño causado; c) La culpa o negligencia; y d) La relación de causalidad. El autor, siguiendo el método que ha adoptado a lo largo de la obra, va analizando en esta Parte (pp. 519-644), de modo original y casi siempre muy sugerente para el lector, entre otras, cuestiones tales como: ¿reparar lo irreparable? (la indemnización por causa de muerte) (64); la paradoja del seguro (ser responsable y no responder) y también la figura del seguro obligatorio, que parece desplazar la culpabilidad, así como el reaseguro, que distribuye los riesgos y plantea importantes problemas financieros (65); la dualidad de sistemas que se ofrecen comparativamente, la de cláusulas generales (imperante en Francia, Italia y España), y la denominada *relatividad aquiliana* (66); el relativo novedoso tema del discernimiento objetivo de la imputación; el análisis económico del Derecho, que ha encontrado en la responsabilidad civil una posible vía de introducción de esta doctrina en el campo normativo; los problemas diarios de la cuantificación de los daños y el importante instrumento aplicativo de los baremos en los accidentes de circulación (67), *et sic de coeteris.*

Todo ello, sin perjuicio de advertir preambularmente (68), en apretada síntesis, que la responsabilidad extracontractual ha modificado la configuración jurídica de los múltiples campos hacia donde las nuevas circunstancias han instado una renovadora presencia suya, pero, al mismo tiempo, han quedado modificados sus propios parámetros, reflejando las readaptaciones de su configuración resultantes de su penetración en nuevas áreas. Así, se propone una razonable y equitativa redistribución de los daños, por lo común mediante una obligación indemnizatoria construida como deuda de valor. El mundo de la técnica ha supuesto ensanchar muy ampliamente las responsabilidades objetivas, y, a tal efecto, apurar el nivel de diligencia exigible, implantando la responsabilidad por riesgo, confiriendo dimensión

(63) *Op. cit.,* p. 513.
(64) *Op. cit.,* pp. 539 ss.
(65) Respectivamente, *op. cit.,* pp. 546 ss., 579 ss., 636 ss. y 642.
(66) *Op. cit.,* pp. 553 ss.
(67) *Op. cit.,* pp. 633 ss.
(68) *Op. cit.,* p. 521.

activa a las cosas, haciendo, en suma, de su custodia una obligación de resultado. Los derechos de la personalidad han acentuado el particularismo de los sentimientos humanos y el relieve jurídico del menoscabo moral; han obligado a mensuraciones casuísticas y a ponerlos en recíproca mensura y confrontación; han traído la gran novedad de remitir el daño al campo de lo presumible, y cuando advienen a la cualidad de derechos fundamentales, ostentan redobladas primacías y cauces especiales de reconocimiento y amparo. La disciplina del mercado con la defensa de los consumidores y la protección deparada al destinatario final del producto, sugiere las innovaciones acaso de mayor relieve acontecidas en el Derecho de obligaciones desde DOMAT y POTHIER hasta el presente (69). Ha dado pie a tendencias al ensanchamiento de la responsabilidad extracontractual a costa frecuentemente de la contractual; y así, introducir una cosa en el tráfico propende a erigirse en ocasión difusiva de agravadas responsabilidades. El momento actual de la responsabilidad extracontractual viene cifrado en traer a coherencia, a simultaneidad dialéctica, flujos de distinto curso. La cuestión sobre la obligación de indemnizar está llamada, en la práctica, a permanecer de continuo abierta, y de ahí las renovaciones y recreaciones del lenguaje.

14. *La articulación de la obligación de reparar: Entre normativas, aporías y lenguaje.* Solo un atento y reflexivo lector de la jurisprudencia sobre responsabilidad civil puede afirmar categóricamente, como hace el autor (70), que establecer la relación jurídica determinante de la obligación de reparar implica construir mediante síntesis. Ahora bien –añade inmediatamente–, la síntesis no opera por mera yuxtaposición, antes bien reengendra y concilia factores y elementos eventualmente opuestos o al menos dispersos hasta proporcionarles unidad; el juego de la síntesis viene a componer la diversidad, a trabar el razonamiento jurídico en unidad de sentido hacia el logro de la justicia del caso, haciéndose así presente la esencial función que compete a este efecto al lenguaje. Las paradojas y el contraste funcional de las categorías en juego, aunque poco advertidos por la teoría, palpitan en la práctica como recursos articuladores muy presentes en las síntesis de las sentencias, como trazos de refinada agudeza en la jurisprudencia comparada. Frente al artículo 1902 CC esp., el quehacer jurídico precisa valerse de nociones a veces vagas, difíciles de definir, acaso indefinibles, como la culpa, la previsión, el abuso de derecho, el fraude, la negligencia, u otras, pero imprescindibles para reajustar la equidad. Una misma expresión puede entenderse con una u otra significación según el fin perseguido, porque su imprecisión normativa o doctrinal no aparece hasta la hora de ser aplicada; presenta bordes confusos y transiciones difusas (LARENZ). Y solo mediante

(69) *Op. et loc. cit.*
(70) *Op. cit.*, p. 525.

el flexible dinamismo de las remodelaciones discursivas cabe imprimirles la mensura y configuración precisas. Cuando los Tribunales ponen en balanceo hipotético, mediante parangón verbal, contrapuestas certidumbres, como en la usual matización ... *si bien es cierto que..., no es menos cierto que...*, no se trata, en rigor –afirma–, de estrictas certezas en calidad de conocimientos, sino de sugerir diferencias de nivel impulsivas del flujo dialéctico. La razón elegida, al figurar como postrera, cuenta como decisiva (71). La paradoja es recurso reactivador de las nociones incardinadas en el razonamiento discursivo. No se manifiesta solo en el plano de proposiciones contrarias, pues a veces sobrepasa ese nivel e incita a encontrar una idea común a partir de la cual se explique el sentido del contraste; encamina a pasar hacia una razón más adentrada en el problema, y desde la cual se hace ostensible el designio latente en unos juicios revestidos de contradicción. Así, el transfondo de la paradoja puede evocar exigencias de equidad muy vehementes en función de las cuales la antinomia verbal sugiere justificada base de ajuste y coherencia. Otras implican profundizar hacia una referencia que se desearía hacer explícita aun cuando apenas sea susceptible de concreción. En fin, no faltan casos de venir dictadas por un recto afán de expresar ideales de justicia que son, en rigor, inalcanzables (72).

La jurisprudencia relativa a responsabilidad civil es manifestación evidencial de un permanente progresar y retornar de criterios y expansiones; el sistema se presenta así como transeúnte e inmanente al incluir los resultados de su propia acción en virtud de incesantes pautas de *realimentación*; entraña esta idea un concepto muy refinado y promete convertirse en una herramienta bastante más poderosa para las ciencias sociales que el tradicional análisis del equilibrio (DEUTSCH). Pero tal impulso de avance y retroceso genera un momento de inercia, hoy minuciosamente constatado por la técnica informática, determinante de la superposición y de un venir unos sobre otros los presupuestos y elementos tradicionales de la responsabilidad extracontractual. Estos, por el impulso hacia delante seguido de inmediata tensión en contrario, se entreveran y engastan entre sí. La apreciación particularizada de cada uno de los presupuestos de la reclamación puede llegar a ser solo virtual; alguno o algunos de ellos lucen como reflejo de los otros, sin apenas luz propia; no es que dejen de contar jurídicamente, pero sí es del caso reseñar que en este campo la virtualidad ha acabado por alcanzar virtualidad suficiente.

---

(71) Ejemplo muy elocuente se ofrece cuando nuestra jurisprudencia razona sobre la prevalencia del enfoque subjetivista o el objetivador de la culpa extracontractual. Añade el autor que colocar en parangón dos puntos de vista antagónicos para hacer triunfar al invocado en último lugar evoca un cierto aire de ironía socrática (*op. cit.*, pp. 529 s.).

(72) *Op. cit.*, p. 530.

Donde las paradojas de la responsabilidad extracontractual se hacen primeramente patentes es en el intercambio de cometidos mutuos entre sus diversos presupuestos legales. Las cuestiones elementales de la imputación del daño, de la interrupción del nexo causal, de la culpa concurrente, etc., reciben tratamiento similar cualquiera que sea el esquema jurídico adoptado. Esa intercomunicación ha encontrado impulso en la tendencia expansiva de las presunciones. Por otra parte, la razón lingüística e histórica explica esa superposición de nociones, principalmente entre culpa y causalidad. Resulta impreciso invertir la carga de probar la culpa (73); en rigor no hay tal inversión, sino mera reconducción a su sede natural y propia, o referirla a la estricta autoría del daño por aplicación de la regla general de atribuir la culpa del acto a su autor. Por su lado, tampoco la causalidad se sustenta *en el aire*, pues se hace patente en el daño e implica una conducta. Toda causa, temporalmente, es anterior al efecto; sin embargo, en cuanto a su efectividad, es simultáneo con él, pues la causa es causa mientras está causando, y el efecto, lo es, en el momento de ser causado; pero además la causalidad entraña y arguye la acción u omisión de alguien. De ahí que el *círculo hermenéutico* en torno al evento lesivo se cierre y se complete al recapitular el daño en su calidad de acción, superponiéndose el término último sobre el inicial. En el devenir del daño cabe discernir y resaltar diversas adjetivaciones de la correspondiente conducta, pero el soporte de tales adjetivaciones está en la acción. La autoría negligente es la razón básica respecto de la cual las calificaciones jurídicas ofrecen sentido y mensura. En la acción inhieren la culpa, la causalidad y las demás estimaciones a que haya lugar, incluida la trascendencia del daño. Por eso cuando esas interdependencias son tratadas como escindidas y autónomas, inevitablemente se penetra y se entra en una *inextricable maraña de aporías* (BLONDEL). Un buen ejemplo es la *aporía del "continuum"* (74). La diversidad teórica de los presupuestos sustentadores de la responsabilidad extracontractual propende a operar a modo de categoría cada vez más unitaria y continua. La legalidad vigente mantiene a cada uno de los mismos como exigencia básica, pero el particularismo diferencial de los respectivos conceptos necesita ser reconducido a la unidad del juicio. Hay que mantener y respetar unos conceptos; pero mantenerlos cuando se trata precisamente de consolidar en continuidad sus respectivos contenidos, no deja de ser un modo de pensar que es a la vez un obstáculo al pensar. Resulta inevitable tener que valerse de una dialéctica *contaminada* por un modo de contradicción. Una contradicción con la cual el discurso categorial ha de contar y precisa de continuo salvar.

15. *Sistemas de "cláusula general" y de "relatividad aquiliana".* La inexistencia de vinculación previa suscita, a diferencia de la responsabilidad

(73) *Op. cit.*, p. 533.
(74) *Op. cit.*, p. 534.

contractual, la necesidad de construir el nexo de imputación apto para imponer la obligación de reparar. Precisamente, en función de ella gira la diversificación acaso más significativa de los actuales modelos operativos de la responsabilidad extracontractual (75). Hay dos orientaciones, la denominada *doctrina de la relatividad aquiliana,* inspirada en un cierto paralelismo con la relatividad del contrato (vigente en los países de la *Common law*, y en Alemania), según la cual la acción de resarcimiento viene referida a daños e intereses respectivamente previos, en algún sentido tipificados en una norma; y, en el polo opuesto, el sistema abierto, de *cláusula general,* que protege virtualmente a todo aquel a quien se le haya infligido un daño injusto (iniciado por el CC fr. y sus seguidores). No se trata de modelos inconciliables, sino de especialidades de tramitación. En el primero se requiere que el demandante se encuentre entre los destinatarios a quienes trata de proteger una norma determinada, o que el demandado viniera constreñido por un específico deber de diligencia respecto del demandante, en el momento del evento lesivo, que no fue observado. En el segundo, la responsabilidad se impone en virtud de una imputación potencialmente ubicua del daño injusto; la imputación encuentra cauce básico e inicial en la ilicitud de la lesión causada.

El Tribunal de Apelación de Nueva York, en 1928, resolvió el caso *Palsgraf vs. Long Island Railroad Cº,* relativo al caso de dos empleados de la compañía de ferrocarriles que habían provocado la caída al suelo de un paquete de cohetes que portaba un viajero al ayudarle a subir al tren cuando este se ponía en marcha; la explosión del paquete hizo caer una balanza del andén que alcanzó e hirió a la demandante. El Tribunal, con el voto mayoritario de cuatro jueces, con arreglo a la ponencia de Benjamín Cardozo, negó la responsabilidad de los empleados en el caso, al estimar que ningún *duty of care* tenían en aquel momento respecto de la reclamante, alejada de ellos. La negligencia implica alguna previa relación, pues la responsabilidad es anterior a las consecuencias de la conducta. Pero la sentencia tuvo el voto discrepante de tres jueces, elaborado por J. Andrews, en el cual se estimaba que había secuencia no interrumpida entre la explosión causada por la negligencia de los dos empleados y el daño padecido por la demandante. Andrews planteaba la necesidad de precisar si la negligencia es un concepto relativo, inherente al quebrantamiento de un deber específico frente a personas determinadas, o si se trata de un concepto general abierto, decidiéndose rotundamente por lo segundo. Aunque los comentarios posteriores han dado lugar a observaciones académicas muy sutiles y minuciosamente sopesadas, hay que advertir que en el *Law of Torts*, a la configuración histórica como sistema de acciones determinadas, se une el habitual y creciente recelo a achacar el daño únicamente en función de la causalidad. Se ha dicho

(75) *Op. cit.,* p. 553.

que las causas de un hecho vienen entroncadas unas en otras y podrían remontarse hasta el descubrimiento de América y más allá (PROSSER). En la *Tort of Law* se exige la previa existencia de un deber a cargo del demandado de conducirse con prudencia y un cierto cuidado respecto del demandante. Ese deber necesita ser declarado, y viene a ser referido, en ocasiones, a la concreta situación de hecho en que se encontraban los litigantes, o a la previsibilidad del daño producido, o a otras circunstancias judicialmente valoradas. Hay pleno acuerdo en sostener que el deber de cuidado resulta de ciertas *relaciones* entre los litigantes, pero en qué hayan de consistir las mismas nadie ha logrado definirlas con precisión (FLEMING). También se invoca la acción *Breach of a statutory duty,* que se dirige a obtener la reparación del perjuicio derivado a haber infringido una obligación impuesta por el Parlamento (76), que la doctrina considera paralela con el régimen del § 823 BGB alemán, conforme al cual solo tiene derecho a obtener reparación aquel a quien la disposición legal infringida otorga protección. De esta manera, al requerir el daño resarcible una cierta correlación constatable o una explícita violación, lo refiere y centra en un nexo de ilicitud. Pero observa el autor que tal cosa no resulta del todo coherente con la actual meta doctrinal propia de la responsabilidad civil, no orientada tanto a sancionar ilicitudes como a reparar menoscabos (77). Del tenor literal del BGB se deduce una renuencia a dar entrada a un sistema de responsabilidad inspirado en cláusula abierta o general, aun cuando, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia se desarrolla una tendencia a extender el sistema típico hacia el de cláusula general.

A la hora de hacer un balance de ambos sistemas (78) no vacila el autor en señalar los aspectos positivos de la relatividad aquiliana (su paralelismo genético con la responsabilidad contractual, frenar la expansión desmedida de la responsabilidad extracontractual, recalcar el carácter jurídico de los presupuestos de aquella). Con todo, se muestra decididamente a favor de la cláusula general, dado que el requisito de la imputabilidad cumple una similar función, y al establecer, como nuestro artículo 1902, un sistema, en principio, abierto y elástico, es propicio a acoger dinamismos, renovadoras orientaciones y vigencias tecnológicas. Lo cual ha permitido, sin precisión de modificarlo, el incremento sucesivo de la diligencia exigible, la tendencia hacia la objetivación de la culpa o la denominada inversión de la carga de la prueba; e, incluso, introducir supuestos de concepción objetivista en las Leyes de Navegación Aérea de 1960, Energía Nuclear de 1964 y de Caza de 1970, sin abdicar por ello de las líneas generales del sistema. Luego analiza los diferentes supuestos de responsabilidad del artículo 1903 debido a las

(76) Sobre su integración en el *Common law*, *vide op. cit.*, p. 558.
(77) *Op. cit.*, p. 557.
(78) *Op. cit.*, pp. 561 ss.

responsabilidades directas a que da lugar (de los padres y tutores así como de los centros docentes en relación con los menores, empresarios y sus empleados más o menos autónomos, etc.).

También subraya la labor unificadora del Derecho internacional privado en materia de litigios sobre culpa extracontractual, culminada por el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a las obligaciones extracontractuales (*Roma II*). La modalidad normativa elegida supone una indudable maduración institucional del Derecho comunitario (79), sin perjuicio de significar el resultado de una larga etapa de búsqueda de criterios y conformidades. El criterio adoptado como regla básica, y como referencia para los factores de conexión más particularidades que le dan flexibilidad es el de la *lex loci delicti* (art. 4.º), opción realizada por el Reglamento *Roma II* que guarda congruencia con la idea de que el sentido del resarcimiento no es tanto sancionar una ilicitud como reparar el perjuicio sufrido, lo que encuentra su sede argumental allí donde se experimenta el daño. Se aparta así tanto de centrar la cuestión en la mera causalidad originadora como respecto de las derivaciones indirectas del supuesto de hecho.

16. *Lugar dialéctico de la culpa.* La noción más actual de poner a cargo de alguien el menoscabo sufrido por otro es la culpa, cuyo lugar dialéctico se encuentra en línea con la imputabilidad, pues adviene en razón jurídica arguyente frente al proceder lesivo. Desde el Derecho romano significa falta de cautela, negligencia, no por mala voluntad ni por dolo, sino por no poner en la conducta atención suficiente, determinando así consecuencias que se pudieron y debieron evitar. De ese modo, la culpa implica daño *contra ius.* Y en cercanía con la negligencia ha sido puesta en estrecha correlación con la idea filosófica, tan grata a HEIDEGGER, de cuidado (*Sorge*). El cuidado se explica como incesante anticipar sobre sí mismo la propia conducta, al suponer una existencia cuya continuidad está siempre en juego; delata improntas de comportamiento mediante las cuales se confiere relieve a la vertiente de imputabilidad. Por eso la relación de causalidad no puede menos de buscar conexiones hacia el curso de relevancias que sobre la misma ponen la culpa y la negligencia. Pues aun cuando nuestro sistema –declara la jurisprudencia– haya evolucionado hacia una *minoración del culpabilismo originario y acepte soluciones cuasiobjetivas*, no deja de requerirlo como requisito para declarar responsabilidades extracontractuales. La previsibilidad del daño se injerta y aporta calificación al tronco de la causalidad, y en ocasiones lo prolonga más allá de la autoría material en busca de omisiones *in eligendo* o *in vigilando.* La culpa viene a entrañar imputabilidad, de modo que la total y constatada ausencia de culpa o negligencia exonera, en principio, de la obli-

(79) *Op. cit.*, p. 570.

gación reparatoria. No se prevé en nuestro ordenamiento la objetivación absoluta de la responsabilidad, y en los sistemas tenidos como objetivos, la culpa tiende a reintroducirse subrepticiamente. La culpa induce y trasparece autoría; la apreciación de un proceder como culposo entraña una calificación. El nexo causal viene a ser la base de la culpa del agente. La producción de daños insinúa culpa, lo cual influye en sede de prueba. Ahora bien, aun expresando la culpa y la negligencia líneas de imputación legalmente acuñadas, no cabe desconocer que hay otras de parigual inspiración. Así, la impericia, la mala fe, la deslealtad o la imprudencia; y, en general, cuantas menoscaben las exigencias de la alteridad y del correcto comportamiento. Ahora bien, se ha dicho atinadamente que en la mente del CC fr. operó el designio de abolir la enumeración casuística de las diversas figuras de delito civil hasta entonces mantenidas, diversidad que ha sobrevivido en Inglaterra y EEUU, y sustituirla por una formulación general, de manera que ni siquiera la observancia de las disposiciones legales o reglamentarias pone a nadie al abrigo de una acción de responsabilidad civil (Geneviève VINEY). Y lo mismo acontece en nuestro sistema, donde el carácter reprochable del proceder lesivo es atípico y puede manifestarse a través de cualquier género de culpa o negligencia.

17. *La imputación, directriz constructiva de la relación indemnizatoria.* Resalta nuestro TS que el vínculo obligacional surge una vez producido el evento, como consecuencia de las reglas generales impuestas por la convivencia en aplicación del principio *alterum non laedere*, y aunque no constituye un *prius* como en la culpa contractual sino un *posterius*, su configuración se atiene al esquema de toda relación obligatoria: un acreedor, un deudor y una exigencia de prestación (80). Y –apostilla el autor– ese esquema se esboza y delinea mediante la imputación, cuya índole es eminentemente jurídica. Asigna y distribuye individualizadamente la obligación reparatoria, con lo que concreta y perfila el alcance de la relación jurídica a imponer a la parte demandada. La imputación es, en definitiva, una interpretación referente al proceder lesivo orientada a construir una relación jurídica. Se trata de configurar jurídicamente ciertos datos a fin de que en la relación jurídica ostenten la fisonomía de requisitos. Ha de mediar un filtro selectivo a fin de establecer críticamente cuáles de los efectos causados son atribuibles y cuáles no al autor de la conducta que resultó lesiva; solo los que mediante discernimiento crítico le sean objetivamente imputables habrán de entrar como componentes a implantar en la relación obligatoria. Todavía matiza un poco más el autor (81): La objetividad con arreglo a las leyes de la naturaleza con que la causalidad era observada al operar en su

(80) *Op. cit.*, p. 588.
(81) *Op. cit.*, p. 590.

propio campo, pasa a ser una objetividad a obtener por valoración prudencial, por apreciación crítica, por estimación de todas las circunstancias, por el cúmulo de puntos de vista y criterios totales de una muy ponderada y medida asignación del efecto lesivo a la actuación de una persona.

Como se sabe, es de origen penal el concepto de *imputación objetiva* que en los últimos años se ha difundido también en la doctrina y jurisprudencia civil (82). En el campo penal se cuenta con la específica referencia a la antijuridicidad típica; la jurisprudencia distingue entre la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado, expresando esto último el nexo que debe existir entre una conducta y un resultado para que se tenga por resultado lo *objetivo del tipo punible*; y así puede ocurrir que un efecto coincidente con una conducta no sea, sin embargo, típicamente imputable a la misma. Mientras la causalidad ha de constatarse con arreglo a las ciencias de la naturaleza y a la teoría de la equivalencia de las condiciones, la imputación objetiva es de índole puramente normativa, en cuya virtud, mediante criterios extraídos de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar que un resultado es objetivamente atribuible, imputable a una acción. En el Derecho privado no hay lugar a la base normativa completa y explícita que proporciona la tipicidad penal, pues esa pauta no es por lo común trasladable a la responsabilidad. Pero la temática de la *imputación objetiva* puede contribuir y contribuye jurisprudencialmente a distinguir supuestos y a esclarecer responsabilidad civil. Además en el sistema de la cláusula general hallamos, normativamente previstas, hipótesis de *responsabilidades directas*, las cuales suponen claros supuestos de imputación objetiva. Si bien, como regla general (83), en los sistemas de cláusula general, ha de ser probablemente la objetividad persuasiva de la imputación, pues, por lo común, no puede entroncarse con exigencias de tipicidad legal, y ni siquiera casos de bienes explícitamente protegidos por la ley. En sede de responsabilidad civil extracontractual la valoración jurídica que ha de hacerse tanto de la causalidad como de los restantes factores intervinientes en orden a integrar la imputación habrá de ser ponderativa, de *prudentia iuris*. Estamos ante una objetividad ponderada a establecer por el juicio certero y el puntualizar razonable o, como enseñó la doctrina tradicional, ante un *sensus communis sapientiae.*

18. *La causalidad adecuada y otros criterios de imputabilidad.* Directriz prudencial muy presente en la jurisprudencia ha venido a ser hoy día la

---

(82) JAKOBS: *La imputación objetiva en derecho penal,* trad. esp. (Madrid, 1996); GIMBERNAT ORDEIG: *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad* (publicada en 1966 y reimpresa en 1990); PANTALEÓN: "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", VVAA, *Centenario del CC,* II (Madrid, 1990), pp. 1561 y ss.; MONTÉS PENADÉS: *"Causalidad, imputación en la «concurrencia de culpas»",* en *Hom. Díez-Picazo,* II (Madrid, 2003), pp. 2591 y ss.

(83) *Op. cit.,* p. 592.

denominada causalidad adecuada. Expresión –subraya LÓPEZ JACOISTE (84)– no del todo afortunada, pues viene a reflejar en términos de causalidad una cuestión que pertenece al orden de la imputación. Si bien el sentido de sus aplicaciones prácticas deja bien claro ser criterio jurídico verificador de imputabilidades. La adecuación verifica, en primer término, la congruencia del efecto con la conducta culposa determinante, pues pueden darse en la determinación del evento coincidencias y concomitancias que caen fuera de la causación y menos aún son imputables al demandado. Propugnan sus métodos cribar al máximo las vías de la imputabilidad, ascendiendo desde el efecto a la autoría, y luego de regreso retorna hasta el daño causado, pudiéndose hablar por la doctrina del *pronóstico retrospectivo objetivo,* como uno de los métodos más depuradores en apreciación de los Tribunales de Alemania y Suiza (VON CAEMMERER).

Como criterio de adecuación nuestra jurisprudencia exige que la conducta culposa haya sido la apropiada para producir el efecto lesivo; o que el resultado sea consecuencia natural y suficiente a tenor de las circunstancias que el buen sentido señale; sin que sean suficientes conjeturas o datos fácticos que en una mera coincidencia induzcan a pensar en una remota interrelación de tales acontecimientos. A modo de resumen dice LÓPEZ JACOISTE (85) que el criterio de la adecuación construye a base de explorar y tantear las eventuales correspondencias operantes entre el hacer evocado por la índole del daño y el hacer atribuido al agente. Evidencia congruencias o incongruencias; en su caso, inserta jurídicamente el sentido del daño en el sentido del comportamiento del agente y hace patente su cohesiva correlación. Acontece así que la adecuación ha de ser evidenciada, pues no puede ser probada apodícticamente. Junto a la adecuación y sus variantes, la doctrina (PANTALEÓN) subraya el significado de otros supuestos de imputación objetiva que se plantean ante los Tribunales, a modo de un *numerus apertus.* Ocurre así que la objetividad de la imputación se encuentra en trance de añadir a los paradigmas estrictamente jurídicos otros nuevos procedentes del planteamiento económico.

19. *Sobre el Análisis Económico del Derecho.* A las usuales pautas orientadoras de la responsabilidad extracontractual se añade recientemente la pauta de la *eficiencia* preconizada desde Estados Unidos por el movimiento denominado *Laws and Economics.* No afecta solo al Derecho de daños, aunque sus manifestaciones más acusadas se han hecho patentes en el campo de la prevención y reparación de los perjuicios ocasionados por los accidentes. En su significación plenaria propugna insertar en todos los desenvolvimientos jurídicos la racionalidad que puede y debe proporcionarles la Economía.

(84) *Op. cit.,* p. 593.
(85) *Op. cit.,* p. 595.

Las titularidades jurídicas habrían de concebirse como *activos dinámicos* insertos en el mercado; se han de entender y vivir como factores implicados en el flujo económico y en la incesante dinámica de las alternativas y posibilidades inmediatas ofrecidas por el intercambio, con arreglo a la marcha natural del mercado. El Derecho, se dice, realiza distribuciones inspiradas en la equidad; por contraste, la Economía busca la plena utilización de unos recursos productivos escasos que, al tener usos alternativos, se han de orientar hacia la máxima capacidad productiva mediante las elecciones a ello más conducentes, es decir, *más eficientes.* El Análisis Económico del Derecho busca derivar pautas no solo hacia óptimas decisiones en el ejercicio de los derechos, sino también para la apreciación crítica de situaciones jurídicas, así como para estigmatizarlas como antieconómicas; y para encauzar la legislación y la política jurídica según las bases económicas del bienestar social. Entra así dentro de las tareas de reflexión inherentes al Derecho el analizar la medida en que las reglamentaciones concretas responden a verdadera eficiencia económica (86). Pero LÓPEZ JACOISTE opina que las denunciadas contradicciones entre la eficiencia y la equidad pueden salvarse. Dejan de entrar en conflicto y se diluyen –a su juicio– al quedar englobada y superada la distribución equitativa por las consecuencias positivas deriva-

(86) Recuerda el autor (*op. cit.*, pp. 599 y s.) que en el impulso de tal corriente sobresale de modo eminente la prestigiada aportación de Ronald H. COASE, Nobel de Economía en 1991, quien en un muy difundido artículo mostró, mediante ejemplificaciones concretas, de qué manera los distintos resultados económicos aleccionan acerca de la conveniencia de seguir uno u otro camino jurídico. Sus tesis enlazaban, en un sentido, con anteriores observaciones de Wilfredo PARETO conducentes a *optimar* las decisiones en función del mercado; pero, en otro sentido, COASE matiza y corrige tales observaciones con actitud y visión fuertemente innovadoras. Su lenguaje director y su razonar vivaz sugirieron intentos de generalización y aplicaciones muy diversas de tal enfoque metódico. De ese modo la nueva doctrina es objeto hoy de numerosos ensayos y verificaciones prácticas [Una bibliografía seleccionada en *op. cit.*, p. 696, nota 172]. Propugna contrastar las formulaciones jurídicas con sus consecuencias económicas a fin de adaptar aquellas al ajuste evidenciado por estas. El análisis económico postula extraer del mercado directrices aptas para reglar certeramente las prestaciones jurídicas. Hay en el mercado una *mano invisible* que guía a cada cual a realizar lo que habrá de ser, en definitiva, más conveniente para todos. Se alcanza así una coordinación inconsciente de actos de millones de personas e instituciones obtenida espontáneamente en el seno de la *competencia perfecta,* en la cual nadie por sí mismo puede influir. Y esa coordinación objetiva considérase como una base racional ineludible para estructurar adecuadamente las cuestiones jurídicas. La aplicación del análisis económico a la responsabilidad ha contado en un principio con las muy difundidas contribuciones de R. A. POSNER y de G. CALABRESSI, en alguna medida divergentes como representantes respectivamente de las Escuelas de Chicago y de Yale. El primero con actitud concluyente y normativa orientada al menos virtualmente a que inspire, configure e informe totalmente el Derecho de daños; el segundo,

das de una eficiencia generalizada. Pues esta colmaría, y aun rebasaría las exigencias de la equidad, mediante el más y mejor *bienestar para todos,* cifrado precisamente en que alguna persona esté en mejor situación, sin que ninguna lo esté en peor. De donde se desprenden para el Derecho métodos de razonamiento orientados a ejemplificar casos concretos e hipótesis que evidencien y simplifiquen, por reajuste de costos y beneficios, los problemas en torno a cuál sea la conducta más racional a seguir de entre las jurídicamente posibles derivadas de una realidad determinada (87).

20. *"Quantum" indemnizatorio.* La compensación del daño, a la cual se orientan las acciones de responsabilidad civil, viene informada por el criterio de la reparación integral del menoscabo sufrido, el cual ha de buscar la plena indemnidad del perjudicado, que reponga la situación previa a la producción del daño. Ello podrá hacerse por los propios interesados, estableciendo convencionalmente la cuantía y modalidades de la reparación, y, en su defecto, mediante resolución judicial. Los caminos de esa reparación transcurren, bien *in natura,* bien por *equivalente*. Podría decirse que, de entrada, se orientan a restablecer la propia materialidad antecedente, es decir, a que las cosas vuelvan a estar como antes estaban. Tal es el sentido de la reposición *in natura* acompañada de las necesarias prestaciones complementarias. Pero su realización está llena de interrogantes y problemas, porque no se puede volver al pasado de las personas, y muy difícilmente al anterior estado de las cosas; de aquí que verosímilmente sea imposible retornar a las específicas configuraciones anteriores. De ahí que la compensación dineraria del perjuicio sea el cauce más común y usual, y más coherente con los cauces institucionales y pragmáticos de la responsabilidad civil (88). Así lo abona toda una tradición jurídica desde el Derecho Romano, y lo ha sido después de modo prácticamente común, como lo refleja el Derecho comparado. El dinero tiende a ser el instrumento más cumplido y vigente al efecto de expresar, componer y recomponer la justicia conmutativa (DAUBE). Se ha

---

mucho más matizadamente, como suma de datos y paradigmas de positivo valor en numerosos aspectos y para muchas aplicaciones. Los cultivadores de esta nueva teoría abogan, de uno u otro modo y en variable medida, por una renovación de la responsabilidad civil cifrada en disminuir y controlar el coste social de los accidentes. Propugnan que el importe que para unos supone pagar las indemnizaciones iguale a los reales beneficios compensatorios experimentados por los perceptores; y, paralelamente, que la inversión dirigida a precaver perjuicios surta todos los efectos congruentes con arreglo a su cuantía. No tendría sentido, advierte POSNER, evitar un daño a cualquier precio; la suma dirigida a prevenirlo no ha de ser mayor que el daño evitado. El seguro de responsabilidad civil para ser perfecto ha de fijar el importe de las primas en estrecha correlación con el nivel de diligencia del asegurado.

(87) *Op. cit.,* pp. 598 y s. Nuevos argumentos en pp. 601-603.

(88) *Op. cit.,* pp. 607 y s.

de reponer las cosas en el valor previo al menoscabo sufrido, lo que al autor evoca cierta similitud con la idea de fungibilidad. Si la reparación se hace *in natura*, se trataría de una fungibilidad por *unidades reales*. Pero el dinero no opera así, sino por unidades de cuenta. El dinero es un bien fungible, pero en materia resarcitoria no es una fungibilidad por naturaleza, sino por su función, de manera que la equivalencia dineraria con el valor de las cosas menoscabadas necesita ser discernida, razonada y buscada. La deuda reparatoria es una *deuda de valor*. Precisamente, esa fijación viene a ser el interrogante estructural acaso más problemático y, a la vez, más relevante de la responsabilidad civil. La reparación dineraria es lo que da su sentido socialmente caracterizador a la responsabilidad extracontractual.

La jurisprudencia declara que, en principio, la cuantía de las indemnizaciones es una cuestión de hecho, a establecer por el juzgador de instancia, criterio cuya vigencia se remonta a más de un siglo. Excepcionalmente cabe revisarlo en casación cuando se combaten adecuadamente las bases en que se apoyó la cuantificación, o se omitió alguna circunstancia significativa. El valor nominal del dinero no mantiene en todo caso rigurosa y estable equivalencia con las cosas y los costes. De aquí el gran número de controversias sobre la fijación de las cuantías indemnizatorias. Como criterio de fondo se ofrece la apreciación racional, proporcionada y de equidad, habida cuenta de la correlación de los sistemas monetarios.

El autor llama la atención sobre determinadas concomitancias que, a su juicio, se plantean entre la indemnización y el enriquecimiento sin causa (que origina la distinción entre *reparar* y *restituir*), con variedad de aplicaciones tradicionales y otras más recientes como las derivadas de la competencia desleal, las vulneraciones de la explotación en exclusiva (con referencia a las vulneraciones de la propiedad intelectual e industrial), a la descentralización operada a favor de los Tribunales civiles de cada Estado, por el Reglamento 1/2003 CE en las controversias sobre competencia relativas a los artículos 81 y 82 del Tratado. Invoca las SSTS de 29 diciembre 2006 y 22 junio 2007 y trabajos de Álvarez Caperochipi, Basozábal Arrúe y Carrasco Perera. Menciona finalmente la oportuna aplicación del artículo 10 de *Roma II*.

Citando a Whitehead (*The exactness is a fake*), con la frase lapidaria con que cerró su última lección profesoral en Harward, el autor advierte que la idea de equivalencia, como categoría cerrada, se nos presenta a los juristas con parecidos visos de fantasma (89). Así se interroga preocupadamente: ¿Cuál es la razón de tan escasa aptitud del Derecho para dar expresión y asegurar equivalencias objetivas? ¿En qué consiste la equivalencia para que resulte tan generalmente inaprehensible, tan problemática, a la hora de conformar efectos jurídicos? La equivalencia, en su radical sentido, no es sino

(89) *Op. cit.*, p. 627.

relación de biunívoca correspondencia entre dos conjuntos formados por el mismo número de elementos. Hay equivalencia cuando entre dos términos coinciden las notas de reflexibilidad, reciprocidad y transitividad. Reflexibilidad significa identidad, igualdad referida a sí mismo; reciprocidad quiere decir simetría o igualdad con el otro; la transitividad entraña común referencia a tercero, con la consecuencia de que dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí. Mas la simultánea coincidencia de estas notas solo se da intrínsecamente en los entes ideales de la matemática. Fuera de la abstracción, la equivalencia es puramente convencional y en modo alguno de carácter intrínseco y objetivo. No puede ser sino objeto de convenio, de imposición por la autoridad o arbitrio de tercero. Este arbitrio será expresión de equidad, pero nunca de precisión intrínseca, la cual no concierne al orden pragmático. Y es ahí donde se topa con el carácter aporético de la equivalencia. La experiencia plantea a cada momento prestaciones cuyo objeto escapa a una determinación cuantitativamente indubitada y precisa. Y según nos elevemos por lo humano más difícil resulta la valoración. La ascensión hacia lo infungible encuentra su término propio en la persona misma y en su hacer, en especial al referirse a realizaciones intelectuales y espirituales. Así, se buscará a través de las cantidades y los precios, las equivalencias que el tráfico precisa para su dinámica y su seguridad. En relación con el daño moral, se implicarán con frecuencia bienes que son *los más estimados* y que, sin embargo, *no son evaluables*, respecto de los cuales se habrá de fijar prudencialmente la cuantía de la reparación.

21. *Responsabilidad civil y seguro.* Parece oportuno reflejar ahora sus ideas sobre el tema meramente apuntadas anteriormente (cfr. *supra* número 13). Con razón habla de *la paradoja del seguro: ser responsable y no responder.* En efecto, es la posición de responsable en cuanto al resarcimiento plenariamente asumida, en el orden práctico, por el asegurador, frente a quien la víctima cuenta con una acción directa. De esta manera, la responsabilidad civil como tal tiende a ser orientada a encauzar la cobertura del riesgo mediante su reconducción hacia el seguro. Con visión pragmática, la doctrina anglosajona afirma que el demandado es solo parte nominal en el litigio reclamatorio, mero conductor a través del cual entra en funcionamiento el proceso de distribución del siniestro entre todos los titulares de pólizas del correspondiente seguro. G. VINEY afirma que *la responsabilité est devenue un simple support pour l'assurance,* e Y. FLUOR, que la responsabilidad civil se devora a sí misma. En la normativa general del contrato de seguro se reitera la acción directa del perjudicado contra el asegurador, la cual es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. Y por ser un contrato de adhesión, las dudas han de bascular contra la parte que redactó el documento y suscitó oscuridad, sin redundar frente a la víctima. El asegurado ha de manifestar al tercero per-

judicado la existencia del seguro y su contenido, sin que el actor tenga mayor carga probatoria al respecto; organismos tales como el Consorcio de Compensación de Seguros, actuando como asegurador complementario, proporcionan sin demoras las correspondientes indemnizaciones a los perjudicados. Mediante la regla estadística de los grandes números, lo que para el asegurado era riesgo adviene para el asegurador contingencia ya prevista, calculada y enjugada en la percepción de las primas, de modo que el monto de las reparaciones se diluye y asume por el cúmulo de asegurados, como costo a cargo de la compañía de seguro, o del ramo al que corresponda la respectiva actividad. Resulta así altamente significativo el influjo del seguro en el Derecho de daños. Pero además de los *efectos visibles,* cabe hablar con PROSSER de los *invisibles,* que son aquellos que no juegan mediante invocación expresa de los juzgadores en las sentencias, pero que pesan en su manera de ver, en su íntima composición de lugar, de suerte que los presupuestos de la responsabilidad resultan calculados de distinta medida según se entrevea, o no, como trasfondo del litigio, un contrato de seguro. El seguro ayuda a veces a declarar resarcible un evento lesivo dudoso. La generalización de la acción directa del perjudicado ha transformado toda la dinámica de las reclamaciones, como atestigua el Derecho comparado, considerada como derecho propio de la víctima. Concluye así el autor (90) que, de esta suerte, la paradoja del seguro –ser responsable y no responder– tiende a estar omnipresente en el actual desenvolvimiento de la responsabilidad extracontractual; es razón expresiva de todas las tensiones humanas, jurídicas y económicas que, concitadas, trazan ahora su faz y su sentido. Mantener el principio de responsabilidad, pero mitigar e incluso suprimir sus consecuencias, ese ha venido a ser el articulador del Derecho de daños, paradigma del que no cabe prescindir a la hora de esbozar las pautas y los modelos de su construcción y de su filosofía.

El influjo del impacto contractual del seguro parece perfilarse en torno a dos líneas aplicativas: el sistema de acciones y las concreciones de orden relacional que se superponen a la reclamación aquiliana. Con relación al modelo de las reclamaciones, se vaticina que llegará, acaso, a no haber ejercicio de acciones de responsabilidad, salvo la subrogación que compete a las compañías aseguradoras, sino acciones derivadas del contrato de seguro (PROSSER). Opera aquí la especificación de posiciones jurídicas que el contrato imprime según lo pactado y las consecuencias derivadas de la buena fe, del uso y de la ley. En virtud del seguro tiene lugar un efecto de concreción que se antepone a las eventuales relatividades de la responsabilidad aquiliana. Este tipo de seguro adviene en elemento remodelador de la responsabilidad civil. Ha venido a ser cauce de reajuste en el desenvolvimiento efectivo de la responsabilidad civil; desde luego ha multiplicado la expansión, la pre-

(90) *Op. cit.,* p. 548.

sencia social y la previsión de las reclamaciones indemnizatorias por daños y perjuicios. El seguro es garantía para el asegurado; pero también comporta incitación a proceder frente al asegurador por parte de quien se cree injustamente perjudicado por la actuación del asegurado. Así, junto al efecto expansivo, también acarrea una innegable dilución de los presupuestos institucionales de la responsabilidad civil, de modo particular, de la culpa y, en general, de los diversos condicionamientos subjetivos. Lo hace sobremanera patente el seguro obligatorio, así como variedad de hipótesis de socialización del riesgo. En 1951 el jurista austriaco EHRENZWEIG observó que el seguro está llamado a completar y corregir al Derecho de daños. Ello se ha cumplido ya en el ámbito de la circulación de vehículos y está iniciándose en materia de construcción. El ramo asegurador es eminentemente mercantil, referido a riesgos típicos y estereotipados, muy conforme con su europeización tal como resulta del Reglamento Roma I. Recuérdese el propósito unificador de Roma II, en relación con la responsabilidad extracontractual.

La concatenación de la responsabilidad por daños, canalizada a través del reaseguro, incide con importante proyección en la actividad financiera. A través del reaseguro, el designio de proporcionar seguridad se hace presente, mediatamente pero con repercusión efectiva, en planteamientos de la actividad financiera. Por ese camino, el curso de la responsabilidad civil adviene en componente inspirador de ramos de finanzas y de flujos de reparación dineraria que operan a nivel continental y como tema de universalización. Emerge así la importancia de la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 noviembre de 2006, sobre el reaseguro. Este implica una actividad financiera de gran importancia, pues al facilitar una distribución más cumplida de los riesgos en el ámbito mundial, permite que las empresas de seguro directo tengan una mayor capacidad de suscripción para comprometerse y otorgar mayor cobertura, además de reducir sus costes de capital. Consiste, en suma, en la aceptación de riesgos cedidos por una empresa de seguros o por otra empresa de reaseguros. La estructura jurídica resultante es la de dos contratos conexos de los cuales el elemento personal común es el asegurador reasegurado. Se producen contextos obligacionales diferentes de suerte que no se concede acción directa del asegurado (art. 78 LCS). No funciona el principio *interpretatio contra stipulatorem*. Parece cierto que asumir riesgos mediante el cobro de primas es, en conjunto, menos oneroso que saldar siniestros, de aquí que financieramente el reasegurado adquiere cualidad de operador activo. Quizá por ello se está realizando la contratación de *futuros* sobre contratos de seguro *(Insurance Futures),* que origina la denominada *cascada de reaseguros* (91).

(91) *Op. cit.*, p. 644.

22. *En operante instancia filosófica.* La última Parte con que finaliza la obra no es, ni un epílogo (aunque así denomina el autor el apartado final de aquella), ni un capítulo conclusivo, ni un colofón, ni una *addenda* con la que se quisieran salvar omisiones anteriores, ni menos todavía corregir o rectificar opiniones que ya se expusieron. Es algo inusual escribirlo, o por lo menos infrecuente y, por supuesto, original, puesto que nos traslada y trata de penetrar en el siglo XXI y con aspiración a acompañar al lector en sus futuras reflexiones, ofreciéndole diversas pistas para anticipar, de algún modo, los nuevos desarrollos de la responsabilidad civil. Séame permitido elegir algunas de esas *pistas de reflexión* que más han atraído mi atención.

A) *Filosofías de la responsabilidad.* Si en los años inmediatos a la amenaza de la guerra atómica –resume el autor– proliferaron las denominadas *filosofías de la técnica* (JASPERS, LITT, OPPENHEIMER, ELLUL), las nuevas filosofías están enlazadas con horizontes de la humana inseguridad. Mantienen el transfondo operante de la técnica moderna, pero se conjugan como *filosofías de la responsabilidad.* Arrancan del último tercio del siglo XX, pero quizá lo ocurrido ya en el actual (no solo el 20-N, sino –añado por mi cuenta– la crisis financiera y la amenaza de recesión mundial, Fukushima, etc.) ha originado una conmoción mundial generalizada, la conjetura de una vasta indefensión difusamente presagiada hacia el futuro. El autor alude, en particular, a las contribuciones doctrinales de Hans JONAS, Hannah ARENDT y Emmanuel LÉVINAS.

JONAS (nacido en Alemania en 1903 y fallecido en EEUU en 1993) ha publicado en Frankfurt: *Das Prinzip Verantwortung* (El principio de responsabilidad). Dice que la *primera palabra* de la responsabilidad ha de ser la *Heurística del miedo*, es decir, el darse cuenta de lo que está en juego, el detectar el mal que puede ocurrir. La vulnerabilidad acecha hoy a todos, por lo que propugna una diligencia enfocada hacia el *porvenir* y la previsión, una solicitud activa y sensibilidad clarividente. Es muy distinta la actitud de quien asume su obligación o reconoce su culpabilidad respecto de un acto anterior que la de quien, en el presente, previene y acepta las responsabilidades para el mañana dimanantes de su hacer actual; pues esto significa que limitará y reorientará, ya de presente, su poder de acción. A su juicio, se dan dos ejemplos paradigmáticos: la responsabilidad de los padres para con sus hijos, y la de los hombres de Estado y gobernantes políticos respecto de la ciudadanía. JONAS sale al paso de sus críticos afirmando que su miedo heurístico no es paralizante, sino activo y actualizador. A LÓPEZ JACOISTE (92) estas afirmaciones le parecen atinadas, si bien añade al elenco, por su parte, la responsabilidad de profesionales y de empresas en su propio ámbito, y completa la heurística del miedo con la *prudencia activa,* el *procul videre,* la *phronesis,* que sabe ver y afrontar el futuro y el riesgo venidero.

(92) *Op. cit.*, p. 658.

Hanna ARENDT es autora de la obra *The Human condition (La condición humana,* trad. esp. publicada en Barcelona en 1993; la trad. francesa en 1983 lleva un prólogo de Paul RICOEUR). Para ella la responsabilidad aparece dando sentido propio a la vida activa. Cada acción hace entrar en el mundo algo nuevo, algo, en principio, antes imprevisible; los actos libres de las personas dan continuidad a la marcha histórica, despliegan capacidad de permanencia. Podrían ser motivo de orgullo, si fuéramos capaces de aguantar su peso, el peso de su carácter irreversible. De ahí que la responsabilidad vivida efectivamente redunde en innovación que hace recomenzar a la persona y también a la trayectoria de la sociedad. Centra esta trayectoria en torno a las ideas de trabajo, cosas realizadas y acción, a las cuales considera los tres factores que impulsan la vida activa, lo específico de la cual es reemprender, innovar. En consonancia concluye la autora que el milagro que salva al mundo es, en definitiva, la natalidad, el nacimiento de hombres nuevos, el hecho de que ellos comiencen de nuevo.

Actuando en línea próxima a la de JONAS –en opinión de LÓPEZ JACOISTE (93)–, Emmanuel LÉVINAS (*Autrement qui être ou au delà de l'essence,* The Hague, 1973) ha buscado una fenomenología de la responsabilidad, y la encuentra en el *rostro del otro*, el cual siempre está requiriendo, aunque no se haya incurrido respecto de él en ningún modo de culpa. Aun sin haber culpa alguna por parte de otro, el menester o la muerte del *otro* nos pone en cuestión, *prendre en otage,* en la obligación de responder de él; nos arranca del *suelo firme donde estamos* y *perseveramos ingenuamente* para llevarnos a una actitud de responsabilidad. A través del rostro, habla el hombre que ha sufrido una injusticia. Por ello el Beato JUAN PABLO II pudo decir (94) que "el rostro humano y el mandamiento de no matar se unen en Lévinas de modo genial, convirtiéndose al mismo tiempo en un testimonio de nuestra época". Su diferencia con JONAS está en que para este el encuentro con el otro es previo al momento de producirse el acto lesivo.

B) *La responsabilidad social*. Emerge esta como réplica a la tendencia a ver en el fin de lucro particular el designio exclusivo inspirador de las sociedades de capital, de las empresas y de las actividades económicas a escala relevante. El lucro es inseparable del tráfico mercantil; sin él no tendría sentido ni dinamismo la operatividad sobre bienes y servicios. El lucro y la actividad han de tener como beneficiarios, sin duda, a actores de la explotación; pero, además, en razonable medida, al plexo de las necesidades y requerimientos del entorno humano y social. La calidad de los servicios y bienes por ella proporcionados ha de estar en la base misma de su función social.

(93) *Op. cit.*, p. 659.

(94) *Cruzando el umbral de la esperanza* (Madrid, 1994), p. 206 [cit. en *op. cit.*, p. 659, n. 27].

Fue iniciativa de Naciones Unidas, en el Foro Económico de Davos (1999), promover e incrementar la responsabilidad social de las empresas, mediante el pacto mundial al efecto promovido. A juicio del autor (95), las actuales proyecciones de la responsabilidad social corporativa confluyen en acentuar las diversas dimensiones que en tal sentido se implican en la filosofía de la empresa, que recalca de modo creciente su función social y la profesionalidad que la enmarca. Así, recuerda el contenido de la Directiva 93/13 CEE, relativa a las condiciones generales y cláusulas contractuales abusivas, traspuesta al ordenamiento español por Ley 7/1998, de 13 abril, en cuyo contexto reciben condición de profesionales cuantas personas físicas o jurídicas actúen en el marco de actividades, fines, servicios o atenciones a otro, es decir, la impronta de una profesionalidad responsable. A la pregunta de ¿en qué consiste y en qué se sustancia la responsabilidad social corporativa?, responde el autor que se compendia en torno al criterio según el cual, a más de dar satisfacción a los protagonistas y partícipes internos de la propia entidad, debe contribuir de modo efectivo a los intereses externos, ya de orden general, ya congruentes con el emplazamiento y relaciones presenciales del entorno de la empresa. Se hace patente en las más variadas proyecciones de la vida societaria; se reflejará en el balance social, pero muy pragmáticamente en el curso de los intereses operativos de la dinámica actual de las sociedades; especialmente en la medida en que el Derecho de Sociedades se va convirtiendo en un instrumento para la consecución de objetivos de carácter económico y social, en gran interrelación con el Derecho Fiscal (KÜBLER); así como en la actitud y criterios de los administradores como órgano societario (ESTEBAN VELASCO).

C) *El principio de precaución*. La prospectiva de la responsabilidad civil viene a reflejar ahora una cierta inquietud existencial (96). La suerte de las personas, y también la suerte de la humanidad, es decir, la seguridad personal y la colectiva, están puestas como en entredicho, en alerta, que pide diligencias renovadas, cautelas afinadas, actitudes que, al menos en su formulación, se presentan como nuevas. El *principio de precaución* concita a vivir en un espíritu precavido ante los insólitos y expansivos riesgos, y amplía la idea de responsabilidad al hacerla abarcar, tanto o más que a los daños mismos, a los actos conducentes a expandirlos (Denis MAZEAUD). El principio de precaución obliga a que todo aquel que lo tenga en su mano ha de atajar por adelantado los riesgos venideros que se manifiesten de presente como probables. Se refiere, obviamente, a daños graves o irreversibles y apremia a poner los medios razonablemente oportunos para prevenirlos y evitarlos. En su virtud, la responsabilidad civil tiende a incluir *une*

(95) *Op. cit.*, pp. 675 y s.
(96) *Op. cit.*, p. 691.

obligation de suivi, respecto de quienes, por su pasividad, contribuyen a poner en riesgo la integridad ajena (SÉRIAUX). Viene a abrir paso a las responsabilidades sin víctima actual; son responsabilidades meramente preventivas. Acontecimientos como los ocurridos el 11 septiembre 2001 han tenido continuidad hasta el momento de redactar esta recensión, y no hacen más que confirmar aquel principio. Ahora bien, todos hemos de saber que la vida humana transcurre ineludiblemente entre riesgos e inseguridades (*insecuritas hominis*), que en modo alguno podrán atajarse del todo.

D) *Equilibrio institucional.* Hace medio siglo KAUFMANN, a propósito de las extralimitaciones en materia de reclamaciones indemnizatorias, ironizaba como si, por acaso, la materia debiera ser llevada sistemáticamente hacia los modos de adquirir la propiedad. Con razonadas referencias se han proseguido frecuentemente expresadas, y así se ha hablado (YZQUIERDO TOLSADA) de la *fiebre* con que tantos demandantes se lanzan a la carrera de procesos de daños y perjuicios, en determinados ámbitos y países. Se afirma (ENGEL) que, de algún modo, la responsabilidad civil navega a la deriva, con la consiguiente urgencia de rehacer sus derroteros. El equilibrio institucional de la responsabilidad civil, ciertamente, con el contrapunto de los correspondientes seguros. Pero, a mayores riesgos, seguros más costosos, y de llegarse a importes prohibitivos se tornaría problemática, especialmente en tiempos de crisis y desajustes crediticios. De ese modo el equilibrio institucional de la responsabilidad civil precisa ser desiderátum realmente operativo en su estructura y régimen. Que las sutilezas argumentales no le ocasionen desproporción, ni desfiguren sus designios; que la entidad de la lesión sea manifiesta; que un hipotético victimismo no expanda artificialmente los supuestos reparables ni conduzca a desfigurar fundamentos y aconteceres (ENGEL). Ello habría de conducir a *salvar a la responsabilidad civil de sus propios desbordamientos* (Catherine LABRUSSE-RIOU).

23. *Un epílogo sobre la cultura de la responsabilidad.* La perspectiva que se desprende de los temas sustanciales sugeridos por la responsabilidad aquiliana es de orden cultural (97). En las sociedades primitivas no encon-

(97) Bellamente escribe así LÓPEZ JACOISTE, *op. cit.*, p. 698: "La perspectiva que se desprende de los temas sustanciales sugeridos por la responsabilidad aquiliana es así, entre otros aspectos, una perspectiva de orden cultural. El primer requerimiento suyo es el de construir la relación jurídica que la confiera contextura y exigibilidad; y ese menester es manifiestamente cultural. La constructividad que hace pasar desde una conexión de mero hecho, a una relación jurídica operativa y discernida, es de sentido cultural. Es, asimismo, tracto de eminente orden cultural el decurso histórico que, desde el Derecho Romano y el planteamiento aquiliano, ha conducido al sistema actual de responsabilidad civil por razón de daños. Sobremanera cultural es la vertebración de la dignidad de la persona y de sus derechos como auténtica centralidad

tramos sensibilidades correspondientes al principio de responsabilidad. Tal principio ofrece tres notas de calidad: la alteridad personal, el impulso hacia la libertad y el principio de confianza, postulados que, a continuación, glosa ceñidamente (98).

La alteridad se afirma mediante la ineludible referencia al *otro*, que resultó perjudicado o jurídicamente lesionado. Así el principio *alterum non laedere* conjuga la alteridad con la responsabilidad. La filosofía que subyace radica en tener y mantener al otro en consideración y en razonable cuidado. Es principio fundamentador el criterio de que cada uno debe considerar al prójimo como otro yo, que se recoge en la parábola evangélica del hombre que bajaba de Jerusalén a Jericó (Luc. 10, 30-37). Al yo le precede la experiencia del tú y del nosotros (ORTEGA Y GASSET). Así el sentido de responsabilidad se concreta de inmediato hacia *otro,* y *es factor expansivo de cultura interrelacional.*

La libertad es supuesto necesario de la responsabilidad, pero, a su vez, aviva y afina su libertad a los humanos. Si no se es responsable no cabe decir que se sea libre. La cultura de la responsabilidad hace y enseña a ser libre. Negada toda responsabilidad, cabrá tener mera existencia, pero no vida verdaderamente propia (99). Por otra parte, la efectiva observancia de las mutuas responsabilidades contribuye a crear confianza. En el curso de implicaciones personales e institucionales el principio de confianza despliega función esencial; proporciona la seguridad que es indispensable para poder actuar, decidir, planificar conductas y negociar sobre bienes y servicios. La confianza de que los otros serán responsables de sus actos sustenta y confiere consistencia al curso normal del tráfico y al operar recíproco de las personas e instituciones. El crédito se apoya en el principio de responsabilidad. El crédito adviene en institución económica y social dirigida a proporcionar dinero sobre la base de la responsabilidad ofrecida, la cual se hace patente bien en una garantía patrimonial, bien en cualidades personales significativas. La relación crediticia se materializa en un poder que el orden jurídico otorga al acreedor para hacer efectivo su interés a la devolución, y para pro-

---

configuradora. Esencialmente cultural es, por otra parte, el filosófico juzgar que articula los presupuestos y razones que entrarán en la relación jurídica indemnizatoria; supone ésta entretejer y coordinar conceptos y apreciaciones jurídicas, cuyo enlace conjuga ponderación, valoración y discernimiento. Y, en fin, asunto cultural relevante son las perspectivas filosóficas de la diligencia. Así el despliegue de las cuestiones más temáticas de la responsabilidad extracontractual evoca un saber y tino de buen criterio. Por eso es tan propicio a incitantes construcciones de orden intelectual".

(98) *Op. cit.,* pp. 699 y ss.

(99) En *op. cit.,* p. 700, significativa evocación del sentido del adagio medieval *Stadtluft macht Frei:* "El aire de la ciudad hace hombre libre, y lo hace libre mediante ser allí responsable. La responsabilidad lleva hacia la plenitud personal, de forma que las responsabilidades personales conllevan y evocan consecuencias de libertad."

teger la seguridad de la situación así creada. Pero el autor no permanece en la galaxia de las ideas generales, sino que con pocas pinceladas sabe describir, con pleno acierto y oportunidad, realidades mundiales, europeas y españolas que el lector agradece (100). Después de describir con bastante detalle las líneas maestras de nuestra Ley 41/2007, de 7 diciembre, de reforma del mercado hipotecario, con nutrida referencia bibliográfica [nota 195], no deja de observar, acertada y oportunamente, que *la aludida reforma del mercado hipotecario supone, en ciertos aspectos, un resquebrajamiento de los pilares o principios fundamentales en derecho hipotecario, produciéndose una variación sustancial en el enfoque futuro de algunas instituciones* (101).

24. *Conclusión meditativa*. A lo largo y ancho de una estival lectura sosegada de este volumen he tenido, sobre la marcha, ocasión de registrar más de una espontánea apreciación valorativa, abrumadoramente positiva, sobre diversos aspectos de esta *opus magna* de nuestra civilística contemporánea. Insisto en la riqueza temática, principal y conexa, así como en la profundidad del análisis realizado por el autor sobre la responsabilidad civil. Solo me queda, al final, recomendar calurosamente a todos los juristas de habla española su lectura –que, a mi juicio, constituirá inevitable punto de referencia sobre el tema en el futuro–, y, aún si se me permite sugerirlo, su *meditatio* reposada y amorosa. Coadyuva a ello la excelente presentación editorial (102).

---

(100) Así en *op. cit.*, pp. 702 y s.: "Acrecen ahora, con la globalización, los factores propicios a inducir *iliquidez*, por la concatenación y el mutuo influjo de las economías. Son ilustrativas, en tal sentido, las innovaciones financieras, de *futures* y dependencias valorativas, *que vulneran la predecibilidad y la confianza* [cita a FRAIGNEAU, *L'argent et la gestion des incertitudes,* APHD, 1998, pp. 127 ss.]. Además el patrón monetario de Breton Woods (1944), había sido progresivamente objeto de interrogantes, pues su tónica general ha sido *acelerar la inflación, la morosidad y la necesidad de reformas.* De modo peculiar en Estados Unidos las hipotecas *subprime* han expandido incertidumbres e instrumentos de insolvencias. Así es como los Estados se han visto urgidos a comprar activos ilíquidos a fin de generar liquidez, establecer precio actual e impartir confianzas al tráfico y al curso de los mercados. En tal contexto, la cultura de la responsabilidad recalca y se hace cargo de la *duplicidad* de momentos que ella supone: el de su previsión y consciencia y el de su efectividad. Con ello la función de la garantía bascula hacia el momento terminal y de efectiva ejecución, al trance procesal".

(101) *Op. cit.*, p. 705.

(102) Que no logran empañar cierto número de erratas tipográficas en las páginas finales, fruto acaso de algún apresuramiento de última hora.

LOS PROCESOS POR RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA

María de las Nieves Jiménez López
Editorial Tecnos, Madrid, 2011
135 páginas

Por María Rosa Gutiérrez Sanz
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

Estamos ante uno de los temas de mayor trascendencia para el ser humano: la salud y todo lo que la rodea. La preocupación por la salud es algo consustancial al hombre, y la praxis de aquellos que se dedican a su protección y mantenimiento ha sido, desde siempre, objeto de observación por parte del resto. La sociedad necesita poder confiar en sus médicos, necesita poder confiar en el sistema sanitario y, por eso, cuando algo falla, cuando el tratamiento no da los frutos deseados, cuando se produce un desenlace que no es el esperado, se necesita buscar un responsable y, en este camino, el legislador intenta mantener un equilibrio, un razonable equilibrio.

No podemos desconocer que en las últimas décadas una buena parte de los procesos judiciales que versan sobre responsabilidad, lo hacen precisamente sobre responsabilidad médica o sanitaria. El derecho de daños en general, la responsabilidad civil de médicos y sanitarios ha alcanzado un desarrollo inusual. En este ámbito, como en otros, la influencia de corrientes extranjeras ha propiciado un vuelco espectacular en su tratamiento y una concepción que ha evolucionado de forma sorprendente en las últimas décadas.

La monografía a la que vamos a dedicar estas páginas nace con la vocación de analizar en profundidad todos los aspectos jurídicos de la responsabilidad médico sanitaria, porque, al margen de los aspectos doctrinales, de los aspectos éticos que el tema pueda tener, existe un fondo de carácter estrictamente jurídico que determina que el modo de enfrentarse con las diversas cuestiones, tanto procesales como sustantivas, vaya a determinar el éxito o el fracaso en la obtención de la tutela apetecida.

La comunidad demanda cada vez más una vía efectiva para resolver las situaciones que se plantean de forma sistemática y sobre las que, hasta el

momento actual, no existe en nuestro país una normativa conjunta y concreta que regule el tema de responsabilidad y daños causados por el personal médico-sanitario y por los centros hospitalarios.

El calvario al que se ven abocados los sujetos que entran en conflicto por una práctica médica, se ve incrementado por la multiplicidad de vías a las que este tipo de tutela jurídica está sometida, ya que, lo que antes pertenecía exclusivamente al ámbito jurídico privado, ha pasado a ser también un auténtico derecho subjetivo público.

Elegir un camino u otro no es siempre tarea sencilla; es necesario analizar, desenmarañar y deslindar las diversas situaciones que abren una u otra vía. A cooperar en esta difícil disyuntiva es a lo que Nieves Jiménez López dedica esta magnífica obra.

La obra se encuentra dividida en tres partes bien diferenciadas y que sin duda van acompañando al lector en la búsqueda de respuesta a cuantos interrogantes se presentan en este ámbito del derecho.

La primera parte se dedica al análisis de los requisitos y los caracteres propios de cada uno de los regímenes de responsabilidad civil previstos en el Código Civil. Como bien es sabido, nuestro Código Civil contiene dos regulaciones distintas. Una que se aplica en aquellos supuestos en los que la producción del daño tiene lugar sin que exista una previa relación obligacional entre los sujetos que intervienen, y la segunda, que tiene su origen en aquellos casos en que el daño se suscita precisamente con ocasión de una relación obligacional que dichos sujetos mantenían con anterioridad.

Así las cosas, la cuestión inicial se centra en establecer los requisitos y los caracteres que son propios de cada uno de los regímenes, para así, una vez que se produce un hecho o una conducta médica, poder encuadrarla en uno u otro sistema de responsabilidad civil. Tal labor de encuadre, lejos de ser una construcción doctrinal, constituye la cuestión fundamental en la práctica.

Aunque puede parecer que la diferencia entre un tipo de responsabilidad y otro es relativamente clara y sencilla, lo cierto es que, en la práctica, un mismo hecho dañoso puede adscribirse a ambos tipos de responsabilidad, es decir, se producen supuestos en los cuales pueden ser aplicables ambos regímenes de responsabilidad.

En principio suele considerarse que cuando no se reúnan los requisitos necesarios para vincular dicho supuesto al régimen de responsabilidad contractual, debe entonces acudirse al de régimen extracontractual, quedando por tanto este segundo en situación de supletoriedad frente al primero. Sin embargo, debemos tener en cuenta que no todos los daños que se produzcan entre dos sujetos que tengan una relación contractual tienen por qué tener su origen en la misma. La jurisprudencia es vacilante a la hora de calificar el origen de los daños, de tal forma que en ocasiones se determina incluso que concurren ambas responsabilidades.

La autora considera que la aplicación de un criterio u otro depende del caso concreto. Los jueces tratan en muchos supuestos de beneficiar al sujeto perjudicado, especialmente en aquellos casos en que la aplicación de un régimen jurídico o de otro puede poner en peligro el resarcimiento del daño a causa del breve plazo de prescripción establecido para la responsabilidad extracontractual.

En la segunda parte del libro se analizan las cuestiones más relevantes del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en relación con la prestación de servicios sanitarios que surge como régimen de responsabilidad diferente.

La protección de la salud ha evolucionado hasta quedar configurada como un derecho reconocido y extendido a todos los ciudadanos. De hecho, el artículo 43 de la Constitución establece que "se reconoce el derecho a la protección de la salud" y que "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios".

La socialización de la medicina ha supuesto un cambio fundamental en lo que a la asistencia sanitaria se refiere, de tal forma que ha pasado de estar incluida única y exclusivamente dentro del ámbito jurídico privado para pasar a configurarse también como un derecho subjetivo público.

Lo cierto es que cuando un ciudadano acude a un centro público hospitalario, se produce tal diversidad de relaciones jurídicas que no resulta sencillo concretar ni establecer la responsabilidad de cada uno de ellos, por lo cual, en la mayoría de los casos, la responsabilidad específica del médico se diluye en la responsabilidad del centro hospitalario. Tanto es así, que puesto que los centros hospitalarios públicos son competencia de los poderes públicos, les es de aplicación todo el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, regulado en normas administrativas, en lugar del sistema de responsabilidad civil general. Siendo así, resulta imprescindible catalogar el supuesto en cuestión dentro de la asistencia sanitaria como relación jurídico-privada o como derecho subjetivo público, pues de ello depende que se aplique el régimen de responsabilidad civil general o el régimen de responsabilidad patrimonial de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En este sentido, nos encontramos, por tanto, con que dos actos médicos, realizados con la misma diligencia, con los mismos medios técnicos, e incluso por el mismo facultativo, puedan llevar, sin embargo, a consecuencias jurídicas muy distintas dependiendo de si dicho acto tuvo lugar como consecuencia de la relación jurídico-privada establecida entre el paciente y el médico o entre el paciente y el centro hospitalario privado de que se trate o, por el contrario, se produjo al ejercitar este su derecho a la protección de la salud pública, acudiendo a un centro hospitalario público.

Finalmente, y teniendo en cuenta que la problemática planteada tiene un reflejo directo en el ámbito procesal, la tercera parte del libro está dedicada al análisis de todas y cada una de las particularidades que este tipo de procesos presenta en la práctica.

El deslinde del orden jurisdiccional cuando el hecho dañoso tenía lugar en el ámbito de un centro hospitalario público no ha sido cuestión pacífica, y aunque en la actualidad el panorama parece más claro, sin embargo nuevos problemas se avecinan cuando la Administración de que se trate se encuentra cubierta por un seguro de responsabilidad civil. Este fenómeno determina que un nuevo sujeto, las compañías aseguradoras, se inserten en este, ya de por sí, complejo panorama.

Si en cualquier proceso la prueba es el aspecto fundamental, en este tipo de procesos, en los cuales la prueba reviste una mayor dificultad, merece un estudio detenido. Tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, se ha ido produciendo una marcada evolución, sobre todo en el aspecto de la carga de la prueba. Hoy en día, y tras una jurisprudencia tan variada como contradictoria en muchas ocasiones, sigue manteniéndose una cierta confusión entre la carga de la prueba de los hechos que ocasionan el daño, con la carga de la prueba de la culpa. Desde luego, los hechos constituyen el supuesto de hecho necesario para que se puedan aplicar las consecuencias jurídicas, en tanto la culpa es un criterio de imputación, con base en el cual se hace responsable al sujeto que ha llevado a cabo esos hechos de las consecuencias jurídicas que de los mismos se derivan. La regla general sigue siendo que aquel que alega la mala praxis médica habrá de ser quien la pruebe, esto es, el paciente o sus herederos. Pero deben también contemplarse situaciones excepcionales en las cuales, y para evitar situaciones de absoluta indefensión, el principio de normalidad determina que la carga de la prueba sea de aquel que se encuentra en mejores condiciones para acreditar determinados hechos. En el mismo sentido, se han venido incluyendo en los códigos procesales la aplicación de la prueba de presunciones.

La monografía hace un magnífico estudio de los efectos que se desprenden de la aplicación de un sistema u otro, tanto desde el punto de vista del paciente como desde el punto de vista del facultativo. No se puede olvidar que este tipo de tutelas atacan a valores especialmente sensibles, lejanos de lo puramente pecuniario, aun cuando, al final, el resarcimiento sea el único método viable de solución.

El tema es apasionante, y la autora completa esta excelente monografía con la exposición de algunas soluciones de "lege ferenda", que, unidas a un riguroso estudio jurisprudencial, determinan que estemos ante un instrumento muy valioso para el tratamiento de estos conflictos.

El catedrático de derecho procesal de la Universidad de Málaga, D. Juan Antonio Robles Garzón, completa la monografía con un inspirado prólogo,

del que me gustaría destacar la referencia que hace al enfrentamiento entre "las batas verdes y las batas negras", y me hago eco de su reflexión: "Togas y batas se miran con recelo pero ninguno de los que las portan tienen más interés que el de curar y hacer justicia, que no es otra cosa que curar el hipotético desequilibrio social".