88-89

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

octubre-diciembre 2013
enero-marzo 2014

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS
Y RECENSIONES

COMENTARIOS A SENTENCIAS
Y RESOLUCIONES

Números 88-89
octubre-diciembre 2013
enero-marzo 2014

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

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

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*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com
Impresión: STAGNO, S. L.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE
D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR
D. Javier Manrique Plaza

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

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Revista Jurídica del Notariado
Números 88-89
octubre-diciembre 2013
enero-marzo 2014

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

El derecho de libertad religiosa: un apunte histórico 11
Antonio Fernández de Buján

El *ius commune* y sus vías de recepción en España(Segunda parte) 29
Juan Alfredo Obarrio Moreno

El legado de empresa familiar (Segunda parte) 105
Juan Faustino Domínguez Reyes

La dación en pago y otras medidas de protección del deudor hipotecario; en particular, la expropiación temporal de uso de la vivienda habitual 163
Irene Aznar Sánchez-Parodi

Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos 217
Ricardo Cabanas Trejo

El Notario es agente de la libertad real 269
Gunther Hernán Gonzales Barrón

Claves de la sucesión intestada en el Derecho común 305
Gabriel de Reina Tartière

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Familia modelo y modelos de familia ante el Derecho actual 321
Víctor Manuel Garrido de Palma

La patria potestad compartida en la filiación no matrimonial (Comentario a la STS de 26 de octubre de 2012) 345
Juan-Faustino Domínguez Reyes

Medidas de reacción frente a la calificación desfavorable del Registrador de la Propiedad 357
Rodrigo Tena Arregui

Comaternidad sin padre legal 375
Ángel Sánchez Hernández

Capacidad e incapacidad para testar 429
Aurelia María Romero Coloma

La representación del título sucesorio en el registro de la propiedad según la doctrina de la DGRN (Segunda parte) 469
Rafael Rivas Andrés

Representación orgánica y conflicto de intereses: principios civiles y mercantiles (Segunda parte) 535
Gerardo von Wichmann

El Notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: crónica de un protagonismo anunciado 579
Leonardo B. Pérez Gallardo

La imposible enajenación del derecho de usufructo ... 657
José María Navarro Viñuales

La conciliación de la vida laboral y familiar 669
Elvira López Díaz

La Preterición: una reforma necesaria 705
Carlos Jiménez Gallego

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

¿Incapacitación vs. Persons with disability... o viceversa? 743
Gabriel García Cantero

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda 823
Víctor Manuel Garrido de Palma

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS Y RECENSIONES

"La verdad biológica en la determinación de la filiación", Gonzales Pérez de Castro, M. Prólogo de Durán Rivacoba, R., vol. 374 pp, ed. Dykinson, Madrid, 2013 839
José María de la Cuesta Sáenz

"Derecho administrativo agrario" J. L. Palma Fernández, Ed. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, vol. 270 pp. Madrid, 2013 843
José María de la Cuesta Sáenz

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Promesas de compraventa de acciones con cláusula penal y puesta en vigor condicionada a sentencia de divorcio. (Comentario a la STS de 1 de abril de 2013, núm. 187/2013) 849
Luis Hernando Cebriá

Cláusulas estatutarias de sumisión de los conflictos societarios a mediación y a arbitraje. (Comentario a la Resolución de la DGRN de 25 de junio de 2013. BOE núm. 178, de 26-07-2013) 863
Luis Hernando Cebriá

Interpretación de cláusula de contrato de compraventa de empresa que incorpora una condición relativa al precio. (Comentario a la STS de 12 de septiembre de 2013, núm. 546/2013) 879
Miguel Gimeno Ribes

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ESTUDIOS DOCTRINALES

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA: UN APUNTE HISTÓRICO

Antonio Fernández de Buján (*)
Catedrático de Derecho Romano UAM
Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación

Resumen: En materia de libertad religiosa, hay que esperar a la promulgación del Edicto de Milán del año 313 d. C., para que la separación entre el Derecho y la Religión, se configuren como dos realidades diferentes en el seno de la sociedad romana y de la civilización europea.

Palabras clave: Derecho. Religión. Libertad religiosa. Edicto de Milán.

Abstract: In terms of freedom of religion, we must wait for the enactment of the Edict of Milan in 313 B.C., to the separation between law and religion, are configured as two different realities within Roman society and of European civilization.

Keywords: Law. Religion. Freedom of religion. Edict of Milan.

(*) El presente estudio constituye el desarrollo de la Ponencia presentada por el Autor en el Congreso Internacional sobre "La tolerancia religiosa desde la antiguedad hasta nuestros días", que se celebró en la Universidad Paisii Hilendarski de Plovdiv, Bulgaria, los días 18 y 19 de octubre de 2013.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

1. IUS SACRUM

2. PAGANISMO. JUDAÍSMO. CRISTIANISMO

3. EDICTO DE MILÁN Y DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

4. DE LA INFLUENCIA DE LA FILOSOFÍA CRISTIANA EN LA LEGISLACIÓN AL CESAROPAPISMO

1. IUS SACRUM

En la República romana, la vida diaria estaba impregnada del sentido de lo divino. Con la expresión "ius est" se aludiría al comportamiento humano que no lesiona a nadie y, por ello, a una actuación justa, y con "fas est" a un determinado comportamiento frente a la divinidad (1).

En la interrelación de los términos ius y sacrum, en el denominado ius sacrum, está la voluntad de juridificar las relaciones de los dioses con las personas, así como de conocer la voluntad de los dioses a través de los colegios sacerdotales, que actúan como intermediarios.

Las actuaciones ilícitas, contrarias al ius o al fas, podrían perseguirse mediante la vía del proceso, en el curso del que las partes pondrían a los dioses por testigos, mediante juramento, de sus afirmaciones, lo que determinaría su carácter sacro (2) .

Fas y Ius son términos utilizados en las más antiguas fuentes de las que tenemos noticia (3). El proceso de secularización del ius

(1) En este sentido en Kaser, Das römische Zivilprozessrecht, C. H. Beck 1996, pp. 71.

(2) Sobre la dicotomía ius-fas, *vid.* Orestano, *Dal ius al fas*, en BIDR, 46, 1940, pp. 194 y ss.; Gioffredi, *Ius-lex-Praetor*, SDHI, 13-14, 1946-47; Noailles, *Fas et Ius*, Etudes de Droit Romain, París, 1948. Guarino, *Le origine quiritarie*. Raccolta di scritti romanistici, Nápoles, 1973.

(3) No es pacífico el debate sobre la etimología de estas palabras, aunque parece probable su originaria significación religiosa. *Vid.* sobre la etimología de los términos ius y fas, las correspondientes voces en: Thesaurus Linguae latinae, Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, Dictionnaire

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

concluyó con la separación, a grandes rasgos, entre Derecho, en el que se incluyen el ius, la lex y la costumbre, Religión y Moral, a lo largo de la República. A esta etapa se remonta el conocido texto de Isidoro de Sevilla: Fas lex divina est, ius lex humana est (4).

Para una época primitiva, los textos parecen identificar ius y fas, cuando para referirse a una conducta lícita utilizan indistintamente las expresiones ius est o fas est o cuando emplean, también indistintamente ius non est o fas non est para aludir a una actuación no lícita. Sin embargo, a mi juicio, ni tan siquiera en los primeros tiempos, se habría producido un grado tal de identificación (5).

El sentimiento religioso informa, en los primeros siglos de la comunidad política romana, tanto la esfera privada, así los sacra privata, confiados a la responsabilidad del cabeza de familia, como la esfera pública, en la que los sacra publica se confiaban a los colegios sacerdotales.

Parece, eso sí, probable, que la idea religiosa, el fas en todas sus manifestaciones, incluyera en su seno el *ius*, pero éste tendría, en líneas generales, un contenido diferente, dado que se correspondería con la regulación de las relaciones interpersonales, y sería la violación de sus disposiciones lo que constituiría una iniuria, un actuar contra el ius: in-ius (6), si bien la interpretación y la aplicación del ius, habría sido competencia, durante siglos, de los pontífices y la idea religiosa informaría la estructura y los efectos de importantes instituciones jurídicas, cuya violación no sólo constituiría, en estos casos, una actuación contra el ius (ius non est, iniuria), sino también contra el fas (fas non est, nefas): así por ejemplo, el juramento (iusiurandum), el matrimonio religioso (confarreatio), el divorcio en un matrimonio religioso (diffarreatio), un tipo especial de adopción (adrogatio), la sucesión en los dioses familiares (sacra familiaria), el contrato verbal de sponsio, la profanación de los sepulcros o de otros lugares religiosos, el matrimonio incestuoso, etc.

---

des antiquités grecques et romaines, ed. Daremberg y Saglio y Enciclopedic Dictionary of Roman Law, de Berger.

(4) San Isidoro de Sevilla, Etimologías, 5.3.1.

(5) *Vid.* al respecto en Lévy-Bruhl, *Sur la Lainization du droit à Rome*, RIDA, 6, 1951, pp.

(6) *Vid.* en Voci, *Diritto romano in etá arcaica*, SDHI, 19, 1953, pp. 38 ss.; Gioffredi, *Religione e diritto nella piu antica experienza romana*, SDHI, 20, 1954, pp. 259 ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Podríamos pues hablar de un núcleo amplio de disposiciones laicas del primitivo ius, cuyo desconocimiento constituiría una iniuria, un ius non est, y un núcleo reducido de disposiciones religiosas del ius, cuyo incumplimiento además de iniuria, constituiría un acto de nefas, sancionado con mayor severidad (7).

Del concepto de fas en sentido técnico-religioso formarían parte además, todo el amplio conjunto de deberes encuadrables en el ámbito de lo sacro (ius sacrum) o de lo religioso (ius religiosum), así como los ritos y prescripciones propias de los colegios sacerdotales de los pontífices, los feciales y los augures, que constituyen el ius pontificium, el ius fetiale y el ius augurale (8).

Los sacerdotes, como intérpretes de la voluntad de los dioses, a través de signos observables en la naturaleza, interpretados con amplia discrecionalidad en sus orígenes y de forma más reglada con posterioridad, e intermediarios entre los dioses y los hombres, asumen un importante protagonismo en la realidad cotidiana de la comunidad romana: a ellos correspondía la valoración de lo justo, ius-fas y de lo injusto, iniuria-nefas, y su determinación en los días en los que el colegio pontifical establecía al efecto para administrar justicia, los llamados dies fasti, únicos en los que se podría desarrollar esta actividad, que quedaba prohibida en los restantes días del año que recibían, al respecto, la denominación de dies nefasti.

La dicotomía ius humanum-ius divinum es formulada con posterioridad, y habría que situarla en un momento en el que el grado de diferenciación entre lo laico y lo religioso, se encontraría en un estadio más avanzado (9).

Durante la Monarquía y primeros siglos de la República, establecidas las normas de convivencia, que constituyen el fundamento de

(7) Beduschi, *Osservazioni sulle nozioni originali di "fas" e "ius",* Revista Italiana Scienze Giuridiche, nueva serie, 10, 1935. Kaser, *Zum ius Begriff der Römer*, Acta Jurídica, 1977, pp. 63 ss. Guarino, *L'Ordinamento Giuridico Romano*, Napoli 1980 pp. 88-109.

(8) *Vid.* acerca del contenido de estas expresiones, Catalano, *Contributi allo studio del diritto augurale,* Turin 1960; Id. *Per lo studio dell' "ius divinum",* Studi e materiali di storia delle religioni, 33, 1962, pp. 1962 ss.; Berger, *"Ius divinum", "Ius pontificium", "Ius sacrum",* sub voce, en Pauly-Wissowa.

(9) Orestano, *Elemento divino ed elemento umano nel diritto romano*, Revista Internazionale di filosofia del diritto, 21, 1941, facs. II.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

todo Ordenamiento Jurídico, y consolidadas por el uso y el reconocimiento social determinados usos consuetudinarios, se atribuye en Roma su conservación, interpretación y aplicación, durante los primeros siglos, a un colegio oficial de sacerdotes, llamado Pontífices, que cedieron su protagonismo en la creación del Derecho de forma progresiva con la aparición de los primeros juristas laicos.

Los pontífices, originariamente en número de tres, eran sacerdotes, si bien este término no coincide con el significado actual, dado que no se trataba de personas especialmente espirituales, sino de patricios expertos en cuestiones, entre otras, de religión y derecho. Se consideraban depositarios de la tradición, conocedores de los ritos, fórmulas, términos jurídicos, etc., que necesariamente debían emplear las partes en los negocios o en los procesos, si no querían perderlos o resultar invalidados por un defecto de nulidad a causa del incumplimiento de la forma.

En suma, antes de iniciar un proceso o durante el desarrollo del mismo, antes de iniciar un negocio o formalizar un contrato, era usual consultar todos los extremos al colegio pontifical, que era el depositario de los formularios negociales y procesales, y fijaba el calendario judicial por el que se distinguía entre días judiciales *(dies fasti)* y no judiciales *(nefasti).*

El Derecho primitivo aparece pues ligado a la religión en el ritualismo, en el formalismo, en cierto secretismo y en atención al hecho de ser las mismas personas, los pontífices, los depositarios del saber jurídico y los intérpretes de la voluntad de los dioses.

Ahora bien, la interpretación del Derecho no se entendía realizada por los pontífices en atención a la voluntad de los dioses, sino que tenía sus propias técnicas, su propia lógica y su propia fundamentación, conservadas por escrito y en secreto en los *libri pontificales.* A mi juicio, en este sentido, sí puede afirmarse la existencia, en el propio ámbito de actuación del colegio pontifical, de una diferenciación progresiva entre normas jurídicas relativas a las relaciones entre las personas y con la comunidad y normas sacras que contemplan las relaciones entre las personas y los dioses.

En el primitivo tipo de procedimiento se exigía a las partes, actor y reus, que jurasen, sacramentum, es decir, que pusiesen a los dioses de testigos, la veracidad de las afirmaciones contenidas en la demanda y la contestación, y de ahí la expresión legis actio sacramento. La no exigencia del juramento, sacramentum en los tipos

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de procedimiento posteriores previstos en la ley en el siglo V a.C., supone una manifestación de la progresiva laicización del ius. Una evolución semejante se percibe en el cambio de concepción de la inviolabilidad de los tribunos de la plebe, la sacertas, que pasa de ser protegida por el juramento unilateral plebeyo, a ser garantizada por los poderes públicos.

La familia y la gens, sobre las que se fundamenta la sociedad romana de los primeros siglos, están asimismo imbuidas del sentido de lo religioso. Las *gentes* (clases o estirpes) estarían unidas por tradiciones y cultos propios. En los primeros siglos, junto a la religión de Estado se produce un notable desarrollo de la religión familiar y gentilicia.

En el progresivo proceso de separación entre religión y Derecho, de pérdida del monopolio interpretativo del ius por el Colegio Pontifical, y de la incorporación de plebeyos como sacerdotes a un Colegio durante siglos acaparado por el patriciado, pueden destacarse los siguientes hitos fundamentales:

a) A finales del siglo VI a.C. se publican un número determinado de leges regiae por el pontífice Sexto Papirio; de ahí el nombre de ius papirianum, con el que se conocen estas disposiciones. Se trataría de normas en vigor aprobadas por el colegio pontifical, de las que no tenemos más que vagas noticias de su existencia.

b) La publicación de la normativa contenida en las XII Tablas a mediados del siglo V a.C. supuso la introducción en el mundo jurídico de la época de principios como: publicidad, certeza, objetividad, seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

c) La publicación el año 304 a.C. por un auxiliar amanuense, Cneo Flavio, del censor Apio Claudio, que habría formado parte del colegio pontifical, de las fórmulas de las acciones, necesarias para iniciar válidamente un proceso.

d) El acceso de plebeyos al colegio pontifical, probablemente en el siglo IV a.C. El colegio pontifical estaba presidido por el *Pontifex Maximus,* y los nuevos miembros del colegio eran elegidos por *cooptatio* entre los pontífices existentes en el momento de la incorporación. En el siglo III a.C., era frecuente el acceso al colegio pontifical

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de juristas laicos que habían ganado prestigio ejerciendo la labor de asesoramiento a ciudadanos y magistrados. La interpretación del Derecho por los pontífices suele considerarse una labor de creación, en cuanto que es frecuente la adaptación de las viejas instituciones a las nuevas necesidades sociales y se procedía a enriquecer el Derecho a través de la aplicación del mecanismo de la analogía en supuestos de lagunas legales.

e) A mediados del siglo III a.C., el primer plebeyo que accede al Pontificado Máximo, Tiberio Coruncamo, comienza a dar respuestas públicas a las preguntas jurídicas que se le plantean. Es probable que sea entonces cuando comienza la enseñanza no reglada del Derecho y no tanto del contenido de la norma jurídica, sino de la técnica de argumentación, de la fundamentación, de la lógica jurídica, del debate de ideas en el foro *(disputatio fori),* que tenía un carácter eminentemente práctico. Se trataba de razonar entre el maestro-jurista experimentado y sus discípulos, aspirantes al conocimiento del Derecho, sobre casos concretos reales o imaginarios, a los cuales había que dar la solución más justa posible con arreglo al Derecho vigente, o proponer una regulación diferente a la vista de la nueva realidad social o del cambio de concepción sobre la justicia de la solución prevista.

En el siglo III a.C. podemos ya considerar existente una jurisprudencia laica, que actúa al margen del colegio pontifical, y consolidada la distinción y separación entre el *fas* entendido como la licitud de un acto conforme a la divinidad, el *ius,* entendido como norma abstracta, derecho objetivo u ordenamiento jurídico en general y la *lex,* referida a disposiciones concretas reguladoras de una determinada materia.

El proceso de secularización del ius concluyó con la separación, a grandes rasgos, entre Derecho, en el que se incluyen el ius, la lex y la costumbre, religión y moral, a lo largo de la República.

En materia de religión constituye, por otra parte, una influencia etrusca el culto a los tres dioses del Capitolio: Júpiter, Juno y Minerva. La etnia etrusca actúa como transmisora de la cultura helénica. Asimismo, procede de los etruscos la costumbre de examinar las entrañas de los animales, los fenómenos atmosféricos o el canto, el vuelo y el apetito de las aves, a los efectos de conocer la voluntad

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de los dioses en relación con la oportunidad de realizar actos de carácter político o militar. La competencia en el arte o técnica de la adivinación se atribuía a los augures.

El culto a los muertos familiares, *Manes,* de gran arraigo en Roma, se manifestaba en el ofrecimiento de flores y alimentos en fechas señaladas. Los latinos se caracterizan por el rito fúnebre de la incineración, mientras que los sabinos practican el rito de la inhumación de los cadáveres.

La Comunidad romana y los individuos que la conforman están imbuidos de la presencia y la influencia de la divinidad, lo que hizo posible la aceptación, hasta el cristianismo, de los dioses de pueblos diferentes al romano.

Los cultos a los dioses extranjeros se practicaban en Roma e Italia sin necesidad de previa autorización. Sólo la perturbación del orden público supuso, en alguna ocasión, como sucedió con las Bacanales, la prohibición de culto a los dioses no romanos (10). La aceptación de la divinidad extranjera como divinidad de todo el pueblo romano, sí requería una deliberación, y posterior decisión favorable, por el Senado.

Las magistraturas de Cesar y Augusto (11) suponen un reforzamiento de los lazos entre lo religioso y lo jurídico, al darse los primeros pasos en el camino del culto y la divinización de los emperadores en los siglos posteriores. El título de Augusto que el Senado otorga a Octaviano en el 27 a. C., le confiere una dimensión religiosa, en cuanto hace referencia a su condición de augurado, de bien visto por los dioses, a su posición como autoridad política.

Todavía a comienzos del siglo III, Ulpiano, en un texto recogido en D. 1.1.1.2, procede a definir el ius publicum como "quod ad statum rei romanae spectat" y afirma que consiste "in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus" y define la iurisprudentia, conforme se recoge en D. 1.1.10.2, como "divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia".

(10) *Vid.* en Murga, *Rebeldes a la República,* 2.ª éd., Sevilla 1995

(11) *Vid.* en Syme, *The Roman Revolution*. Oxford 1939 ; Betti, *La crisi della Repubblica e la genesi del Principato in Roma.* Studia et documenta, Roma 1982.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2. JUDAÍSMO. CRISTIANISMO. PAGANISMO

No cabe duda razonable respecto a que Jesús de Nazaret, que fue una persona cuyo historicidad está científicamente comprobada, nació en época de Augusto y murió crucificado en época de Tiberio.

A propósito de la historicidad de la figura de Jesús, escribió Eduardo García de Enterría, en un reciente artículo, que pocas hazañas científicas recientes podrán ser comparables a la investigación de Thiede, escriturista y papirólogo alemán, que ha demostrado con todas las técnicas actuales posibles –historia antigua, filología clásica y semítica, arqueología, paleografía, numismática, epigrafía, crítica literaria, escriturística e incluso un nuevo microscopio láser patentado con un biólogo por el propio Thiede– de que disponemos, y podemos ver y tocar en el Magdalen College de Oxford, un fragmento de papiro anterior al año 60 de nuestra era que transcribe varios fragmentos del Evangelio de San Mateo. Hasta ahora el documento más antiguo que se conocía de la narración evangélica databa de finales del siglo II. Hoy debemos saber –afirma Thiede– que los evangelios son informaciones fácticas sobre la vida de un hombre real. Ningún científico podrá decir que los Evangelios son "verdaderos", pero la ciencia sí permite asegurar que son "auténticos" (12).

El país de los judíos, en el año de nacimiento de Cristo, había sido ocupado por los romanos desde hacía unos cincuenta años y dividido en varias provincias. Algunas de estas provincias, como Judea y Samaria, eran directamente gobernadas por los romanos, y en ellas el prefecto en la época de Cristo era Poncio Pilato. En otras provincias, como Galilea, había reyes –en aquellos años, Herodes– que se sometían al poder de Roma. La ocupación romana se manifestaba básicamente en el pago de impuestos, porque la gran pregunta en la época era la de la legitimidad del pago del tributo. En los demás aspectos, la autonomía administrativa reconocida a los judíos era grande: el Sanedrín tenía competencias en todas las materias que afectaran al pueblo judío y se reunía en el Templo. La ocupación militar era más bien simbólica: 3.000 soldados romanos para una población de dos millones de habitantes (13).

---

(12) Thiede, *The Jesus Papyrus*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1996.

(13) *Vid.* en Fernández de Buján, A., *Derecho Público Romano*, 17 ed., Civitas 2014, pp.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La religión judía había sido tolerada y considerada lícita por César. Sólo con Nerón, que achaca a los cristianos el incendio de Roma, se comienza a distinguir entre judíos y cristianos, que sufren la primera persecución.

La muerte de Cristo había sido reclamada al gobernador romano Pilatos, que accede a su ejecución, si bien procura salvar su responsabilidad al afirmar "soy inocente de la sangre de este justo". El Sanedrín no puede condenar a muerte, sólo puede hacerlo el gobernador romano, por lo que acusan a Jesús de pretender ser rey de los judíos y de intentar el derrocamiento del gobierno romano.

Sobre el proceso de Jesús se ha publicado, entre los varios centenares de obras al respecto, una valiosa monografía, de la que existe edición en español en 2002, en la que especialistas de distintas ramas del saber científico –historiadores, romanistas, escrituristas, politólogos, filólogos, etc.– aportan sus puntos de vista sobre el tema (14).

La aparición del cristianismo, con un novedoso proyecto de vida fundado en las bienaventuranzas, tan distinto a la jerarquía de valores del paganismo, y en la inmortalidad del alma, supuso un contraste manifiesto con la religiosidad oficial, pero no un cuestionamiento de la autoridad política, respecto de la que tanto Cristo como sus discípulos se mueven en el marco de máxima evangélica: "Dad al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios".

Muerto Cristo, el Cristianismo se difunde por todo el territorio romano. Las causas –escribe Miquel– son tanto intrínsecas como extrínsecas: en primer lugar, la neta superioridad del mensaje cristiano, que toca el fondo mismo de la existencia humana, frente a la religión romana politeísta, basada en ritos puramente externos y en el culto al emperador; en segundo lugar, la unidad del Imperio Romano y de la propia cultura helénica facilita la comunicación y, por tanto, la difusión del mensaje de Cristo. La difusión del Cristianismo tiene lugar sobre todo en las ciudades, y la penetración entre los habitantes de las aldeas *(pagi)* es mucho menor, de ahí que a éstos se les llamara "paganos" (15).

(14) *El Proceso contra Jesús*. Autores varios. Coordinadores: Amarelli y Lucrezi. Trad. A. Fernández de Buján. Introducción F. Fernández de Buján.

(15) Miquel, J., *Derecho Romano*, Madrid 1992.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El principal choque entre el Cristianismo, que no cuestiona la Instituciones políticas de la sociedad romana, y la religión oficial del Imperio deriva de la negativa de los cristianos a ofrecer sacrificios al emperador y rendirle culto como si se tratara de un dios (16).

Las denuncias personalizadas de los ciudadanos romanos que profesan la religión tradicional ante los gobernadores provinciales son la principal causa de persecución en los primeros tiempos. La profesión de fe cristiana, el hecho religioso en definitiva, no es en sí misma considerada una actividad delictiva ni ilícita, si bien los cristianos son vistos como una secta, como una superstición, superstitio, que resulta antipática a una parte de la población romana por sus reuniones nocturnas, sus cantos y su secretismo en el comportamiento con los no cristianos. Por otra parte, se conservan noticias acerca de las discrepancias entre los grupos de cristianos de procedencia judaica y los de procedencia pagana (17) .

La actitud de los Príncipes y Emperadores romanos varía mucho, por otra parte, ante la profesión de fe cristiana (18).

Tertuliano refiere que Tiberio habría recomendado al Senado el reconocimiento de la divinidad de Cristo como otro dios en el mundo pagano y sí bien no hay evidencia al respecto de que ello haya sido así, sí parece haber existido una actitud favorable del Príncipe hacia el cristianismo. Nerón es el primer gobernante que ordena una persecución de los cristianos, a muchos de los cuales ordena ejecutar, a los que imputa el incendio de Roma. Domiciano, que gobierna Roma del 81 al 96 d.C., decreta la segunda persecución (19). En el año 111, Plinio, Gobernador de Bitinia, consulta a Trajano sobre la actuación a seguir ante las numerosas contra los cristianos. Trajano

(16) *Vid.* al respecto en Cullmann, *Der Staat in neuen Testament,* Tübingen 1956; Sordi, *I cristiani e l´impero romano*, Milano 1984

(17) *Vid.* en Cullmann, Petrus, Jünger-Apostel-Märtyrer, Zürich-Stuttgart 1952.

(18) *Vid.*, con carácter general, en Lombardi, G., *Persecuzioni, Laicità, libertà religiosa. Dall'ediitto di Milano alla 'Dignitas Humanae'*. Roma 1913. Rahner, Kirche und Staat im frühen Christentum, München 1961.

(19) La literatura sobre las persecuciones es amplísima, *vid.* Moreau, *La persécution du christianisme dans l'empire romain*, París 1956; Brezzi, *Dalle persecuzioni alla pace di Costantino*, Roma 1960.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

le responde que ante una denuncia, no anónima, la prueba fundamental de que los cristianos no cuestionan la autoridad del Príncipe está "en que hagan sacrificios a nuestros dioses" (20).

Antonio Pio y Marco Aurelio disponen que no se actúe contra los cristianos sin un procedimiento regular, y que una vez incoado, si éstos no renegasen de su fe, mediante actos concluyentes, se proceda a dictar una sentencia de muerte y a su ejecución (21).

En el siglo III se atribuye una disposición a Septimio Severo conforme a la cual se prohíbe a los cristianos hacer proselitismo de su fe. La desobediencia al poder absoluto del emperador constituye la principal causa de los procesos individuales seguidos contra los cristianos.

La manifestación de sometimiento al Emperador llega hasta el extremo, con Decio como Emperador, cuando se obliga a todos los súbditos, bajo pena de muerte en caso de negativa, a realizar sacrificios a los dioses, lo que se controla mediante la expedición de un certificado oficial de cumplimiento.

La más cruenta de las persecuciones fue la desatada por Diocleciano: destruye templos y escritos cristianos, depura el Ejército de soldados que profesen la fe cristiana y llega a decretar la condena a muerte por el simple hecho de profesar el Cristianismo (22). A partir de entonces, la situación evoluciona, de forma paulatina, en sentido contrario (23).

(20) Mayer-Maly, *Der Rechtsgeschichtiche Gehalt der 'Chirstenbriefe' von Plinius und Trajan*, S.D.H.I., 22, 1956, pp. 311-328.

(21) *Vid.* al respecto en Pugliese, *Linee generali dell´evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato,* ANRW, II, 14/2, 1982, pp 722-789.

(22) Sobre las persecuciones de Diocleciano, *vid.* Ricciotti, *La 'era dei martiri'. Il cristianesimo da Diocleziano a Costantino. Note in tema di costituzioni imperiali,* S.D.H.I., 27, 1961; Siniscalco, *I martiri della Chiesa primitiva*, en AAVV, Martiri-Giudicio e dono per la Chiesa. Torino 1981, pp. 9-28.

(23) *Vid.* en Rahner, *The conflict between Paganism and Christianity in the fourt century,* Oxford 1963. Acerca de las fuentes de este periodo, *vid.* Amelotti, *Da Diocleziano a Costantino. Note in tema di constituzioni imperiali,* S.D.H.I., 27, 1961.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

3. EDICTO DE MILÁN Y DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Fue el emperador Galerio el primer emperador que, en el año 311, en el Edicto promulgado en Serdica, la actual Sofía, sancionó la tolerancia religiosa, lo que debe ser considerado como el acto inicial de la evolución cristiana del Imperio Romano (24), si bien hay que esperar al año 313 para que de forma inequívoca y definitiva, Constantino y Licinio estableciesen en una constitución, conocida bajo la denominación de Edicto de Milán, que cada persona podía libremente profesar la religión que quisiese: "liberam potestatem sequendi religionem quam quisque voluisset" (25).

Constantino, en el 313, promulga el edicto de Milán por el que tolera el Cristianismo, a cuya fe acaba convirtiéndose, y Teodosio, a finales del siglo IV, acaba proclamando el Cristianismo como religión oficial del Estado, al tiempo que dicta normas legales contra los herejes y contra los paganos. En el Concilio de Nicea del año 325, Constantino convoca por primera vez a todos los obispos del Imperio, por lo que cabe hablar desde entonces de Iglesia Católica.

En materia de libertad religiosa, hay que esperar, en definitiva, a la promulgación del Edicto de Milán para que la separación entre el Derecho, entendiendo por tal el Derecho Positivo, y la Religión, se configuren, como ha escrito Lombardi, como dos realidades diferentes en el seno de la sociedad romana y de la civilización europea. El reconocimiento de este derecho fundamental de la persona en la esfera religiosa en el año 313 de nuestra era, constituye un acontecimiento al que se llega después de un largo proceso de miles de años de historia (26).

---

(24) *Vid.* en ese sentido en Novkiriska, *L'edit de Serdika de L'empereur Galerius du 30 avril 311,* RGDR, núm. 20, junio 2013. Sobre la muerte de Galerio en la obra de Lactancio, *vid.* Amarelli, Il "de mortibus persecutorum" nei suoi rpporti con la l´ideologia coeva, S.D.H.I., 36, 1970, pp. 207-264.

(25) *Vid.* en Lombardi, *L´Editto di Milano del 313 e la laicità dello Stato,* S.H.D.I., 50, 1984, pp. 1-98.

(26) *Vid.* al respecto en Lombardi, *Dall´Editto di Milano del 313 alla 'Dignitas Humanae' del Concilio Vaticano II*, Estudios de Derecho en honor de A. D´Ors, vol II, Pamplona 1987, pp. 735-780.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

4. DE LA INFLUENCIA DE LA FILOSOFÍA CRISTIANA EN LA LEGISLACIÓN AL CESAROPAPISMO

La influencia de la filosofía cristiana en el Derecho Romano es clara en determinadas instituciones. Así, por ejemplo, se favorecen las manumisiones y se crea la denominada *manumissio in ecclesiis;* se dificulta el divorcio, estableciéndose sanciones patrimoniales para el cónyuge culpable y causas tipificadas para el divorcio por mutuo acuerdo; se protege a los hijos(as) frente a la potestad paterna; se reconocen derechos hereditarios a los hijos(as) no matrimoniales, así como el derecho de alimentos, limitado en época clásica a los hijos(as) legítimos; se atribuye a los obispos potestad para ejecutar determinadas liberalidades testamentarias favorecedoras de personas con escasos recursos económicos; se prohíbe el uso abusivo del propio derecho, se mitigan las penas; se abole la pena de crucifixión y las luchas de gladiadores. Se limita el tipo de interés, para evitar la usura; se fomentan las donaciones con fines religiosos, etc.

Se atribuye, por otra parte, a los obispos, que originariamente eran elegidos como tales por la propia comunidad de fieles, poderes administrativos y jurisdiccionales en asuntos que afectan no sólo a clérigos sino también a seglares, *episcopalis audientia* (27) .

De entre los autores que, con mayor detenimiento, han analizado estas influencias del Cristianismo, cabe destacar a Biondi y Riccobono (28). El proceso de recíproca influencia entre Iglesia y Estado se acentúa a partir de Constantino, lo que se manifiesta en la intervención del emperador en asuntos religiosos y de las autoridades cristianas en asuntos políticos (29). La primera de estas tendencias se conoce

(27) *Vid.* al respecto en Vismara, *Episcopalis audientia.* Milán 1937; Cuena, *La episcopalis audientia.* Valladolid 1985; Amarelli, *In tema di processo di designacione dei vescovi: l´autodesignazione constantiniana.* S.D.H.I., 71, 2005, pp. 517-524.

(28) Riccobono, *Cristianesimo e diritto privato*, in *Riv. dir. civ*., 3, 1911, pp. 37-70; Biondi, *Il diritto romano cristiano,* I. Milán 1954; Saggioro, *Diritto romano e identidà cristiana. Definizioni storico-religiose e coinfronti interdisciplinari,* Carocci 2005; García Sánchez, *El dominado. Cristianismo y derecho romano. Derecho vulgar,* Justo García Sánchez, Base de conocimiento jurídico www.iustel.com.

(29) *Vid.* en Crifó, S*ul carattere cristiano della legislazione costantiniana*, Anabases, 12, 2010; Brandt, *Konstantin der Grosse*, München 2011.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

con el nombre de cesaropapismo. Algunos escritores religiosos de la época comienzan a afirmar que el poder viene de Dios y participa de la autoridad divina, lo que supone una corriente de pensamiento fundamentadora del poder real que llega hasta la Edad Moderna (30).

El absolutismo de la época, es entendido como el poder omnímodo e ilimitado del monarca para dictar leyes sin estar él mismo vinculado a su cumplimiento. A partir de Constantino el emperador comienza a promulgar leyes generales con exposiciones de motivos al igual que con los siglos hicieron los monarcas absolutos (31).

Por otra parte, son frecuentes las intervenciones y legislación de los emperadores en cuestiones puramente religiosas y teológicas. A partir del siglo V, se introduce paulatinamente la idea de la mutua colaboración, desde la independencia, entre el poder espiritual de la Iglesia y el poder temporal de los emperadores, idea que se mantiene o se abandona con el paso del tiempo, en atención a la época y a las circunstancias que rodean a los titulares de los poderes.

Teodosio, a finales del siglo IV, acaba proclamando el Cristianismo como religión oficial del Estado, al tiempo que dicta normas legales contra los herejes y contra los paganos. Comienza a difundirse la idea de la fundamentación sobrenatural del poder, de un poder absoluto que no se justifica con argumentos puramente terrenales, sino que busca una fundamentación teocrática, lo que tiene lugar tanto en el Bajo Imperio Romano, como en la Monarquía absoluta de la Edad Moderna.

---

(30) *Vid.* en Gaudemet, *L´Eglise dans l´Empire romain aux IV et V siècles,* París 1958; Agudo, *Abogacía y abogados, un estudio histórico jurídico,* Universidad de La Rioja 1997, pp. 222 ss.; Churruca, *Cristianismo y mundo romano,* Universidad de Deusto 1998. *Id. Cristianismo y mundo romano: nuevos estudios.* Marcial Pons 2009.

(31) *Vid.* en Calderone, *Costantino e il cattolicesimo*, 1, Firenze 1962; De Giovanni, *Costantino e il mondo pagano*, 1977; Archi, *Teodosio II e la sua codificazione, en Problemi e modelli legislativi all´epoca di Teodosio II e di Giustiniano,* SDHI, 50,1984, pp. 341 ss.; Amelotti, *Tardo antico, basso impero, impero bizantino*, en AAC, 10, 1995, pp. 25 ss.; Puliatti, *Le costituzioni tardoantiche: diffusione e autenticazione,* SDHI, 74, 2008, pp. 99-133.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A partir del siglo V, se introduce paulatinamente la idea de la mutua colaboración, desde la independencia, entre el poder espiritual de la Iglesia y el poder temporal de los emperadores, idea que se mantiene o se abandona con el paso del tiempo, en atención a la época y a las circunstancias que rodean a los titulares de los poderes (32).

En la época justinianea, siglo VI d.C., en el plano religioso, el Occidente y el Oriente europeo habían tomado caminos diferentes, cuyas huellas llegan todavía al momento actual. En Occidente, el obispo de Roma se siente heredero del Pontificado del apóstol Pedro y tiene pretensiones de poder espiritual extendido a todo el orbe. En Oriente, la interrelación entre poder espiritual y temporal es mayor. El poder del emperador es cesaropapista: es un poder a la vez temporal y espiritual. La religión es oficial y única; el patriarca de Constantinopla es una especie de ministro para el culto religioso, dependiente del emperador. Justiniano hereda y asume estas ideas y pretende imponer por la fuerza el cristianismo ortodoxo a sus súbditos. El dogmatismo religioso le lleva en ocasiones a intervenir en cuestiones de Derecho eclesiástico y limitar la capacidad de obrar e incluso a perseguir a herejes y judíos. Es, sin duda, un aspecto negativo en la, por otra parte, excepcional personalidad de Justiniano. La política se había sacralizado (33).

Sin embargo, en época de Justiniano, el arzobispo de Constantinopla, al cual se denomina en ocasiones patriarca ecuménico o universal, en el sentido de ser la cabeza de todas las iglesias del territorio oriental, se encuentra sometido a la supremacía del Romano Pontífice. En este sentido, son varios los textos contenidos en el Código y las Novelas en las que el emperador manifiesta la sumisión de toda la Iglesia al Papa y Patriarca de la antigua Roma. El papa romano Juan II proclama, por escrito, que se debe al reconocimiento de Justiniano el que la Iglesia goce de paz y unidad, lo cual le hace acreedor de la protección divina.

(32) AAVV, *L´impero romano-cristiano. Problemi politici, religiosi, culturali, a cura di M. Sordi,* Roma 1991; De Giovanni, *Dai Severi a Giustiniano. Linee di storia giuridica tardoantica.* Jovene 2004.

(33) Sobre las fuentes más significativas relativas a las relaciones entre el Estado y la Iglesia, Lo Grasso, *Ecclesia et Status. Fontes selecti historiae iuris publici ecclesistici,* Roma 1952.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La buena relación entre el Papa y el Emperador no obsta para que éste, en ocasiones, no acate determinadas disposiciones del Obispo de Roma o intervenga, en clara actitud cesaropapista, en materias de naturaleza teológica (34).

(34) *Vid.* en Amelotti, *Giustiniano entre teologia e diritto*, SDHI, 67, 2001, pp. 469 ss.; Bonini, *L´ultima legislazione pubblicistica di Giustiniano,* en Studi sull´età giustinianea, Rimini 1987, pp. 57 ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

EL *IUS COMMUNE* Y SUS VÍAS DE RECEPCIÓN EN ESPAÑA

IUS COMMUNE AND ITS WAY OF RECEPTION IN SPAIN (Segunda parte) (*)

Juan Alfredo Obarrio Moreno
Profesor Titular de Universidad
Facultad de Valencia

Resumen: En el presente trabajo se aborda el concepto y la recepción del ius commune, su pervivencia y confrontación con los distintos derechos propios de cada reino, así como sus vías de recepción: el monarca, la Universidad, los juristas, los notarios, el proceso y el derecho subsidiario. Para su análisis se ha procedido a estudio de las fuentes jurídicas medievales, a la literatura jurídica, y a la jurisprudencia de la época, tanto medieval como moderna, lo que, a nuestro juicio, permite contextualizar y comprender, en toda su extensión, la complejidad del ius commune.

Palabras claves: Edad Media–*ius commune*–*ius proprium*–vías de recepción–Renacimiento del Derecho.

Summary: This paper addresses the concept and the reception of the ius commune, their survival and confrontation with the different rights of each Kingdom, as well as their way of reception: the monarch, the University, lawyers, notaries, process and subsidiary law. For analysis we have proceeded to study medieval legal sources, to legal literature and jurisprudence of the time, both medieval and modern, which, in our opinion, can contextualize and comprehend, in all its length, complexity the *ius commune*.

Key words: Middle Ages–*ius commune*–ius proprium–developing reception–Rebirth of Law.

(*) La primera parte de este trabajo se publicó en el número 85 de la Revista Jurídica del Notariado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

I. LA COMPLEJA REALIDAD DEL *IUS COMMUNE*
1.1. El renacimiento jurídico del Derecho
1.2. *Ius commune versus ius proprium*
1.3. El orden de prelación de fuentes

II. VÍAS DE RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE*
2.1. El monarca
2.1.1. El *princeps-iudex*
2.1.2. La potestad de conceder leyes
2.1.2.1. Ámbito político: la fórmula *El rey no reconoce al emperador en su reino*
2.1.2.2. Ámbito jurídico: Los actos de disposición
2.1.2.2.1. El príncipe no está ligado a las leyes: las cláusulas *Non obstante–ex certa scientia–ex plenitudine potestatis*
2.1.2.2.2. La sentencia del príncipe
2.1.2.2.3. Las cartas de los príncipes
2.1.2.2.4. Las pragmáticas sanciones
2.2. La Universidad
2.3. La doctrina de los doctores como fuente del Derecho: los juristas
2.3.1. El *ius interpretandi*
2.3.2. La estructura formal de los tratados y comentarios
2.4. El renacimiento del notariado y del documento público
2.4.1. Las primeras *summae* medievales
2.4.1.1. *Summa Perusina*
2.4.1.2. *Lo Codi*
2.4.1.3. *Brachylogus Iuris Civilis*
2.4.2. La doctrina de los glosadores
2.5. El Ordenamiento procesal
2.5.1. El juez
2.5.2. La citación
2.5.3. La prueba
2.5.3.1. La carga de la prueba
2.5.3.2. La valoración de la prueba: el binomio prueba plena-prueba legal
2.5.4. La sentencia y los medios de impugnación de la sentencia
2.5.5. La ejecución de la sentencia: el proceso ejecutivo
2.6. El Derecho subsidiario
2.6.1. Recelo al proceso romano-canónico
2.6.2. Interpretación *ad litteram*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.4. El renacimiento del notariado y del documento público

La Recepción del *ius commune*, y la consiguiente renovación procesal que supuso el *ordo iudiciorum*, motivó el renacimiento de la institución notarial y del documento público (1), al transformarse la figura del *scriptor* y de la *scriptura* privada alto-medieval en el *publicus notarius* (2) y en el *instrumentum publicum* (3).

---

(1) Obarrio Moreno, J. A., *De notariis et registrationibus instrumentorum in Regno Valentiae*, Edisofer, Madrid, 2007.

(2) Nebrija, A. de, *Vocabularium iuris utriusque,* voz *Notarius: Notarius est publica persona quod a eius officium ad publicam utilitatem inventum est, et dicitur a notando quod est negotia hominis publice, et authentice in publicam, et authenticam formam redigere. Et item dicitur scriba a scribendo, et tabellio, seu tabellarius, a tabula. Require supra locis suis; voz Tabellarius:Tabellarius sive tabellio est publica persona sacramento astricta ciuitati ut rationes et acta in formam publicam redigat, a principe ad hoc officium deputatus, et confirmatus, vel sic. Est persona publica habens officium scribendi instrumenta super contractibus vel aliis rebus ad faciendam fidem super eisdem*.

(3) Bono, J., *Historia del Derecho notarial español*. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid 1979, p. 231. Nebrija, A. de, *Vocabularium iuris utriusque*, Voz *Instrumentum***:** *Secundum Hostiensem in Summa titulo de fide instrumentorum et secundum Speculum titulo de editione instrumentorum in principio est scriptura ad assertionen seu probationem alicuis rei facta. Est autem instrumenti appellatio generalis, qua continentur omnia ea quibus causa instrui potest. Et sic testamentum, codicillus, testimonia, et personae testes, quibus causae instrui debentur, loco instrumentorum habentur. ... Sunt autem instrumentorum duae species. Nam aliud publicum, aliud priuatum instrumentum. Publicum est solennis et rite ordinata scriptura, per authenticae personae, manum publice facta, ex causa memoriae. Et sunt illa solennitate qua faciunt instrumentum publicum, et authenticum regulariter, ut scilicet praeponatur nomem Imperatoris et annus imperii, nomen consulis, et annus consulatus. Hodie vero ponitur nomem summi Pontificis cum aliis septem, ut sunt annus domini, indictio, mensis, dies, locus, cum nomine notarii. Et dicitur publicum instrumentum quia iudicis auctoritate, est exemplificatum et authenticatum. Item publicum instrumentum, quia authentico sigillo est sigillatum. Item dicitur publicum instrumentum, quod in iudicio dicitur, seu scribitur apud acta publica, et valet etiam per quemcumque scriptum fit de probatione quoniam. Item dicitur publicum instrumentum, quod habet subscriptionem trium testium viventium. Item dicitur publicum instrumentum quod de archivo publico vel armario producitur, ut liber censualis in quo scribuntur census, vel liber annotationum, et ei creditur si habet publicum testimonium, scili-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con el renacimiento de la ciencia jurídica, los *notarii* o *scribae publici* desarrollaron, conforme a unas reglas gramaticales y estilísticas muy precisas –*ordo scripturae*–, una nueva técnica de redacción de los documentos y contratos denominada *ars dictandi* (4), formularios que, al estar inspirados en la nueva recepción del Derecho romano-canónico, favorecieron la introducción del nuevo *ius* en el ámbito hereditario, contractual y judicial (5).

Supuesto que la tradición documental no ha sido uniforme, ni su continuidad puede ser interpretada como un proceso histórico lineal, entendemos necesario exponer algunas de sus líneas evolutivas durante la Alta y Baja Edad Media.

2.4.1. Las primeras *Summae* medievales

Un primer estadio de esta evolución lo hallamos en las primeras *Summae*, en las que sólo cabe ver un conocimiento fragmentario e incompleto del *Corpus Iuris Civilis*, obras en las que, de una forma abreviada, intentan dar una difusión a la compilación justinianea adecuada a la simplificación de la cultura jurídica de la Alta Edad Media.

---

cet quod iudex confiteatur illud de archivo publico esse productum. Et cui libet instrumento fides adhibetur, ut patet per iam dicta et per multa alia iura. Instrumentum priuatum est quod per manum priuatam confectum est, ut a tabellionem, non tamen in forma publicam scriptum, ut quia nec nomen Imperatoris, nec Consulis, nec Papae apposuit. Et tale instrumentum debet habere trium testium subscriptionem. Et priuatum instrumentum a quoacumque fit scriptum nisi aliquod dictorum modorum fit roboratum non valet.

(4) Gibert, V.: *Ars nostra Notariae, sicut, et aliae omnes Artes, et Scientiae, Theoricam, et Praxim complectitur. Illa in cognitione regularum consistit. Ista in earundem exercitio, et debita applicatione versatur. Theorica enim nihil aliud est, quam Illuminatio intellectus, et cognitio veritatis, nam qui Theoricam habet, intellectum habet illustratum regulis, et praeceptis Artis, vel Scientiae illius, quam profitetur. Theorica nostra definitur: Artis Notaria scientia comprehendens naturas personarum, rerum, ac negotiorum, quae ab hominibus licite geruntur, et posterioritati commendantur*.

(5) Font Rius, J. M.ª, "La recepción del Derecho romano", ob. cit., p. 92.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.4.1.1. *Summa Perusina*

Un ejemplo notable de esta forma de proceder cabe observarlo en la *Summa Perusina*, donde vemos no sólo la ausencia de una elaboración doctrinal, como lo demuestra la falta de anotaciones marginales o formulaciones complementarias, sino importantes variantes textuales al *Codex* (6).

Teniendo presente la finalidad esencialmente práctica de estas primeras redacciones del período alto-medieval, la terminología empleada se reduce a fórmulas breves y sintéticas, asumiendo únicamente determinados supuestos de su enunciado normativo, lo que determinará que se sustituya el estilo epistolar de los rescriptos imperiales por la técnica de la formulación de *regulae iuris*, de principios de experiencia práctica.

Esta tendencia cabe constatarla en las breves referencias en torno al documento público:

[1] La fe del documento público (7).

[2] El idéntico valor alcanzado por la prueba documental y testifical (8).

[3] La necesidad de que el documento esté plenamente redactado por el notario, para que éste pueda alcanzar *plena fides* (9).

[4] La necesidad del juramento contra la imputación de falsedad en un documento extraviado (10).

---

(6) *Adnotationes Codicum Domini Justiniani [Summa Perugina]*. Pateta, F., *BIRD*, 12 (1930).

(7) S. P. 2,1,2. *Adnotatio: Fides veritatis et per publica scrinia amittantur.*

(8) Documento que no se viciaba por un mero error del escriba. Cfr. S. P. 4,23,23: *Si ad scriba fallit textum testamenti legibus facere, non impedit testamentum*. S. P. 4,21,4: *Adnotatio: Si probationibus constituisti ostendere et non potuisti, si per fidem publicam ostendere potest, firmum est.*

(9) S. P. 4,21,17: *Adnotatio: Instrumenta in sceda facta aut non completa a scriba non valet*.

(10) S. P. 4,21,21. *Adnotatio: Factam fidem chartulae pulsatus et accusare voluerit et iuraverit se potuisset probare et petitor iuraverit eam perdidisse, evaserunt ambo*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.4.1.2. *Lo Codi*

Teniendo presente la finalidad esencialmente práctica de estas primeras *Summae*, las referencias al documento público que hallamos en *Lo Codi*, tanto en su rúbrica *De illis probacionibus que fiunt per cartulam, et que racio est, si cartula illa est perdita*, como, en menor medida, en *Si aliquis alligauit se de eo quod non recepit et alius petit ei* (11), lejos de precisar el alcance de la institución o de configurar un planteamiento teórico uniforme, vienen a presentar formulaciones breves, indicativas del estado de la cultura medieval.

Partiendo de esta concepción, del estudio de las disposiciones contenidas en ambas rúbricas se pueden extraer las siguientes líneas argumentales:

(11) Texto donde se hace referencia al valor probatorio del documento privado. Cfr. Lo Codi, 4,49: *Si aliquis uult manuleuare pecuniam ab alio et facit scripturam quod receperit pecuniam ante quam accepisset, et hoc ideo quia putabat accipere, set postea non accepit: si aliquis uult ei petere pecuniam idcirco quia fecit talem scripturam, ipse potest se defendere usque ad duos annos, si ille qui petit non potest probare quod dederit pecuniam illam, et dicet hoc modo: "Frater, pecuniam quam tu petis michi ego non debeo tibi, quamuis ego feci tibi scripturam in qua dixi quod ego accepissem a te pecuniam, quia ideo scripsi quod putabam a te recipere et non recepi". Similiter ego possum te cogere ut reddas michi illam scripturam quam tibi feci, siue dederam pignora siue non, si ille qui petit pecuniam non potest probare quod ei deberem illam pecuniam reddere. Set postquam duo anni sunt transacti, non potest se defendere aliquis, quamuis non sit ei pagata pecunia: nam uerum uidetur esse, quia scriptura inda facta est et quia duo anni sunt transacti et quia pignora data sunt, nisi sit minor XXV annis, uel nisi fecerit reclamacionem legitime infra duos annos, quia tunc nichil nocet ei, licet duo anni sint transacti. isti duo anni debent computari ab eo die in antea ex quo scriptura facta est. set quidam sapientes dicunt quod, si ille qui fecit illam scripturam poterit probare post duos annos quod non fuisset ei data illa pecunia, poterit omni tempore se defendere quod non pagabit pecuniam illam, quamuis duo anni transacti sunt sine reclamacione. et de hoc est tale argumentum: si aliquis putabat se debitorem esse alicuius et non est, et persoluit illud, ipse poterit recuperare usque ad XXX annos, et si poterit recuperare usque ad XXX annos, multo magis potest illud retinere. et hec est racio et uidetur maior dirictura. Quod autem dictum est quod ille qui fecit scripturam quod receperit pecuniam et non recipit potest se defendere, hoc uerum est etiam, si non fecit scripturam, set promisit se facturum, uel si donauit ei pignora uel firmanciam*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

[a] Constatación de la coexistencia de dos medios de prueba preferentes: testifical y documental (12).

[b] A diferencia del *scriptor* alto-medieval, el *notarius* se concibe ya como una *publica persona*, por lo que sus escritos, a diferencia de las *apocas*, alcanzaban plena prueba, cuando no se podía verificar falsedad alguna.

[c] Dada la *auctoritas* adquirida por el *scriptor publicus*, si surgía una duda en torno a su persona, el juez debía conocerlo y cotejar el texto con otros documentos, y si de esta comparación concluía que el documento había sido redactado por el *notarius*, debía proceder a darle crédito, salvo que se pudiera demostrar su falsedad (13).

[d] Por el contrario, el documento privado no debía ser presentado a juicio por no alcanzar valor probatorio pleno (14).

---

(12) Lo Codi 4,34: *Ex quo dictum est de illis probacionibus que sunt facte per testimonia, modo dicamus de illis probacionibus que fiunt per instrumenta, id est per cartulas*.

(13) Lo Codi 4,34: *Ille carte debent recipi in placito per probaciones que sunt facte a publica persona, ut a notario. aliquando ille cartule recipiuntur in placito de eo quod carta dicit, sicuti aphoca et antiphoca. aphoca est scriptura quam fecit creditor hoc modo: "Ego Ricardus recepi a te, Geralde, III libras quas michi debebas". et hanc cartulam ego creditor debeo dare tibi meo debitori, et si postea ego uolo petere illas III libras, tu debitor olim meus poteris te defendere per illam scripturam quam ego tibi feci, si ego creditor non potero monstrare aperte quod istud auere non sit michi pagatum. Si aliqua cartula fuerit portata in placito per quam uult se adiuuare aliquis homo: si habet publicam formam, debet esse credita, si aliquis non potest probare quod ipsa sit falsa. set si est dubitacio quis homo scripsit eam, iudex debebit hoc cognoscere et considerare alias literas quas ille idem homo fecit qui illam cartam scripsit. et iudex debet cognoscere si ipse fecit eam, per similitudinem aliarum literarum quas fecit. et post quam poterit cognoscere hoc, debet cartulam illam ita credere, sicuti faceret alia testimonia, si non potest monstrari quod illa carta sit falsa*.

(14) Lo Codi 4,34: *Si aliquis homo habet dirictarum petendi aliquam rem alicui: quamuis perdicerit cartulam, ideo non perdidit dirictarum suam, solum modo possit alio modo dirictarum suam probare, quia per cartulam non ualet negocium neque plus neque minus, si ueritas potest monstrari alio modo. Sed tamen quedam negocia sunt que non ualent nisi sint facta per cartulam, sicuti donacio facta ultra D sol, uel sicuti est si ego do terram meam alii ut melioraretur eam et ut det michi censum et ut ipse teneat eam et heres ipsius: in istis causis omni tempore sunt necessarie scripture ad hoc ut possit eam petere ille qui fecit negocium. similiter si aliquis uendit rem aliquam alicui et fuit conuencio ut faciat cartulam, non ualet uendicio*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.4.1.3. *Brachylogus Iuris Civilis*

Otro ejemplo ilustrativo de este tipo de literatura lo hallamos en la *Summa* provenzal denominada *Brachylogus Iuris Civilis* (15).

En torno al notariado, sólo hallamos un desarrollo fragmentario e incompleto de los textos del *Corpus Iuris* en la *Rubrica De fide intrumentorum:*

> *Titulus* XVI. *De fide instrumentorum*
> [1] *Instrumentis quaestio probatur cum scriptum aliquod ad probandum factum, quod in quaestione est, inducitur. hoc autem tale esse debet, ut tabularii publici conscriptione et testium subscriptione roboretur. Quod si tabularii conscriptionem non habeat, testium sacramento firmetur; si vero et testes et tabularius mortuus sit, dubitatio autem emergat, utrum tabularius scripserit, tribus publicis instrumentis, et de quibus dubium non sit, dato sacramento comparantis comparatio litterarum fiat*.
> [2] *Consentiente fama probatur cum factum omnibus patet et probatione non indiget.* [3] *Cum autem quaestio iuris est, per ius scriptum vel per aequitatem vel per simile probari debet.* [4] *sin vero aequitas iuri scripto contraria videatur, secundum ipsam iudicandum est: ait enim* [*constitutio*]*: "Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam striciti iuris rationem" huic vero adversari videtur lex posita in primo libro codicis, titulo de legibus et constitutionibus: "Inter ius et aequitatem interpositam interpretationem nobis soli licet et oportet inspicere.* [5] *Cum autem nominis est quaestio, per definitiones vel per scriptam legem probari oportet*.

Veamos el tenor literal del texto:

[a] "La cuestión de los documentos se plantea cuando se introduce algún escrito para probar un hecho que se cuestiona. Éste debe ser de tal manera que se corrobore o se confirme por la firma de un notario y la subscripción de los testigos. Por lo cual, si no tiene la conscripción de un notario, deberá ser confirmado por el juramento

donec cartula sit facta. set si uenditor dedit possessionem comparatori, ideo quia putabat quod uendicio ualere iure: quamuis non sit facta cartula, ben ualet uendicio. consimilis racio est, si fuit facta donacio alicuius rei et fuit facta conuencio ut faceret cartulam.

(15) *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*. Ed. Böking, E. Berlín, 1829, Reprod. Fac. Goldbach, 2002.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de los testigos. Ahora bien, si los testigos y el notario han muerto y aflora duda de si fue un notario quien lo escribió, mediando juramento del que las compara, deberá hacerse un cotejo de la letra de otros tres documentos públicos, de los que no hay duda" –de que es la letra de un notario–.

[b] "Se prueba por consentimiento de la fama cuando un hecho es manifiesto a todos y no requiere prueba".

[c] "Cuando existe una duda, una cuestión en Derecho, se debe probar por el derecho escrito, o por la equidad o por la semejanza".

[d] "Pero si la equidad aparece contraria al Derecho escrito, habrá que juzgar de acuerdo con ésta, pues dice –la constitución– "place en todos los asuntos ser más importante la razón de justicia y equidad que la del derecho escrito". A esta ley propuesta en el primer libro del Códice, parece que se opone el titular de las leyes y constituciones cuando dice: entre el Derecho y la equidad, a nosotros sólo nos está permitido estudiar la interpretación interpuesta".

[e] "Dado que es una cuestión de nombres, la cuestión debe probarse por definiciones o por la ley escrita".

2.4.2. La doctrina de los glosadores

A diferencia de las primeras *Summae*, los glosadores, sin llegar a ofrecer soluciones teóricas innovadoras, establecieron, de forma precisa e inequívoca, los caracteres del documento público, cuyo significado y alcance pueden sintetizarse en las siguientes líneas argumentales:

[a] Establecida por Placentinus (16) y Regerius (17) la clásica di-

(16) Placentinus, *Summa Institutionum. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. Ed. Viora, M. Augustae Taurinorum, 1973. Lib. 4, Tit. 18, *De instrumentis*: *Item instrumenta speties probationis sunt. autoritas quoque, propter publicam fidem, maxima est. Publica autem instrumenta sunt,quorum omnium conditio par est, sed et quaedam privat dicuntur, hoc est propria manu emissa, quae quidam alias attestationes, hoc est sine testibus composita, quibus simpliciter omnino credi ius non patitur, ubi ali quoque adminicula inveniuntur, quae erunt vel unius testis vox, vel forsam autoritas, dignatis personae, proferens quoque nonnihil causae praestat momenti, hoc quidem ita, si talia proferat instrumenta quae nulla vituperatione sint digna*.

(17) Rogerius, *Summa Codicis, de fide instrumentorum et de amissione eorum: Instrumentum dicitur omne quod causam instruit, sed hic speciali-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

visión entre documento público y privado, por notario se entendía el servidor público, la persona pública que otorgaba, mediante su *auctoritas*, fe plena a los documentos, *sine aliquo altro adminiculo* –en clara contraposición al *instrumentum privatum*: *fides non habet et nisi per testes id probetur vel per comparatione literatum* (18)–:

> Azo: *... Est autem tabellio publica persona quae scribit contractus ..., id est fidei cuius scripture creditur, et probationem facit sicut duo testes, ut C. de fi. instrum. l. in* exercendis [C. 4,21,15], *et ff. de fi. instru. l. in re.* [D. 4,21,15]*, et ff. de pig. l. contrahitur* [D. 20,1,4]. *Et quia est publicum officium non potest esse servus homo, ut C. eodem, l. generali. li x.*[C. 10,71,3] *Et dicitur tabellio, ut hic, quia forte in tabulis olim faciebant imbreviationes suas, vel de cera vel de aliis, ut ar. ff. commo. l. in commodato, sicut.* [D. 13,6,17,3]*. Item dicitur servus publicus, ut ff. de adopt. l. non aliter.* [D. 1,17,18]. *Item dicitur tabularius et scriba et logographus, ut C. eodem. l. j. li. x.* [C. 10,71,1]. *Item dicitur scriniarius, ut C. de testa. mili. l. scriniarios* [C. 6,21,13]*. Item dicitur exceptor, ut supra de defen.ci. et nulla., in fine* [Nov. 15,2] (19).

[b] El oficio de *notarius publicus –servi publici appellantur* (20)– estaba reservado únicamente a las personas libres, lo que impedía su acceso a los esclavos y a los colonos (21):

---

ter tractat de instrumentis sciptura comprehensis. Quorum instrumentorum fit talis divisio, quod aliud dicitur publicum, aliud privatum. Publicum aliud forma et utilitate, ut instrumentum quod per tabellionem conficitur de re publica, ut puta monumenta publica; aliud utilitate publicim, forma privatum, ut puta si quis privatus confiteatur in scripturis se debere censum publicum; aliud utilitate privatum et forma publicum, ut instrumentum quod de re privatorum per tabellionem conficitur.

(18) Azo, *Lectura Super Codicem, De fide instrumentorum*, Tit. 21, *lex* 14, núm. 1: *Privata scriptura non facit fidem*; Accursius, *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In semetipsium Lex* 19: *hoc refertur ad id, quod secundum dictum est ex private scriptura non fieri comparationem, nisi habeat subscriptionem trium testium …* .

(19) Azo, *Summa Super Codicem*, *De tabellionibus et prothocollis rubrica*.

(20) Azo, *Lectura Super Codicem, Quando mulier tutelae officio*, Tit. 25, núm. 3.

(21) Azo, *Lectura Super Codicem, De pignoribus,* Tit. 13, Lib. 8, *Lex* 26, núm. 1: *Si tibi notarium. Quia sciebat scribere, non intellige de tabellione, quia servus tabellio esse non potest*; Azo, *Summa Super Codicem*, *De tabellionibus et prothocollis rubrica*: *Porro quamvis servi publici deno-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Azo: *Notarios, tabellio autem esse non potest, nisi sit liber* (22).

[c] El documento público requería *forma publica* para alcanzar plena validez jurídica (23):

> Azo: *Illud quoque notandum est quod potestati scriptores in omnibus documentis quae fiunt in iudicio vel extra nomem imperatoris et annos imperio eiusdem proponere debent. Secundo appellatione consulis qui illo anno est conferre. Tertio mensem et diem quo instrumentum conficitur. Quarto civitatis annus scribatur. Quinto negocii feries. Sexto quo loco. Septimo contrahentium et testium subscriptio. Octavo tabellionis sub scriptio ut Codex De fide instrumentorum, lex contractus, hoc de consuetudine provincia fuerit … apud Italia vero principuam partem nomem Christi proponitur anni incarnationis eiusdem sequitur nomem imperatoris et imperii annus sic deinde mensis et dies et cetera quae sequuntur* (24).

---

minantur, tamen ad hoc officium in singulis civitatibus et provinciis non nisi liberi homines debent promoveri.

(22) Azo, *Lectura Super Codicem,* Lib. 6, *Communia de legatis et fideicommissis*, Cap. 43, *Lex* 3, núm. 1.

(23) Accursius, *Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Principis Imperatoris Augusti, Libri IX. Priores cum lectionum varietatibus diligentius quam in margine appositis post Accursii commentarios, Duareni, Contiiq; ac aliorum clarissimorum iurisprudentium maxime Gothofredi, additiones. Tomus quartus. Venetiis, 1598. De tabulariis scribis logograhis et censualibus Rubrica, Gl. Sevituti*: *Item ordo instrumentorum est ut primo nomen imperatoris et annus imperii, secundo nomen consulis et annus consulatus, tertio mensis et dies, quarto dies civitatis facte, si hoc fit de consuetudine, quinto series, sexto locus, septimo subscriptio testium et contrahentium, octavo subscriptio tabellionis inseratur, ut supra, de fide instru. l. contractus; sed in Italia anteponuntur anni Domini*; Gl. Casus *ad* C. 8,17,11: *… non tamen in forma publica scribentes, quia nequediem, neque consulem, neque alia quae faciunt publicam formam ibi posuit*; Bassianus, I., *Summa Novellarum*, *De fide instrumentorum Rubrica: Et ad hoc ut instrumentum cum cautelata fiat, xiii sunt necessaria, immo videtur quod xv sunt necessaria, si bene computentur que infra dicuntur, quorum quedam naturaliter, alias comuniter, alias simul, alias utrumque, et significationem respiciunt et scripturam, hoc est ordinem, alias significationem tantum. Utrumque simul respicit annus Domini incarnationis. Et idem dicas de nomine principis, de anno imperii et de nomine consulis, et de die mensis vel de indictione; nam hec omnia debent poni in principio …* .

(24) Azo, *Summa Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. II. Augustae taurinorum, 1966. *De tabulariis scribis logograhis et censualibus*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

[d] Como garantía de la autenticidad legal del documento, el requisito de la forma pública requería de la formalización previa de una redacción sumaria del acto jurídico, esto es, de una *schedula*, *breviatura*, *imbreviatura* o *protocollum* (25), donde debía constar todos los elementos substanciales (26). Esta primera redacción, lejos de ser un simple apunte desprovisto de valor jurídico, se consideraba como la propia matriz del documento, gracias a la cual quedaba constancia fehaciente del negocio, lo que facilitaba que pudieran ser subsanados los errores y lagunas contenidas en el documento definitivo –*in mundum* (27)–:

> Azo: *Antiqui tabelliones consueverunt facere ex parte pili in schedula rogationes, et post recipere mundum ex parte carnis et ita videtur secundum Auth. de tabell. et protocollo … Item debet mundum ex toto compleri a tabellione, nec aliter habet vires contractus, adeo ut antequam ista sint completa, quaelibet pars recedere possit a contractu ... Queritur si venditor ante mundum completum tradat, an*

Rubrica; *Summa Super Codicem*, Lib. 4, *De fide instrumentorum*, *Lex* 15, núm. 7: *Mundum dicitur scriptura in quo omnia continentur quae aguntur inter partes, sicut in mundo, vel quia debet esse munda, non vitiata, non cancellata ... Antiqui tabelliones consueverunt facere ex parte pili in schedula rogationes, et post recipere mundum ex parte carnis, et ita videtur secundum authentica ...;* núm. 8*: Non est necessarium quod tabellio scribat imo sufficeret si scriberent contrahentes, sed si intervenerit tabellio debet scribere omnia quae conveniunt, in principio annum domini, in fine actum in loco tali, illis praesentibus, postea nomen suum, quod antiqui consueverunt omittere, et fatue, ne dubitetur auctoritas instrumenti absoluta, cum enim scripsit, debet a partibus quaerere si placet etsi sicut scripsit*; *Lex* 16, núm. 4: *quod per sigillum fiat fides eius de quo quaeritur ...* .

(25) Accursius, *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum, Gl. In instrumentum, Lex* 17: *Schedule, ut hic subijcit, est breviatura et protocollum…* . Nebrija, A. de, *Vocabularium iuris utriusque,* voz *Protocollum: Protocollum appellatur scriptura tabellionis, in qua breviter annotatur actus gesti substantia, ut deinde extendi atque ab solui possit*.

(26) Accursius, *Gl. Protocollum, ad* Nov. 44,1: *In hoc autem initio imbreviatura totius contractus fiebat, et anno domini et simila*. Tomo la nota de nota de Bono, J., *Historia*, ob. cit., p. 169, not. 19, a quien seguimos en este punto.

(27) Accursius, *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In mundum, Lex* 17: *Mundum vocat instrumentum in quo post factam rogationem omnia comprehenduntur, et dicitur a munditia, eto quod sine vituperatione debet esse*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

transferat dominium. Quod aliquando dixit Bul(garus)..., sed postea bene mutavit consilium, quia sapientis est mutare suum consilium in melius (28).

Medio siglo más tarde, Cinus de Pistoia reclamará, para la validez del acto, una primera redacción, en forma de *minuta*, seguida de una segunda, y más extensa, en forma de *mundum* (29).

[e] La validez del *instrumentum publicum* no precluía con el fallecimiento del notario, cuando se podía probar su autenticidad con el cotejo de los documentos (30).

[f] Su influencia en el ámbito procesal del *ius commune* se extendió al ámbito de la prueba, en cuestiones tales como el valor preferente de la prueba documental y testifical (31). A este respecto Azo fue explícito en señalar que el *instrumentum publicum* no necesitaba del amparo de otros medios probatorios para obtener *plena fide –sine aliquo altro adminiculo–*, por lo que negó que la "viva voz" tuviera mayor fuerza jurídica que la documental (32) *–publi-*

(28) Asimismo en Odofredus, *Lectura super Codice, De fide instrumentorum, Lex Contractus*, núm. 3: *Contractus non habebit vires ante, quam scripturam in mundum sit redacta, a partibus subscripta, et per tabellionem complete.*

(29) Pistoia, C. de, *Lectura*, *Rubrica De fide instrumentorum, Lex contractum*, núm. 1: *Contractus* [...] *non ante habet efficaciam, quam in scheda fuerit positus, quam vulgus appellat rogationem, sive rogitum: quae est protocollum, sive imbreviatura, et ex scheda sive protocollo redactus fuerit in mundum, et absolutus a partibus, scilicet, quia dicunt partes, placet*.

(30) Placentinus, *Summa*, Lib. 4, Tit. 18, *De instrumentis: Quod si tabellio defunctus fuerit, nec ad numerator illius instrumenti, neve qui illud scripsit existat, tunc quasi ad summum refugium venient ad comprobationes literarum quasi aliorum, quando dubium est ab eodem fuisse tabellione confectas … Debent autem esse hae literae, e quibus per comparationem probatio sumitur, vel forenses, hoc est in foro apud iudicem confectae, quae alias acta vocatur, vel publicae, hoc est per manum publicam, id est per tabellionem confectae* .

(31) Con carácter ejemplificador, Liber Iudiciorum 2,2,21; 2,5,5: *Et ideo que pactis vel placitis continentur vel mostrantur scripta, plenam habeant firmitatem, si tamen quisque illi pactum vel placitum iustissime et de re sibi debita conscripsisse videatur*; L. I. 2,5,4; 2,5,15. Cfr. Bono, J., *Historia*, I. 1, ob. cit., p. 90.

(32) Azo, *Brocarda*, *Rubrica* 38, *In casibus scriptura es necessaria*:

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cum instrumentum in pluribus casibus validus est testibus duobus vel pluribus (33)–:

> Azo: *Dictum est supra de probationibus in genere, sequitur videre per species, et quia validior est viva vox quam mortua … vel quia*
>
> *quod in scriptis redigitur primo coram testibus proponitur, ideo primo de testibus videamus –ad* C. 4.21– (34).

Criterio que no fue asumido por Accursius, quien, en la glosa a la rúbrica *De fide instrumentoru*m y a la Novela 73,3, sostuvo que

---

Et generaliter in omnibus istis casibus maior dignoscitur instrumentorum quam testium auctoritas ... In his casibus scriptum, et cetera, generale est nam ut tantam efficaciam habeant testes, quantam instrumenta...

(33) Azo, *Lectura Super Codicem*, *De testibus*, Tit. 20, *Lex* 15, núms. 1-2: *Speciale est in casibus, quod maioris auctoritatis est instrumentum quam testes ... nunquam tamen inveni quod probatio duorum testium sit validor instrumento, sed quidam contradicunt per auth. de instrum. caut. quia illud intelligendum est de voce viva, quod validor est voce mortua comparationis instrumentorum: comparatio enim non potest aequiparari publico instrumento et testibus, ut ubi dicit: etiam et si tres testes contradicant publico instrumento, poterunt probare contrarium...*

(34) Azo, *Summa Codicis De testibus rubrica*; *Lectura Super Codicem*, *De testibus*, Tit. 20, *Lex* 8, núms. 5-6: *... et verum est quod tabellioni creditur de scriptura, cum testes non supersunt, et est solemnis scriptura, non autem creditur ei ut simplici testi, sed cum sit persona publica, et ad hoc officium destinata, non est mirum si alias solemnis est scriptura, si credatur ei: et voluerunt quidam dicere, per lex istam, quod unus testis nullam inducit probationem*; *Summa Codicis De fide instrumentorum rubrica: Explicito tractatu probationis que inducitur per vocem vivam, subiiciamus de ea que fit per vocem mortuam, id est per scripturam... Porro, ut generaliter de fide instrumentorum sciamus regula, illa est dicenda que est infra, eadem lege: in exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam testium depositiones* –C. 4.21.15–. *Nec admitto in aliquo casu ut vox viva duorum testium tantum validior sit publico instrumento; immo publicum instrumentum in pluribus casibus validius est testibus duobus vel pluribus, ut notari possunt plures casus: supra, si minor se ma. di. si alterius* –C. 2,42,3–, *et infra, de non nu. pec. generaliter* –C. 4,30,13–, *et supra, de testibus. 1. testium* –C. 4,20,18–, *et de sufragio*. l. j. –C. 4,3,1–, *et infra, qui testa. fa. pos. l. hac consultissima*.–C. 6,22,8–, *et ff. de proba. census*. –D. 22,3,10–. *Quidam autem dixerunt vocem vivam duorum testium validiorem esse instrumento, argumento eius quod legitur in Auten. eodem titulo, et si vero tale aliquid*. –Nov. 73,3.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la declaración de dos testigos equivalía al valor de un documento, por lo que la deposición de dos testimonios –si el documento era privado– o de cuatro –si es público– prevalecía sobre éste (35). No obstante, el propio Accursius concluye su glosa con la siguiente y reveladora argumentación: *Et econtra fallitur haec regula in multis casibus qui non probantur nisi per scripturam…* (36).

[g] Finalmente, Azón nos informa de la sanción con la pena del exilio cuando el notario contravenía las disposiciones de las leyes: *Nota quia cum tabellio scripsit aliquid contra legem, plectendus est exilio* (37). Por el contrario, cuando era imputado formalmente de falsedad documental, y ésta se probaba fehacientemente, *manus amputari debet* (38). La razón se hallaba –como nos dirá posteriormente la doctrina estatutaria– en que ni el juez podía corregir la falsedad de un documento público, por no ser ésta un mero error formal o gramatical:

> Baldus de Ubaldis: *Unum scias quod si non esset quaestio erroris, sed fidei, ut quia diceretur instrumentum falsum, vel falso fabricatum a Tabellione, etiam de mandato iudiciis, non posset corrigi cum propter delictum sit privandus authoritate scribendi, et annullandum instrumentum falsum pronuntiatur: unde super eodem instrumento est, sibi impositum silentium corrigendi, ut lege si aliquid de susceptor et arcariis libro X* (39).

(35) Accursius, *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In exercendis, lex* 14: *Tantum valent duo testes, quantum instrumentum, ut hic unde licet duo reprobent privatum instrumentum … non tamen reprobant publicum, ut hic tres autem vel quator … ubi plus vivae voci credi videtur, quam mortua…*

(36) Accursius, *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In exercendis, lex* 14.

(37) Accursius, *Lectura Super Codicem, De sacrosanctis ecclesiis*, Tit. 2, núm. 42.

(38) Azo, *Lectura Super Codicem, De Servis futivus*, Lib. 6, *Lex* 2, núm. 3: *et in Lombarda ponitur casus de tabellione falso, quia dicit quod debet ei manus amputari, ne de caetero falsum possit scribere. Et liceo pro vi publica vel privata legitimae poenae sint constitutae*.

(39) Ubaldis, B. de, *In IIII. et V Codiceis Librum Commentaria, De fide instrumentorum Rubrica, Prohemio*, núm. 61.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.4.3. *Stilus notariae*

El lógico desarrollo del *instrumentum publico* a partir del siglo XIII determinó que los monarcas –en virtud de su soberanía–, los papas, los nobles, las ciudades y las corporaciones –*ex consuetudine o ex privilegio*– dieran origen a la creación de un notariado público (40), y con él, este proceso de recepción del *ius commune* se desarrolló y consolidó en la praxis notarial, donde, los *tabelliones*, tomando como referente las obras de los *doctores legum*, consolidaron toda una teoría en torno a la institución del notariado, del documento público:

> SALATIELE: *Rubrica Quis possit esse notarius. Constituitur autem notarius non cuiusque et proprio motu et libera voluntate sed principis auctoritate vel comitis palatini vel cuiusquam alterius cui nominatim hoc princeps concesserit, et iste ubicumque locorum artem notarie poterit exercere, sed et constituitur auctoritate universitatis in suo municipio lege municipii concedente, et hic extra territorium illius municipii pro notario non habetur* (41).

De entre los distintos tratados del arte de la notaría, en el *prooemium* de la obra de Salatiele, *Ars Notariae*, se realiza un reconocimiento de lo loable y necesario que era, para la vida de los hombres la profesión notarial (42), así como con la exposición de las materias a tratar: "se aprenderá la diversidad de las obligaciones y acciones de las personas y de las cosas, las divisiones de los contratos y de los pactos, las renuncias a los beneficios, y los juicios de las últimas voluntades, y tras este aprendizaje se avanzará con paso segurísi-

(40) MIERES, T., *Apparatus, Pars* 2, *Collatio* 6, Cap. 21, núm. 5: *Item nota, quod proprie est tabellio, quem creavit Papa, vel Imperator, quia iste ubicumque terrarum mundi potest conficere instrumenta*; num. 6: *per statutum autem de consuetudine, non potest fieri tabellio qui vere, et universaliter habeat publicum officium*.

(41) SALATIELE, *Ars notariae*, II, p. 10; RANIERIUS DE PERUSIO, *Ars Notaria*, Biblioteca Juridica Medii Aevi. Ed. Gaudienzi, A. Vol. II, Bologna, 1892, pp. 64-65: *Huius offici privilegium aliquando a domino papa, vel imperatore, vel spectabilibus regie curie viris, seu comitibus palatinis, aut alias a principe iurisdictionem habentibus, aliquando a rectoribus civitatum postulantibus erogatur...*

(42) SALATIELE BONANIENSIS, *Ars Notariae*, fo. 2r: *Laudabilie viteque omnium necessarium tabellionatus officium*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mo para hacer justicia según las particularidades de derecho y de hecho. Por ello, estará esta obra dividida en cuatro partes, a saber: tres partes de la teoría del arte de la notaría, y una cuarta a la práctica, para los que se encarguen, por medio de la teoría, de las cosas que deben notificar, pues, mediante la práctica doctrinal, cualquier estudioso conseguirá fácilmente la pericia de hacer y rehacer, de derecho y por costumbre, todos lo documentos de los contratos, de las últimas voluntades y de los actos judiciales" (43), lo que evidencia la importancia que el arte de notaría tenía para la vida y la seguridad jurídica del bajo-medievo. En este sentido, Rolandinó sostuvo que el oficio de notario se asentaba en tres ámbitos: "Tres son las partes principales de la notaría, porque el oficio de notario consiste en tres principales. Primero, naturalmente en los contratos. Segundo, en las últimas voluntades. Tercero, en los juicios" (44):

> Rolandinus: *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* (45).

Tal fue su trascendencia en la vida jurídica del medievo, que la literatura notarial (46) no dudó en reconocer que únicamente el *off-*

---

(43) Salatiele Bonaniensis, *Ars Notariae*, fo. 2r: *… per eum tamen diversitas personarum, rerum, obligationum et actionum, contractuum et pactorum, divisiones benefficiorum, renuntiationes et ultimarum voluntatum iudiciarumdem erudient et eruditum gressu tutissimo ad instrumenta condenda, secumdum iuris et facit vicissitudinem promovebunt. Erit autem hoc opus quadripartito divisum, tribus videlicet partibus artis notarie theorice, quarto vero pratice deputatis per theoricam, autem forum que sunt dictam noticiam per praticam vero doctrinalem periciam faciendi ac refficiendi iure et consuetudine omnium contractuum ultimarum voluntatum et actorum iudicialium instrumenta facile studiosus quilibet consequetur*.

(44) Ámbitos que Bas y Galcerán, N., *Theatrum Jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 4, núms. 26-30, extenderá a la supresión y cancelación de violaris, censales y deudas, así como a la manifestación de las donaciones.

(45) Rolandinus Bonaniensis, *Artis notariatus, sive tabellionum*. *Tomus Primus*. Cap. 3, *De partibus artis Notariatus*, fo. 10-11.

(46) Bono, J., *Historia del Derecho notarial español*, I. 2, ob. cit., pp. 221-228.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cium notariae (47) tenía la dignidad y la autoridad (48) para dotar de legalidad a los negocios de los hombres y hacerlos públicos, por lo que, a tenor de la gran dignidad del cargo, eran rechazados los infames y los señalados o marcados por su torpeza (49):

> Baldus de Ubaldis: *Notarius infamis non potest exercere Tabellionatus officium* (50).

> Gregorio Tarraza: *Officium Notarii est dignitas, et autoritas* [sic] *ad legitimorum negotiorum hominum notam de publico introducta. Officium Notarii est magnae dignitatis in tantum, quod ab illo repelluntur infames, et turpitudine notati* (51).

2.5. El Ordenamiento procesal (52)

Con la aparición de las primeras *Summae* medievales, de los primeros *libri de iudiciorum ordine* y, posteriormente, con la obra de los glosadores y comentaristas se advierte una nueva orientación

(47) Saxoferrato, B . DE, *Consilia*, *Consilium* 174, núm. 9: *Respondeo quod officium notarii non est dignitas, sed munus*; Magoni, J. B., Cap. 27, núm. 4: *Dicitur etiam notarius offitium, et munus*; núm. 6. *Notarius, ex offitio annexam habet dignitatem*.

(48) López, G., *Gl. ad Partidas* 3,19,1, *v. Sabidor*: *Adde et habet authoritatem publicam, quia est constitutus ab habente potestate*; Comes, J., *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 4: *Notarius vero dicitur is, qui huiusmodi officium exercet, et ab iis qui contrahunt, rerumque suarum satagunt, eo nomine requiritur, ut super eorum negotia, ipsis ad perpetuam fidem publicam, authenticamque scripturam conficiat, habens offici sui auctoritatem, et privilegium ab Imperatore, Rege, vel ab aliis, quibus suam ad hoc potestatem sunt impartiti...*

(49) López, G., *Gl. ad Partidas* 3,19,1, *v. Registros*: *Tabellio debet esse legalis, bonis et intelligens signanter tabellio curiae Regis. Et quod bene sciat scribere. … Et idem de aliis tabellionibus civitatum et locorum sint liberi, Christiani bonae famae, peritiam, officii habentes. Et quae eis celanda mandantur celent: si in Regis, aut regni non redundant dispendium: debent esse vicini loci ubi officio tabellionatus funguntur: ut melius possint contrahentes cognoscere, nec debent esse clerici…* .

(50) Ubaldis, B. de, *Codex, Rubrica De fide instrumentorum, Lex* 15 *In exercendis*, núm. 22.

(51) Tarraza, G., *Compendium sive epithome theoricae artis notariae*, Cap. 1, fo. 2.

(52) Obarrio Moreno, J. A., *Estudios de tradición romanística: El proceso en el Derecho foral valenciano*. Minim, Valencia, 2002.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en materia procesal, tendente a la introducción de antiguos procedimientos especiales, los cuales diron entrada a un ejercicio efectivo del *ius puniendi* por parte de la autoridad real, lo que permitió no relegar los intereses particulares -la satisfacción o el castigo privado- en beneficio de una mayor actuación punitiva del Estado, motivo por el que el ámbito procesal se convirtió en una de las vías de aplicación del *ius commune* que subyacen en la realidad jurídica de los distintos Ordenamientos del medievo (53).

Entre las características principales de este nuevo proceso, cabe señalar el papel predominante del Juez, el resurgimiento de las garantías procesales, como es la citación, el resurgir del principio *onus probando incumbit qui dicit, non qui negat*, de las pruebas objetivas, de la sentencia, de sus recursos y de su ejecución, o de la recuperación de antiguos procedimientos propios de la tradición romanística.

Veamos –brevemente– el desarrollo de estos elementos conformadores del nuevo proceso bajo-medieval:

2.5.1. El juez

Frente al sistema procesal de la Alta Edad Media, donde predominaba la *potestas judicandi* del Rey (54) conjuntamente con la justicia privada (55), la recepción del proceso romano-canónico trajo

(53) Pérez Martín, A., "El *ordo iudiciarius* ", ob. cit., pp. 196-200 y 226-228.

(54) Monarca que, a diferencia del rey-legislador bajomedieval, encarna, siguiendo la vieja doctrina patrística, la *imago deitatis*, esto es, la imagen de un vicario de Dios en la tierra, por cuanto la justicia viene a ser entendida como un reflejo del orden divino que debía ser aplicada por los reyes; García Pelayo, M., *El reino de Dios, arquetipo político*, ob. cit., pp. 152 ss.; Maravall, A., "El pensamiento político de la Alta Edad Media", ob.cit, pp. 33-66; Kern, F., *Derechos del Rey, derechos del pueblo*.ob. cit., pp. 43-44: "Dios es soberano, y el Derecho que liga al monarca y a la comunidad es igualmente soberano en cuanto no contradiga a Dios; el monarca por un lado, la comunidad por otro, están de tal forma insertos en el sistema jurídico teocrático que ambos se encuentran sometidos a Dios y al Derecho".

(55) Véase en este sentido, Puyol, J., *Orígenes del reino de León y de sus instituciones políticas*. Tomo XII. Memorias de la RACMP. Madrid, 1926, p. 303: "Llama la atención que la mayoría de los pleitos estén fallados por tribunales arbitrales, hasta el punto de que algunas veces llegase a sospechar que la administración de justicia por los jueces del Rey quedaba

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

consigo una concepción pública de la administración de la justicia, al quedar, como afirmara Mayer, "en manos de jueces letrados toda la jurisdicción" (56):

> Partidas 3,4,1.
> *Jueces, que quier decir como omes buenos que son puesto para manda e fazer derecho* (57).

Un ejemplo de esta nueva concepción lo hallamos en la institución del Justicia. Si bien esta figura ha sido ampliamente estudiada por la historiografía jurídica más reciente, sí quisiéramos poner de relieve algunas consideraciones que, a nuestro juicio, ayudan a comprender mejor la recepción del *ius commune* en el ámbito estricto del ordenamiento procesal (58).

El Justicia se configuró como un juez ordinario, elegido por el monarca para que en persona asistiera, escuchara y dictara sentencias

---

reducida al orden penal, y que en los asuntos civiles entendían de ordinario los jueces designados por las partes"; Orlandis, J., "La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media", *AHDE* 15 (1944), pp. 107-161; Gibert, R., "La paz del camino en el derecho medieval español", *AHDE* 27-28 (1957-1958), pp. 831-852.

(56) Mayer, E., *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos v al xiv*. II. Analecta, Madrid, 1929, p. 169; asimismo, Font Rius, J. M.ª, "La recepción del Derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media", *Recueil de memoires et travaux publié par la Société d'Historie du Droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*. Fascículo VI. Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Montpellier, 1967, p. 102.

(57) Jueces a quienes se les exige –Partidas 3,2,3–: *que hayan sabiduria para judgar los pleytos derechamente por su saber o por uso de luengo tiempo*.

(58) Puede verse, entre otros trabajos, Lalinde Abadía, J., "El "Curia" o "Cort". Una magistratura medieval mediterránea", *AEM*, Barcelona, 1967, pp. 169-296; Roca Traver, F. A., *El justicia de Valencia, 1238-1321*. Valencia, 1970, pp. 81-173; Pérez García, P., *El Justicia criminal de Valencia (1479-1707)*. Universidad de Valencia, Valencia, 1991, para Cataluña, véase el estudio de Tatjer Prat, M.ª T., *La Audiencia Real en la Corona de Aragón. Orígenes y primera etapa de su actuación (S. xiii y xiv)*. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2009; para Mallorca, véase el estudio de Planas Rosselló, A., *La Real Audiencia de Mallorca en la Época de los Austrias (1571-1715)*. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en todas las causas (59). Este carácter unipersonal de la institución viene recogido en la mayoría de los Estatutos y Fueros bajo-medievales, donde se establece que un único vecino y habitante de la ciudad sea Justica, con la obligación de juzgar todos los pleitos civiles y criminales con el consejo de los prohombres de la ciudad (60).

Nace así una nueva organización judicial en la que la función legislativa correspondía, fundamentalmente, al Rey, y la función jurisdiccional al juez, y no al tribunal regio, como así sucedía en el período alto-medieval (61). De esta forma, los jueces no sólo debían conocer y sentenciar una causa, sino que, como administradores de los bienes públicos, les incumbía facilitar el cumplimiento de la justicia, ya mediante la toma de fianzas, el embargo de bienes, el cumplimiento de las sentencias (62), ya con la aplicación estricta de los fueros, o, en su defecto, de un nuevo Derecho: el ius commune –licet deficiente foro recurrendum sit ad jus commune (63)–.

Esta nueva concepción facilitó que el Ordenamiento bajo-medieval pasará de concebir la figura del Justicia como persona lega en-

(59) Esta misma concepción la hallamos en Castilla. Así en Fuero Real 1,7; J. A., "La corriente democrática medieval en España y la fórmula *Ouod Omnes tangit*". *Estudios de historia del pensamiento español*. I. Madrid, 1973, pp. 173-190.

(60) En este sentido, Matheu y Sanz, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 4, Tit. 1, núm. 3: *Jurisdictio ordinaria in Urbe, ab ipsius expugnatione ministrabatur per unum Civem ejusdem, quem vulgus dicebat, un sol vehi nuncque Justitia appellatur; a Regne vero nominabatur la Cort, id est, Curia, ... qui cognoscebat in prima instantia de omnibus causis, tam civilibus, quam criminalibus...*

(61) Véase, en este sentido, *Espéculo, proemio*: *Feciemos estas leyes que son escritas en este libro que es espeio de derecho, porque se iudguen todos los de nuestros regnos e de nuestros sennorios ... e mas a los iudgadores por do sepan dar los juicios derechamientre e guardar a cada una de las partes que ante ellos vinieren en su derecho*.

(62) Pérez Prendes, J. M.ª, "Facer Justicia. Notas sobre actuación gubernativa medieval", *Moneda y Crédito* 129 (1974), pp. 17-90; Rodal Verdejo, R*., Los jueces de la monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla siglos xiv-xviii*. Dykinson, Madrid, 1989, pp. 17-20.

(63) Belluga, P., *Speculum*, Rub. 11, núm. 3.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Derecho (64), sin mayor mérito que su honestidad personal(65), a verlo como un verdadero representante del interés, ayudado en todo momento por un consejo de prohombres o de asesores(66), lo que le permitió decidir las causas, no según su arbitrio, sino por el conocimiento directo del Derecho estatutario público –iudex illiteratus repellitur (67)–.

En definitiva, frente a la recepción teórica del ius commune, la vida judicial, en palabras de Font Rius, "se abrió más ampliamente a esta aplicación, dada la progresiva sustitución de los jueces legos por los jueces profesiones y la intervención de abogados en las diferentes clases de tribunales", lo que facilitó una amplia recepción de los principios marcados por el proceso romano-canónico en el ámbito procesal, no sin antes salvar los reiterados intentos por impedir su uso (68).

2.5.2. La citación

La adecuada interpretación de la tradición ius-romanista se advierte en el alcance que tuvo la subsistencia de la obligación de comparecer ante el órgano jurisdiccional, esto es, en el deber que tenían las partes frente al magistrado, lo que determinaba, en

(64) En este sentido, García-Gallo, A., "Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho Español", *La Justicia municipal en sus aspectos técnico y científico*. Ciclo de conferencias, Ministerio de JusticiaMadrid, 1946, pp. 53-71; Lalinde Abadía, J., "El 'Curia'", ob. cit., p. 271; Carlé, M. C., *El concejo medieval castellano-leonés.* Instituto de Historia de España, Buenos Aires, 1968, pp. 109-131; García Marín, J. M.ª, *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pp. 199-121.

(65) Carlé, M. C., "Boni homines" y hombres buenos", *CHE* 29-40 (1964), pp. 133-168.

(66) Matheu y Sanz, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Tit. 1, núm. 11: *Curia ordinaria, Deficiente Foro, de consilio proborum hominum tenetur iudicare*.

(67) Gratia Aretinus, *Summa Suma de iudiciario ordine.* Ed. Bergmann, F.C.H., Aalen, 1.965. Part. 1., Tit. 1 *De iudicibus*, vers. 1: *Scientia requiritur in quolibet iudice, quia iudex illiteratus repellitur*.

(68) Font Rius, J. M.ª, "La recepción del Derecho Romano", ob. cit., p. 102.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

última instancia, la sustitución de la actividad privada alto-medieval por el imperium del magistrado (69).

En efecto, asumida esta obligación (70), la citación formal que el actor tenía que hacer al reo al inicio del litigio se convirtió en un elemento esencial en la tramitación del litigio, lo que determinó que se precisara su contenido: ya sean los plazos o su forma: Illud autem certo certius est, quod praecise et simpliciter neminem citare potes, sed sub modo praescripto (71).

---

(69) Gratia Aretinus, *Summa*, Part. 1, tit. 6, *De praesentatione partium*, vers. 1: *Haec forma praesentandi semper debet observari, tam ab actore quam a reo, in quolibet termino, et coram quolibet iudice, sive ordinario, sive delegato, sive subdelegato, sive arbitro*.

(70) No en vano, el llamado no puede desdeñar la citación por la mera creencia de que el juez no posee jurisdicción. Tancredus Bononiensis, *Ordo*, Part. 2, tit. 3, *De citationibus ad iudicium*, vers. 2: *Vocatus venire non contemnat, licet de aliena sit iurisdictione vel literae per mendacium impetratae, ut hoc ipsum alleget ad declinandam iudicum iurisdictionem; nam, si contumax esset et non veniret, teneret sententia contra eum lata, licet ab eo iudice, cuius potuisset iurisdictionem declinare. Et nota, quod ipsemet iudex, qui rerum citat ad causam, cognoscere debet, an sua sit iurisdictio*. Véase su correlación con D. 5,1,5 (*Ulpianus libro V ad Edictum*): *Si quis ex aliena iurisdictione ad Praetorem vocetur, debet venire, ut et Pomponius et Vindius scripserunt. Praetoris est enim aestimare, an sua sit iurisdictio, vocati autem, non contemnere, auctoritatem Praetoris; nam et legati ceterique, qui revocandi domum ius habent, in ea sunt causa, ut in ius vocati veniant privilegia sua allegaturi*; D. 2,5,2 (*Paulus libro I ad Edictum*): *Ex quacumque causa ad Praetorem vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit*; c. 7,X,2,28: *Si duobus coram suo iudice litigantibus alter ad nostram, alter ad sui iudicis audientiam super eodem negotio appellaverit, et ille, qui ad suum iudicem appellavit, ad diem appellationis veniens, se ad eum appellasse proponit, eo tacito, quod adversarius eius ad audientiam Romano Pontificia appellarat, si legitime citatus nec venit, nec aliquem responsalem misit, aut etiam alias parere contemnit, et in eum excommunicationis sententiam tulerit, tenebit [utique] excommunicationis sententia in eum pro contumacia promulgata, nisi iudex cognoverit, eum ad audientiam Romani Pontificis appellasse. Denique, quod in fine quaestionum tuarum quaeris, si a civili iudice ante iudicium vel post ad nostram audientiam fuerit appellatum, an huiusmodi appellatio teneat: tenet quidem in his, qui sunt nostrae temporali iurisdictioni subiecti; in aliis vero, etsi de consuetudine ecclesiae teneat secundum iuris rigorem credimus non tenere*; c. 19,X,2,28.

(71) Durandus, G., *Speculum Iudiciale*. Lib. 2, *partic*. 1, *De citatione* 4, § *Sequitur*, núm. 2.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con relación a los plazos, Durante nos informa que éstos variaban según el lugar o la naturaleza de la citación. Así, si la persona citada vivía en el mismo lugar que el juez o era vecino del demandante, el emplazamiento se reducía a un plazo breve –per intervalla septennorum et binorum–, si, por el contrario, se hallaba in alia civitate, vel loco non nultum remoto, se le concedía algunos meses; si alegaba algún justo impedimento, se le podía conceder alius mensis (72). Con todo, el propio canonista, tras reconocer que estas cautelas eran idénticas in civilibus et criminalibus (73), advierte que, no obstante lo prescrito por los estatutos locales, los jueces podían prorrogar o reducir los plazos en virtud de las personas, de la distancia o de la naturaleza del negocio: sed consideratis locorum distantiis et personarum, tempore viarum, et negotii qualitatibus, potest eas, cum expedire viderit, moderare vel prorogare (74).

Su contenido tenía que ser concreto: el juez, ya fuese ordinario o delegado (75), señalaba el día, el lugar, la persona a la que se citaba, así como el juez ante el que se debía acudir (76). Únicamente

(72) Durandus,, G., *Speculum Iudiciale*. Lib. 2, *partic*. 1, *De citatione*, 2, § *Nunc*, núm. 1*: Super quo notadum est, quo si hi, qui vocantur ad iudicium, sint in eodem loco, ubi est iudex, vel ibi de vicino, vocandi st ad iudicium literis, vel nuncio, per intervalla septennorum et binorum et unius dierum … Si vero sunt in alia civitate, vel loco non multum remoto, datur mensis ad veniendum: et si allegaverit iustum impedimentum dabitur alius mensis … Caeterum si sunt valde remoti, vocabuntur tribus edictis, vel uno pro omnibus peremptorio… .*

(73) Guilielmus Durandus, *Speculum Iudiciale*. Lib. 2, *partic*. 1, *De citatione*, 2, § *Nunc* núm. 2*: in arduis et criminalibus, in quibus cautius est agendum, non a severitate iuris recendum … Sed hoc non placet: quia idem iuris est in civilibus et criminalibus.*

(74) Durandus, G., *Speculum Iudiciale*. Lib. 2, *partic*. 1, *De citatione*, 2, núm. 3; *De citatione*, 3, núm. 2: *hoc relinquitur arbitrio iudicantis, considerata locorum distantia, et qualitate personarum, et causa…*

(75) Tancredus Bononiensis, *Ordo*, Part. 2, tit. 3, *De citationibus ad iudicium*, vers. 2: *Praedictus siquidem modus citandi tam ordinariis quam delegatis iudicibus competit. Attamen delegati iudices in prima citatione consueverunt tenorem commissionis sibi factae in literis citationis totum de verbo ad verbum inserere et reo, qui ad iudicium vocatur, transmittere, ut sciat, qui sunt, qui eum ad iudicium vocant, et cuius auctoritate*.

(76) Tancredus Bononiensis, *Ordo*, Part. 2, tit. 3, *De citationibus ad iudicium*, vers. 2: *Et in literis citationis contineri debet, quod die tali, loco tali, tali actori, coram ipsis iudicibus responsurus accedat*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

debía tener la cautela de que la comparecencia no tuviera lugar en un día festivo o durante los períodos de vendimia o de siega –et non aliis-; criterio que se veía restringido cuando, por la naturaleza de las cosas o del negocio, no se podía dilatar por más tiempo su inicio (77).

Una vez se hubieran intimado los tres edictos en los intervalos establecidos por la ley (78), y concedido un edictum perentorium (79) –quod nisi quis sit peremptorie citatus, no debet censeri contumax (80)–, si el demandado no se personaba, el juez, tras condenarle en costas (81), tramitaba sin mayor dilación el procedimiento en ausencia (82).

---

(77) Tancredus Bononiensis, *Ordo*, Part. 2, tit. 3, *De citationibus ad iudicium*, vers. 3; Pillius Medicinensis, *Summa*, Part. 1, tit. 5, *De in ius vocatione*. Véase su correlación en D. 2,12,1 (*Ulpianus libro IV de omnibus Tribunalibus*) y en c. 4,X,2,14.

(78) Tancredus Bononiensis, *Ordo*, Part. 2, tit. 3, *De citationibus ad iudicium*, vers. 1: *Nec pertinet ad iuris ordinem, in prima citatione peremtorie vocare, nisi ex aliqua iusta causa. Et licet post peremtoriam citationem iudex contra contumacem iuste procedere possit, nulla citatione vel exspectatione facta, tamen aequitate suadente debet in diem alterum exspectare et iterum citare*. Véase, D. 5,1,68 (*Ulpianus libro VIII. Disputationum)*; c.1,X,2,8: *Citatio vocatoria cum peremptoria non debet esse nimis brevis, maxime ubi de rebus ecclesiasticis agitur; nisi necessitas aliud suggerat*; Durandus, G., *Speculum Iudiciale*. Lib. 2, *partic*. 1, *De citatione*, 3, núm. 16*: Et nota quod prima citatio vocatur conventionale: quia in ea dicitur, venias tali die coram tali. Secunda dicitur monitorium: quia in ea iudex dicit: vade, mone eum, quod veniat. Tertia, peremptorium: quia dicitur, quod ni venerit, procedet condemnando, vel absolvendo.*

(79) Durandus, G., *Speculum Iudiciale*. Lib. 2, *partic*. 1, *De citatione*, 3, núm. 1*: Scias quod causam seu disceptationem extinguat … Item peremptorium mitti non debet in prima citatione, vel praemature … imo debet primo et secundo citari, sive duobus edictis per intervalla XXX dierum… .*

(80) Durandus, G., *Speculum Iudiciale*. Lib. 2, *partic*. 1, *De citatione*, 3, núm. 4.

(81) Gratia Aretinus, *Summa*, Part. 1, tit. 6, *De praesentatione partium*, vers. 1: *Quod si talis praesentatio non scriberetur, si reus non veniret in die peremtorio, et iudex eum in expensis legitimis condemnaret*.

(82) Tancredus Bononiensis,, *Ordo*, Part. 2, tit. 3, *De citationibus ad iudicium*, vers. 1: *Item nota, quod iudex comminari debet, cum peremtorie citat, quod, si non comparuerit, qui citatur, procedet in causa, quantum de iure poterit*; D. 5,1,71 (*Ulpianus libro IV de omnibus Tribunalibus*): *In peremtorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diversa*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.5.3. La prueba

El proceso bajo-medieval, a diferencia del alto-medieval, ordálico y sacral (83), se caracterizó por la racionalización de los medios probatorios, cuyo afianzamiento y desarrollo fue fruto de la elaboración doctrinal de unos civilistas y canonistas (84) insertos en la tradición del *ius commune* (85):

> Baldus de Ubaldis: *Probatio est ratiocinatio de re certificat per ipsam. Opinio est ratiocinatio de re dubia. Praesumptio est ratiocinatio sumpta a verisimili. Fama est ratiocinatio vulgi. Suspicio est suspicari de eo de quo est suspicandum. Iudicium est argumentum valde*

---

parte cogniturum se et pronuntiaturum, D. 5,1,73,pr. (*Ulpianus libro IV de omnibus Tribunalibus*): *Et post edictum peremtorium impetratum, quum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet; et, sive responderit, sive non responderit, agetur causa et pronuntiabitur; non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet*; c. 5,X,1,41.

(83) En torno a las pruebas no racionales, véase el estudio de Piquer Marí, J. M., *Pruebas 'no-racionales' en Roma ab urbe condita hasta finales de la República*. Madrid, 2010.

(84) Azo, *Summa*, 3,19, Rub. *De probationibus*: *Et quidem probatio est rei dubiae per argumenta ostensio*. Este criterio fue posteriormente recogido tanto por la literatura jurídica procesal –Tancredus, *Ordo*, 3,5,1: *Probatio est rei dubiae per argumenta facta demostratio*"–, como por los decretalistas –Hostiensis, *Summa Aurea*. II, Rub. *De Probationibus*: *Probatio est rei dubiae legitima facta declaratio*–.

(85) Lévy, J. P., "L'evolution de la preuve des origenes à nos jour. Synthèse generale", *BSJB* 17 (1965), pp. 9 ss.; del mismo autor, "Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age", *RSJB* 17 (1965), pp. 137 ss.; del mismo autor, "La formation de la thèorie romaine des preuves"*, Antiqua* 63 (1992), pp. 18-21; Gilissen, J., "La preuve en Europe du XVI au debut du XIX siècle. Rappot de synthèse", *RSJB*. 12 (1962), pp. 469 ss.; Maldonado y Fernández del Toro, J., "Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español", *AHDE* 23 (1953), p. 473; Martínez Gijón, J., "La prueba judicial en el Derecho Territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media", *AHDE* 31 (1961), p. 19; Salvioli, S., *Storia della procedura civile e criminale.* Storia del Diritto italiano. Florencia, 1921, pp. 469 ss.; Vallejo, J., "La regulación del proceso en el Fuero Real", *AHDE* 56 (1985), pp. 528-539; Van Caenegen, R., "La preuve dans le droit du moyen age occidental. Rappot de synthèse", *RSJB*. 17 (1965), pp. 752-753.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

movens intellectum ad aliquid tradendum vel discernendum. Error est ratiocinatio propia veritati. Ignorantia est passio quam mens sentit (86).

Los textos bajo-medievales, haciéndose eco de este formalismo procesal de elaboración erudita, nos presentan un conjunto complejo y no siempre jerarquizado de pruebas, tendentes a conseguir el fin último: la obtención de de una *plena probatione* (87), de una prueba suficiente que impediera al juez condenar a un reo por una mera sospecha o presunción (88). A esta finalidad contribuirán las dos piezas esenciales de este régimen, a saber: la carga de la prueba y los medios probatorios.

2.5.3.1. La carga de la prueba (89)

El procedimiento alto-medieval (90), siguiendo los principios del Ordenamiento germánico (91), atribuyó la carga de la prueba al demandado por entender, como afirmara Bethmann-Hollweg, que sólo éste era quien podía conocer la certeza de los hechos debatidos, diferenciándose, así, del actor, el cual se movía dentro de la sospecha o de supuestos indicios. En virtud de este razonamiento, la prueba

(86) Baldus de Ubaldis, *Ad tres priores libros*, 2,19, rub. *De probationibus*, núm. 1. Asimismo, en n. 1 *in fine*: *Nam lux corporalis solis interdum lucet nobis intuitive, quando inter osculos nostros et solem sunt nullae nebulae. Quandoque especulative et argumentative ut quando videmus aliquid per rationem intellectus. Quandoque obtenebratur nobis sol, ut quando inter veritatem & intellectum nostrum sunt tenebrosissime nubes, licet sol et veritas semper in se luceat....* .

(87) Levy, J. P., "L'evolution de la preuve", ob. cit., p. 38. Salvioli, S., *Storia della procedura*, ob.cit., pp. 474-475; en materia de prueba penal, véase Paz Alonso, M.ª P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 224-225.

(88) Lévy, J. P., "Le probleme de la preuve", ob. cit., pp. 150-151.

(89) En el ámbito del Derecho romano, Piquer Marí, J. M., *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica (exégesis de D.22.3)*. Edisofer, Madrid, 206.

(90) López Ortiz, J., "El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la Recepción romano-canónica", *AHDE* 14 (1942-43), p. 186.

(91) *Edictus Roth.* 9-245-364-365. *Monumenta Germaniae Historica*, IV. Hannover, 1965. Ed. G. H. Pertz.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ya no se concebía como una carga, sino como un derecho, como un *ius probandi* frente al demandante, permitiéndole eludir los peligros de las pruebas ordálicas o subjetivas (92).

Esta concepción decae a mediados del siglo XII, al generalizarse el principio que sostenía que la carga de la prueba incumbía a quien la alegaba (93), por lo que ésta recaía, de nuevo, sobre el actor (94). En este sentido, Irnerio formuló la regla *ei qui dicit, non ei qui negat, incumbit onus probandi* (95).

Esta máxima, que fue recepcionada de forma desigual en los distintos Ordenamientos bajo-medievales (96), constituyó un ejemplo

(92) Bethmann-Hollweg, M. A., *Der Civilprocess des gemeinen Recht in geschichtlicher Entwicklung*. Ed. Adolph Marcus, Bonn, 1864-1874, IV, pp. 502 ss., observa cómo en el Derecho germánico el actor no demandaba el reconocimiento de un derecho, sino que, únicamente, se limitaba a pedir la cesación de toda injusticia cometida por el demandado. En análogo sentido, Brunner-Schwerin, *Historia del Derecho germánico*. Labor, Barcelona, 1936, pp. 24-28; Lévy, J. F., "Le probleme de la preuve", ob. cit., p. 140, sostiene que "Les droits barbares imposaient à l'accusé la preuve de son innocence. A l'analyse, cet usage implique deux choses, car ce n'est pas seulament la charge de la preuve qui est en cause, mais aussi son objet. La preuve de l'innocence est en effect d'orde négatif: c'est la preuve que l'accusé n'a pas commis le crime dont on l'incumple"; véanse también Pertile, A., *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*. Guiudice, Roma-Napoli-Milano, 1900. VI. I, pp. 309-310; Martínez Gijón, J., "La prueba judicial…", ob. cit., pp. 23-24.

(93) Esta *regulae iuris* la podemos encontrar formulada en D. 22,3,2; D. 22,3,21; Pillius, *Summa*, 3,6; Tacredus, *Ordo*, 3,5.

(94) El Derecho visigótico asumió el principio *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, tal y como se desprende en los siguientes preceptos: LV 2,1,23, *antiqua;* LV 5,7,8*, antiqua*.

(95) Irnerius, *Summa Codicis*. Ed. Fitting, H. Berlín, 1894, Rub. *De probationibus*, 4,19,6.

(96) De una pronta recepción se hacen eco, a mediados del siglo XII, *Los Usatges* (168. *Affirmantis*); y ya en el siglo XIII, en Partidas P. 3,14,1, Las Costums de Tortosa V,5 o El Vidal Mayor 3,23) se recoge el principio imperante en la práctica procesal romano-canónica, en aquellos otros ordenamientos en los que se constata una sólida raíz consuetudinaria prevalece la *regulae iuris* del procedimiento germánico, la cual, como ya ha quedado puesto de manifiesto, atribuye la carga de la prueba al demandado. Un ejemplo claro lo hallamos en El Fuero General de Navarra, donde se afirma que es el demandado el que debe probar la afirmación de que pagó su renta –F.G.N. 3,5,11–. Frente a esta dualidad, otros ordenamientos bajo-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

claro de recepción en el Derecho medieval, siendo recogida en las rúbricas *De Probationibus* y *De Testibus* (97).

Del conjunto de estas rúbricas se desprendía que la carga material de la prueba, salvo que el demandado quisiera aceptarla voluntariamente (98), correspondía al actor (99), quedando absuelto el demandado cuando el demandante no probaba su afirmación (100).

No obstante este principio, al demandado le correspondía la carga de la prueba en una serie de supuestos tasados:

[a] Cuando negaba o excepcionaba un derecho –*quoniam in exceptionibus reus fit actor* (101)–. Así, cuando el actor reclamaba una cantidad de dinero o un fundo de su propiedad, y lo probaba, pero el demandado alegaba su pago o la prescipción de la reclamación (102).

---

medievales llegan a la conclusión de que la prueba puede recaer tanto sobre el demandado como el demandante. Así, en el Fuero Real 3,8,2 se concluye que cada parte litigante viene obligada a probar cuál es su fundamento.

(97) Pillius, *Summa*, 3,6; Tacredus, *Ordo*, 3,5.

(98) Pillius, *Summa*, 3,6 *De probationibus*: *Aliquando tamen reo mos geritur, ut probet, si vult, cum ea est negotii natura, ut ipsius possit audiri probatio*.

(99) Pillius, *Summa*, 3,6 *De probationibus*: *Probare quidem debet actor, quod dicit … non reus, qui ne3gat scilicet simpliciter factum; negantis enim factum per rerum naturam, id est per causarum consuetudinem, nulla est probatio … Et non dico, quod reus non possit probare, sed quia non compellitur probare; Semper enim onus probando actori incumibit et non reo*; Tacredus, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 1: *Probare debet actor et accusator*.

(100) Pillius, *Summa*, 3,6 *De probationibus*: *Probare, inquam, debet actor, ut dictum est; actore enim non probante reus, etsi nihil praestiterit, obtinebit … Interdum tamen, etiam actore non probante, reus se defendere vel suam innocentiam probando purgare compellitur*; Tacredus, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 1: *quoniam actore non probante reus, etsi nil praestiterit, absolvetur*.

(101) Pillius, *Summa*, 3,6 *De probationibus*: *Secus autem, si negat ius vel excipit, tunc enim in se transfert onus probandi*; Tacredus, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 1: *Si vero negat ius, puta dicit aliquis adversarium suumaliquo iure prohibitum, ne liceat ei advocare, vel agere, vel testes inducere, seu aliqua facere, quae iure communi conceduntur, illud ius probare debet, quod dicit eum prohiberi*.

(102) Tacredus,, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 1: *Exceptio transfert*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

[b] Cuando se presumía la veracidad de lo alegado por el actor. Por ejemplo, si un hermano solicitaba a su hermano parte de un predio que su padre les entregó en herencia. Si el reo se negaba, a él le correspondía la carga de la prueba (103).

[c] Cuando voluntariamente asumía la carga de la prueba (104).

[d] Cuando aceptaba el juramento deferido por el juez (105).

[e] Se excepcionaba en el supuesto en que el actor era una persona privilegiada. Así, cuando éste era un menor, un militar, un pupilo o un campesino: *transfer onus probationis in reum*. En virtud de este criterio, ya no estaba obligado a probar el impago o la deuda, sino que era el reo el que tenía la obligación de probar el impago (106).

2.5.3.2. La valoración de la prueba: el binomio prueba plena-prueba legal

Es en este punto donde la continuidad de las soluciones romanas resultó ser más evidente (107), lo que no impidió que se vieran

---

onus probationis in reum; puta, peto a te decem, et u excipsis, quod solvisti; vel peto a te fundum et probo meum, tu excipsis, quod praescripsisti; has exceptiones probare teneris, quoniam in exceptionibus reus fit actor.

(103) Tacredus,, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 1: *Praesumtio, quae est pro actore, transfert onus probationis in reum; quia, si frater petit a frater partem praedii, quod fuit patris communis, quamvis reus neget illud pertinere ad actorem, tamen probare debet, qualiter ad se tantum pertineat*.

(104) Tacredus, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 1: *Spontanea probationis assumtio: quia, si reus vult onus probationis subiré, mos ei gerendus est*.

(105) Tacredus, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 1: *Item iuramenti delatio: quoniam si iuramentum defertur reo a iudice, suscipere ipsum debet, et si praestat, cedit loco probationis*.

(106) Tacredus, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 1: *Actoris privilegium transfert onus probationis in reum; quoniam qui repetit tamquam indebitum, quod prius solvate, regulariter debet probare indebitum, sed si persona privilegiata sit is, qui repetit indebitum, puta pupillus, vel minor, miles, vel agrícola, reus debet probare se debitum recepisse*.

(107) Como puso de manifiesto Riccobono, "Traditio Ficta", *ZSS*, 34 (1913), pp. 231 ss., el principio de la libre apreciación de la prueba, de gran arraigo en el Derecho clásico, fue paulatinamente sustituido por un sistema de pruebas regladas o legales (C. 4,20,1), aunque todavía podamos hallar

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sometidas a las lógicas modificaciones impuestas por las condiciones socio-políticas del siglo XIII (108).

Siguiendo esta tradición, el *ius commune* introdujo un sistema de pruebas legales y tasadas en donde la ley indicaba qué medios de prueba se podían presentar en juicio y qué fuerza probatoria tenía cada uno, criterio que se hizo con una intención clara: evitar en lo posible la arbitrariedad judicial. De esta forma, lo que debía prevalecer era el tenor objetivo de las pruebas aportadas en la decisión del juez (109).

Esta concepción se halla recogida en la rúbricas de los Estatutos u Ordenamientos bajo-medievales, en los que se puede observar cómo se indicaba que los pleitos no debían ser juzgados según la conciencia o la moral del Justicia (110), sino que éste se tenía que atener a lo que las partes alegaban y probaran en su presencia (111), porque era conveniente que el juez dictara sentencia conforme a los hechos que eran probados legalmente en la Curia (112).

---

numerosas locuciones en las que se sienta tal principio tanto en el *Código* como en el *Digesto*. La necesidad de una *probatio vera et legitima* que se impusiese a una *probatio ficta* o *quasi probatio* fue asumida tanto por los numerosos *tractatus de testibus* como por las Decretales de Gregorio IX (c. 2,X,2,19; c. 5,X,2,21; c. 27,X,2,20, lo que originó una clasificación tripartita de la prueba: plena, semiplena e imperfecta. En torno al proceso romano-canónico en la Baja Edad Media, SALVIOLI, J., *Storia della procedura*, pp. 465-476.

(108) MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, J., "Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español", *AHDE* 23 (1953), p. 63.

(109) TACREDUS, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 3.

(110) Este sistema, deudor del Derecho romano, es asumido de lleno por la canonística medieval. Así, en las *Decretales*, tras afirmar que nadie debe ser compelido para que aporte pruebas que le inculpen (c. 1,X,2,19), se enfatiza (c. 12,X,2,19) en la necesidad de dirimir los pleitos basándose en pruebas legales, a saber: a través de los libros antiguos, por la fama o por cualquier otra ayuda que pudiese esclarecer la controversia.

(111) TACREDUS, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 3: *quid probari debet? Respondeo, id quod decutum est in iudicium et super quo lis est mota, sive directe, sive in modum exceptionis vel replicationis, quoniam si probatur per testes vel intrumenta aliud, quam in iudicio deductum est …* .

(112) Este intento por parte del juez de alcanzar la verdad procesal lo hallamos en c. 3,X,2,19.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

De lo expuesto, parece evidente que la finalidad del legislador fue la de privar al juez de toda libertad de decisión, limitándose a sancionar lo alegado y lo probado en el juicio, con lo que el binomio prueba plena-condena, tendente a la búsqueda de la verdad objetiva, quedaba ratificado (113).

Pero una lectura minuciosa de los distintos preceptos recogidos en la mayoría de los Ordenamientos bajo-medievales, nos hacen ver cómo el legislador, ante la necesidad de reunir los medios de prueba suficientes para alcanzar esa verdad objetiva o prueba plena (114), llegó a admitir, cuando éstos eran insuficientes, medios probatorios como el duelo judicial (115), los indicios (116), las presunciones (117) o la tortura (118), lo que nos lleva –como ya hiciera en su día Lévy (119)– a utilizar con cautela la expresión "pruebas legales", por entender que con estos medios se dió paso

(113) Es lo que Salvioli, G., *Storia della procedura*, ob. cit., p. 406, define como el paso o sustitución de la certeza moral por la legal.

(114) En este sentido, en Partidas se habla de pruebas *claras como la luz en que no vengan ninguna dubda;* Partidas 3,14,12; 7,1,26.

(115) Lévy, J. P., "Le probleme de la preuve", ob. cit., pp. 148-167. Van Caenegem, R. C., "La preuve", ob. cit., pp. 709-753. Gilisen, J., *Introductión Historique au Droit. La preuve*. Bruylant, Bruselas, 1979, pp. 629-632. Recientemente Brown, P., *Society and Supernatural: A Medieval Change*. Society and the Holy in Late Antiquity, Berkeley-Los Ángeles, 1998, pp. 310-315, en contraposición al sentir general, afirma que hay un cierto grado de racionalidad en el *duellum*, por entender que éste se había convertido en un medio eficaz para mantener la paz y la resolución de las controversias judiciales.

(116) Trani, G. de, *Summa super titulis Decretalium*. Lyon, 1519. Reed. Aalen, 1992, rub. *De probationibus*, 1 selal cómo las pruebas testificales y las documentales se hallan en plano de igualdad con los indicios y las meras presunciones: "*Probatio est rei dubiae per testes et instrumenta et plerumque indicia et praesumptiones ostensio*".

(117) Tacredus, *Ordo*, 3,5 *De probationibus*, vers. 6: *Species autem probation sunt sex; probatur videlicet per evidentiam facti, per famam, per praesumptionem, per iuramenti delationem, per testes et per instrumenta*. Con todo, esta elaboración doctrinal no fue unívoca. Así, para Pillius, *Summa*, 3,6,7, los medios de prueba eran únicamente tres: *testes, instrumenta, confessiones.*

(118) Fiorelli, P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*. Giuffrè, Roma, 1953- 1954.

(119) Lévy, J. P, "L'evolutión de la preuve", ob. cit., p. 37; "La formation de la théorie romanien", ob. cit., pp. 18-21.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a una cierta valoración subjetiva de la prueba, en detrimento del demandado (120).

Con todo, como pruebas plenas se mantuvo la confesión (121), los testigos (122) y la prueba documental (123), llegando a surgir una polémica doctrinal en torno a la la *optima regina probationum*. En este sentido, Gregorio López (124), en su glosa número dos a Las

(120) Lévy, J. P, "L'evolutión de la preuve", ob. cit., p. 40 y ss.

(121) Placentinus, *Summa Codices*. Monguntiae, 1536. Rub. *De confesis*, fo. 355: *Sed et post confesionem iudex debebit sententiam dare et condemnare*; Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in primat (et secundam) Codicis partem*. Venetiis: *confessio habet executionem paratam ... Et propter hoc in civitate ista instrumenta confessionata mandatur executioni sicut sententiae definitivae, quia per stantum, si sit confessio facta coram notario videatur facta coram iudice*; Pillius, *Summa*, 2,11: *In confessionibus post litem contestatam factis non est locum poenitentiae, et ab illis recedi non debet, quoniam in iure confessus pro iudicato habetur*.

(122) Pillius, *Summa*, 3,7,8: "*Et quia probationis duae sunt species principaliter, scilicet testimonia et instrumenta, et dignior est probatio per testes, quam per instrumenta, ideo primitus pauca de testibus, quae magis ad causarum usum frequenter occurrunt, sub compendio inseramus*"; Tancredus, *Ordo*, 3,6; Gratiae, *Summa*, 6,1. c. 28,X,2,20: *Nec scriptum eorum, nisi testium adminiculo fulciatur, eam obtineat firmitatem quin ei possint et debeant duorum vel trium testium bonorum testimonia praevalere, salva in omnibus sedis apostolicae auctoritate*; c. 10,X,2,22: *Porro quum dubitatio fuisset exorta, utrius deberet probatio praevalere, pro tua fuit parte propositum, quia, etsi secundum legitimas sanctiones eandem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurium idoneorum testium depositionibus praeferantur*. Lévy, J. P., "Le problème de la preuve", ob. cit., pp. 155-156; "L'evolutión de la preuve", ob. cit., pp. 52-54; "La formation de la théorie", ob cit., p. 19: "... à una époque où «Témoins passent lettres»..."

(123) c. 9,X,2,19: *Quod non est in actis non est in mundo*.

(124) *Código de las Siete Partidas*. Ed. *Los Códigos españoles concordados y anotados*. III, Madrid, 1848. Cabe reseñar como el propio autor, siguiendo la línea del texto alfonsino y de la propia doctrina castellana, niega que dicha afirmación, extraída del *Speculum* de Durantis, pueda deberse a Azón: *Reprobatur hic illa opinio, quam reciat Spec. atribuens eam Azoni, in tit. de instrum. edit de fide instrum. in sum. col. pen dicit, se nullo casu admittere, ut vox duorum testium sit validor instrumento publico, et ibi dicit, quod requirantur 4. vel 5. testes deponentes contra instrumentum*. La cita en torno a Azón la hallamos en Durandus, *Speculum* 2,2,8,5: *Sed pone producitur aliquod instrumentum super aliquo contractu: opponitur, aliquem con-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Partidas 3,18,117, se hizo eco de la preocupación que tuvieron los autores de los numerosos *ordines iudiciarii* (125) en torno al mayor o menor valor probatorio que debían alcanzar la prueba testifical y la documental. La postura seguida por Azón, así como la de la mayoría de los glosadores que le sucedieron, nos dice Gregorio López, fue atribuir mayor fuerza vinculante a la prueba testifical, hasta el punto de afirmar que el testimonio efectuado por dos testigos hábiles alcanzaba una verdad procesal superior a la rubricada en un documento. En el fondo, como afirma Lévy, se entendía que el documento tenía el valor de una simple declaración testifical, y que ésta, cuando se realizaba precedida de juramento, así como de las garantías oportunas –idoneidad o fama del testigo–, obtenía un valor probatorio pleno (126).

---

trahentium alibi fuisse tempore contractus, & probatur hoc per duos testes, queritur, an sufficiant. et dicit Azo, quod fic, arg. ff. de testi. ubi numerus. et IIII. q. III. c. si testes, ubi numerus". Planteamiento que será recogido por la propia literatura jurídica procesal bajomedieval. *Vid.* Pillius, *Summa*, 3,14: *Unde sciendum est, quod, si omnes testes in instrumento scripti contra instrumentam testentur, fide instrumenti cassatur in eo iudicio. Nam cum ex ipsa testatione fides instrumento debeat haberi, merito, his instrumento o obviantibus, vivae voci, non mortuae credendum erit (Nov. 73 c. 3. .... D. 22.3,10)*; Tancredus, *Ordo*, 3,13,6: *Dominus Azo dicit, quod viva vox duorum testium in nullo casu validior est publico instrumento, sed publicum instrumentum, ut dicit, validius est testibus duobus vel pluribus in pluribus casibus; quorum unus es Cod. si min. dix 2,43. l. si alterius . 3*. Con anterioridad vemos reflejada esta cuestión en *Lex Visigothorum* 2,4,3: *Quotiens aliut testis loquitur, quam ea scriptura continet, in qua ipse subscripsisse dinoscitur, quamvis contra scripture textum diversa verborum sit a testibus impugnatio, scripture tamen potius constat esse credendum. Quod si testes dixerint ea, quae offertur, scriptura minime roborasse, prolator eius probare debebit, utrum ab eisdem testibus escriptura fuisse roborata constiterit ....* Ed. Zeumer, K., *Liber Iudiciorum, sive Lex Visigothorum*. *In Monumenta Germaniae Historica*. Hannovarae et Lipsae, 1912.

(125) Tancredus, *Ordo*, 3,6: *... quia validor est viva vox quam mortua*". Pillius, *Summa*, 3,8: "*Et quia probationis duae sunt species principaliter, scilicet testimonia et instrumenta, et dignior est probatio per testes, quam per instrumenta, ...*

(126) De esta cuestión se han hecho eco, entre otros, Salvioli, G., *Storia della procedura*, ob. cit, p. 467; Martínez Gijón, J., "La prueba judicial", ob. cit., pp. 28-29; Alejandre García, J. A., "El delito de falsedad documental". *HID* 3 (1976), pp. 95-96. Recientemente, Alonso, M.ª P., *El proceso penal*, ob. cit., p. 229.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.5.4. La sentencia y los medios de impugnación de la sentencia

Terminado el período probatorio, y después de registradas por escrito todas las actuaciones judiciales, el juez procedía a la resolución del litigio mediante sentencia definitiva (127), por cuanto, siguiendo los principios del proceso romano-canónico, ésta, a tenor de la doctrina foral, se convertía en el acto final del juicio, al pronunciar, en su breve enunciado, la absolución o condena del hecho litigioso (128), diferenciándose así de las sentencias interlocutorias, en las que el juez únicamente se pronunciaba sobre las cuestiones preliminares o adyacentes que las partes hubieran podido suscitar a lo largo de la controversia (129).

Respecto a su contenido, la sentencia, siguiendo el principio *petitio actoris necesarie referenda est* (130), debía contener fundamentalmente la absolución o condena del demandado para que ésta tuviera validez, sin que fuera necesaria motivar su fundamento (131);

---

(127) Cabe reseñar, siguiendo a Pérez Ortiz, J., "El proceso en los reinos cristianos", ob. cit., p. 217, y a Alonso Romero, M.ª P., "El proceso penal en el Fuero de San Sebastián". En *Actas del Congreso El Fuero de San Sebastián y su época*. San Sebastián, 1981, pp. 397-405, que durante la Alta Edad Media el fin de la controversia no siempre venía como consecuencia de una declaración formal del *iudex*. Asimismo, hallamos todavía en la obra de Gratia, *Summa*, 3,1, reminiscencias del Derecho germánico, al admitir que la sentencia debía dictarse previa solicitud del actor: *Et etiam debet actor cum instantia sententiam postulare*.

(128) Pillius, *Summa*, 3,16; Tancredus, *Ordo*, 4,1,2: *Species autem iudicialis sententiae sunt duae; alia est sententia diffinitiva, alia interlocutoria*; Gratia, *Summa*, 3,1; Durandus, G., *Speculum*, 2,3.

(129) D. 42,1,14; Azo, *Summa Super Codicem*. *Corpus Glossatorum Juris Civilis*. II. Ed. Viora, M., 1966, 7, rub. *De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum*: *De interlocutionibus aut sciendum est quod vicem rei iudicate non obtinet*; c. 60, X,2,28; Tancredus, *Ordo*, 4,1,2; Gratia, *Summa*, 1,9,5.

(130) C. 7,4,81; *Vid.* López, G., glosa a Partidas 3,22,16.

(131) Posiblemente el precedente seguido por el Derecho castellano pudo hallarse en un texto de Ulpiano –D. 4,1,59: *In sententiis sufficiet, si expresserit iudex summam in sententia, solvique iusserit, vel praestari, vel quo alio verbo hoc significaverit*- recepcionado, a su vez, por una decretal de Inocencio III– c. 15,X,2,1; c. 16,X,2,27: *Quum autem in plerisque locis, in quibus copia prudentum habetur, id moris exsistat, quod omnia, quae*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

con relación a la forma, ésta debía salvaguardar la solemnidad del *ordo iudiciarius –Sententia lata contra formam fori, nulla ita est, ut non egeat revocatione* (132)–. Y dentro de los denominados vicios *in procedendo* (133), se estableció que toda sentencia venal, ya fuese por dinero, servicio, pacto o promesa, debía ser declarada nula *ipso iure* (134).

Con relación a los medios de impugnación de la sentencia, cabe destacar los siguientes recursos: apelación, nulidad, suplica o *restitutio in integrum*.

Con relación a la apelación, aunque ésta pervivió "L'età preirneriana", la propia rigidez estructural del proceso alto-medieval, así

---

iudicem movent, non exprimantur in sententiis proferendis, vobis taliter respondemus, quod, quum ex depositionibus testium praedictorum constiterit vobis, sententiam a iudice suo fuisse prolatam, propter auctoritatem iudiciariam preasumi debet, omnia legitime processisse. Principio que será acogido por la mayoría de la doctrina procesal: Tancredus, *Ordo*, 4,1,5: *Si rationes vel allegationes partium, quae movent iudicem ad sententiandum, non ponantur in sententia, nihilominus valet sententia*; Durandus, G., *Speculum*, 2,2,5,13. *Vid.*, O'Callaghan, R., "Doctrina de las Decretales respecto a fundar las sentencias". *RJC*, 9, (1903), p. 245; Navarro Valls, R., Los fundamentos de la Sentencia Canónica". *En Homenaje al doctor Pietro Castro*. Madrid, 1979, p. 564 ss.; doctrina que se recoge, entre otras, en Benito Fraile, E. J. de, "Notas para el estudio" ob. cit., pp. 153-157; Murillo Villar, A., "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano". *CHD*, 2, 1995, pp. 11-46. Con todo, O'Callaghan, R., "La doctrina de las decretales", ob. cit., p. 246 afirma: "los mismos Papas razonaban todas sus sentencias, según es de ver en las Decretales; y en muchas de ellas hasta hacían primeramente un extracto o resumen del proceso, o del asunto que se discutía, exponiendo depués los fundamentos de derecho".

(132) Ya, en el Derecho romano, uno de los motivos de nulidad de una sentencia era el que ésta fuese dictada "*contra leges et constitutiones*". *Vid.* Orestano, R., *L´ appello civile in diritto romano*. Giappichelli, Torino, 1967, pp. 258. En el ámbito medieval, c. 41 C. 2 q. 6; Pillius, *Summa*, 3,3; Tancredus, *Ordo*, 4,2,4. Con carácter genérico, Calamandrei, P., "La teoria dell'error in judicando nel diritto italiano intermedio". En *Studi sul processo civile*. Padova, 1930, V, I, pp. 156 ss.

(133) Padoa Schiopa, A, *Richerche sull'appello nel diritto intermedio*. Giuffrè, Milano, 1967. II, p. 35. Recoge, a su vez, la cita, Aikin Araluce, S., *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Reus Editorial, Madrid, 1982, p. 70, a quien seguimos en este punto.

(134) Con relación a Partidas 3,22,13, Aikin Araluce, S., *El recurso de apelación, ob. cit.,* p. 70.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

como la ausencia de un poder real que hiciera posible el ejercicio efectivo del *ius puniendi*, propiciaron que el litigio concluyese bien por el allanamiento de la parte que se consideraba vencida o bien por sentencia, (135) lo que explica "la rarità dell'apello nel diritto altomedievale" (136).

Frente a esta concepción privativista del período alto-medieval, la Baja Edad Media favoreció la implantación de nuevos sistemas procesales al amparo de la recepción del *ius commune*, de la consolidación del poder real y de la *plenitudo potestatis* pontificia, cuyo resultado se concretizó en un complejo binomio formado por la consagración de la idea de la justicia como función inherente a la realeza, y por la concepción del proceso como garantía de los particulares frente al *ius puniendi* del estado (137).

Esta necesidad de preservar el bien público, unido al interés de una justicia rápida y eficaz, fue lo que facilitó que se arbitraran mecanismos de control para corregir la inseguridad jurídica provocada tanto por la amplitud de atribuciones judiciales como por la probabilidad de un error judicial, por lo que se facilitó, a través del recurso de las *appellationes*, la posible suspensión de una sentencia y el traslado, en virtud del principio *Nemo sit iudex in causa sua* (138), de su conocimiento a jueces o tribunales superiores (139). Principio

---

(135) En este sentido, López Ortiz, J. "El proceso en los reinos cristianos", ob. cit., p. 217; Tomás Valiente, F.: "La tortura judicial y sus posibles supervivencias". En *La tortura en España. Estudios históricos*. Barcelona, 1973, p. 212 afirma que el carácter sacral y mágico del proceso en las etapas más primitivas de su desarrollo lleva anejo su valor concluyente y definitivo y, con él, su inapelabilidad. Cerda Ruiz-Funes, J., voz "Fueros municipales". *NEJS*, X, p. 476.; Paz Alonso, M. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, ob. cit., p. 6.

(136) Padoa Schioppa, A., *Ricerche sull'apello*, ob. cit., I, pp. 205-262. No en vano, el propio autor, en p. 259, sostiene: "La diffuse forme d'ingiustizia diverse dalla sentenza illegale e la rigidità del procedimento altomedievale costituiscono dunque un terreno sul quale l'apello non poteva prosperare".

(137) Paz Alonso, M. P., *El proceso penal*, ob. cit., pp. 267-68.

(138) Como señala Padoa Schioppa, A., *Ricerche sull'appello,* ob. cit., p. 110, el carácter jerárquico de la apelación se contempla ya en la glosa de Azón: "*Appellatio debet fieri ad superiorem, id est ad eum qui est in grado proximo superiori eo, qui tulit sententiam*".

(139) Aikin Araluce, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., p. 55. En análogo sentido se había manifestado con anterioridad Villapalos Salas, G., *Los*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que fue retomado por el poder real "para establecer de modo eficaz la presencia de la autoridad real, tanto en las tierras de señorío como en las de realengo", al propiciar la interposición de una apelación judicial en un tribunal real (140).

Este interés por paliar toda posible inseguridad jurídica, así como la necesidad de establecer mecanismos de control que sirviesen para corregir la impericia de los jueces, propició que tanto la doctrina como la mayoría de los Ordenamientos bajomedievales se ocupasen extensamente de este medio de impugnación contra la sentencia, al que buena parte de la doctrina consideró que pertenecía al ámbito del Derecho natural –*quae est medicina sententiae* (141)–, por entender que si se daba un *error in iudicando*, esto es, una sentencia *contra ius* (142), ésta no determinaba su nulidad, sino su iniquidad (143).

En torno a su naturaleza jurídica, ésta se debía de circunscribir dentro de un orden procesal jerarquizado, en el que se suspendía la jurisdicción del juez *a quo*, dando traslado del conocimiento de la causa a un tribunal superior, lo que, en principio, excluida toda apelación "*per saltum*" (144), por entenderse que la invocación jerárquica se debía realizar de grado en grado, por ser el orden jerárquico, en palabras de Azón, el elemento que diferenciaba la apelación respecto de cualquier otro medio de impugnación (145). Así,

---

recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Universidad Complutense. Madrid, 1976, pp. 119-125.

(140) Aikin Araluce, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 56.

(141) Fontanella, J. P., *Decisiones sacri regii senatus Cathaloniae*. Lugduni, 1668, *Decisio* 105, núm. 24, sostiene que ésta se ha de entender como *remedium a jure naturale*, polr entender que propiciaba la salvación de la sentencia: *... appellationem quae est medicina sententiae*.

(142) Ya, en el Derecho romano, uno de los motivos de nulidad de una sentencia era el que ésta fuese dictada "*contra leges et constitutiones*". *Vid.* Orestano, R., *L´ appello civile in diritto romano*, ob. cit., pp. 258. Véase, entre otras fuentes, D. 42,1,32; D. 49,1,19; D. 49,8,1,12; C. 7,64,2.

(143) Padoa Schioppa, A., *Richerche sull'appello*, ob. cit., II, pp. 25-32; Villapalos Salas, G., *Los recursos*, ob. cit., pp. 280-282; Aikin Araluce, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 8-10, 71-73.

(144) D. 49,1,1,3: *"Et si quidem, quum maiorem iudicem appelare deberet, ita erravit, ut minorem appellet, error ei nocebit, si vero maiorem iudicem provocabit, error ei nihil oberit*; ..."

(145) *Vid.* Padoa Schioppa, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., II, p. 110.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el principio de invocación jerárquica determinó que en el Derecho (146) se contemplase, a modo de excepción, la posibilidad de que la apelación pudiera resolverse, no por el magistrado inmediatamente superior al que dictó la sentencia, sino a través de la invocación directa al monarca, para que éste, como juez supremo y titular de la *plenitudo potestatis*, pudiera –*per saltum*– resolver el recurso de apelación sin necesidad de agotar las instancias o grados intermedios (147).

Conjuntamente a la apelación (148), se recuperó el recurso de súplica, recurso que se debía a razones de equidad, más que de técnica jurídica (149), como una petición graciable en la que el rey podía, con carácter extraordinario, revisar "por merced" la legalidad de una sentencia (150).

---

(146) La posibilidad de que una sentencia inicua pudiera ser apelada *omissio medio* respondía a un principio de Derecho canónico –C. 2, q. 6, cc. 3,4,16; c. 19,X,1,6–, según el cual se podía recurrir directamente al Supremo Pontífice en su calidad de *dominus mundi*, sin necesidad de recurrir a una instancia intermedia. Esta posibilidad de recurrir *per saltum* al titular de la suprema jurisdicción fue prontamente recogida por literatura procesal. Así, Tancredus, *Ordo*, 4,5,4: *Appellatio debet fieri a minori iudice ad maiorem, et gradatim ... Excipitur tamen dominus papa, ad quem potest ab audientia cuiuslibet iudices appellari*; Durandus, G., *Speculum*, 2,3,4,1: *Appellari potest ad Papam, omissis mediis, sine tamen praiudicio inferiorum*; Bellapertica, P. de, *Comentarium*, Lib. 49, rub. *Quis, et a quo appelletur*, 5: *Iure Canonico ad Papam omni medio excluso appellare licet, seu potest immediate*. En torno al Derecho romano, Orestano, R., *L'apello civile*, ob. cit., pp. 259-61.

(147) Villapalos Salas, G., *Los recursos*, ob. cit., pp. 216-218; Aikin Aralce, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 25-27.

(148) Generalmente aparece recogida, y de forma residual –dentro de la rúbrica *De appellacionibus* La única excepción la hallamos en la obra de Durandus, G., *Speculum*, 2,3 en donde se dedica una breve rúbrica –*De supplicatione*– al estudio de esta institución. Dentro de los grandes cuerpos jurídicos bajomedievales, únicamente Las Partidas –3,24,1 y 4– recogen una rúbrica específica en torno al recurso de súplica.

(149) Villapalos Salas, G., *Los recursos*, ob. cit., pp. 290-291. En análogo sentido, Alonso Romero, M. P., *El proceso penal*, ob. cit., pp. 277-278.

(150) Partidas 3,24, *proemio*: ... *queremos aqui mostrar de la merced que demandan los hombres a los reyes sobre los juicios que les dan de que ninguno non se pueda alzar* ...; Doctrinal 6,2,1 y 3: *Commo los juyzjos se pueden rrevocar et oyr de cabo quando el rrey quisyere fazer merçed a alguno* ...; Las Flores del Derecho 3,2,3: ..., *se non fuere de sentencia del*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El recurso de nulidad (151), utilizado para impugnar una sentencia definitiva cuando ésta no hubiera observado el *legitimum ordinem iudiciorum*, superándose así el concepto romano de nulidad como sentencia inexistente (152) No en vano, como apunta Padoa Schioppa (153), fue a partir de la Glosa cuando se admitió por primera vez la posibilidad de acudir a un juez superior para obtener una declaración de nulidad. Planteamiento que fue asumido por los Decretalistas de la segunda mitad del siglo xiii, así como por la literatura jurídica procesal, al comprender que a través de la *querella nullitatis* se podía asegurar el cumplimiento estricto del orden procedimental, solicitándose la nulidad de la sentencia cuando ésta se mostraba manifiestamente injusta o cuando se hubieran observado simples vicios *in procedendo* o posibles alteraciones en las garantías procesales (154), por lo que se llegó a plantear como un auxilio

---

Rey ode qual quiere que tiene suas uezes entodo el Regno; ca desta sentencia que estos dan non se puede nunguno alçar, mas bien los pueden piedir merced que elos caten aquela sentencia que gela meyoren.

(151) *Partidas* 3,22,5; 3,22,12-13; 3,22,15; 3,26,4-5. En este sentido, Padoa Schioppa, A., *Recherche sull'appellatione*, ob. cit., II, pp. 32 advierte como ya en el tratado atribuido a Irnerio, *De Appellationibus Superest Videre*, se reconoce la posibilidad de acudir a este recurso cuando se altere el *ordo iudiciorum* establecido.

(152) Veánse, entre otros, Orestano, R., *L'appello*, ob. cit., pp. 273 ss.; Ragi, L., *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*. Milano, 1961, I, p. 11 y ss, para quien: "Alla concezione romana della nullità come inesistenza, sempre rilevabile senza termini di prescrizione, una lenta evoluzione storica è venuta infatti contrapponendo la *querela nullitatis*, soggetta a prescrizione al pari dell'apello, e con cui finalmente si equiparava il trattamento della sentenza nulla a quello della sentenza ingiusta. Tale nuovo criterio ha le sue prime affermazioni nella legislazione statuaria italiana del XII secolo, ed ha aperto la via al moderno principio del cosidetto assorbimento delle nullità nei mezzi de gravame, per cui, salvo poche eccezioni, s'intendono sanate la nullità per le quali non si sia fatto ricorso all'impugnazione".

(153) Padoa Schioppa, A., *Richerche sull'appello*, ob. cit., II, pp. 43-52. Planteamiento que, a su vez, vemos recogido en Aikin Araluce, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 74-76.

(154) c. 9,X,2,27: *Sententia iniqua retractatur per superiorem; licet causa fuerit appellatione remota commissa. Si autem continet manifiestam iniquitatem, est nulla*. En torno a la nulidad de la sentencia en el ordenamiento canónico, Della Roca, F., *La nullità della sentenza nel diritto canonico*. Universitarie, Roma, 1939, pp. 79 ss. En el ámbito procesal, Durandus, G., *Speculum Iudiciale* 2,3,8,1: *Nulla dicitur sententia multis modis, scilicet*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ordinario del que valerse para cuestionar el principio de la intangibilidad de toda sentencia (155).

A este conjunto de recurso, se puede añadir el *auxilium extraordinarium* de la *restitutio in integrum*. Recurso que se utilizaba, como se afirma en *Partidas*, cuando los menores, al razonar *su pleyto, non lo fizieron cumplidamente, o porque razonando erraron, conosciendo, o negando lo que no deuian*, por lo que se concluye que *las sentencias que fuessen dadas contra los de menor edad, se pueden desatar por entrega, a que dizen en latin restitutio* (156). En este sentido, tanto la Glosa como la canonística conciben la *restitutio* como un auxilio que permitía –por razones de misericordia o por razones de equidad (157)– *tornar las cosas en aquel estado, en que eran, en ante que fuesen dado en juyzio sobre ellas* (158). No en vano, en la *Summa Codicis* o en el Decreto de Graciano se definió este *auxilium restitutionis* como la reintegración a un estatus jurídico anterior (159), concedido, según Tancredo, a los menores de veinticinco años –*vel etiam maiori absenti*– para dejar sin efecto aquellos

---

Ratione iudicis: Ratione iurisdictionis: Ratione litigatorum: Ratione loci: Ratione temporis: Ratione causae: Ratione qualitatis, Ratione modi: Ratione processus: Ratione manifestae iniquitatis..

(155) Matheu i Sanz, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Tit. 11, Cap. 5, núm. 1: *Nullitatis namque remedium dici solet auxilium commune, propter utilitatem publicam introductum, dum per illud causarum merita discutiuntur ut veritas patens elucescat, et solemnitas judiciorum examinantur, ne contra juris ordinem procedatur*.

(156) Partidas 3,25, *proemio*; *Flores del Derecho 3,3*: *Restitucion quier dizir entregamiento de danno ode engano que recebido aquel que era menor de XXV annos, eglesia o ciutat en preyto oen contracto, o por liuiendat o por nescidat de si mismo de mientre que andavan enel pleyto ofazian el contracto*; Doctrinal 6.3,2: *Restituçion (restitutio) en latin tanto quiere dezjr en romançe, como tornar las cosas en aquel estado que eran ante que fuesen dado el juyzjo que son dados contra los menores*, ...

(157) Tancredus, *Ordo*, 4,5,1: *Sed harum restitutionum alia debetur sola misericordia, alia de iustitia debita*.

(158) Partidas 3,25,1: *E nasce della muy gran pro: ca quebranta los juicios que son dados contra los menores*.

(159) c. 8 C. 2. q. 3: *restitutio in integrum est quando quis honoribus aut ordinibus aut coeteris restituitur*; c. 10 C. 2 q. 6; Irnerius, *Summa*, 2, 9,2: *Est autem in integrum restitutio amisse cause (communi uidelicet ratione) redintegratio speciale iure dindulta*. ... *Hi autem demun restituuntur qui lesi sunt: ex his uidelicet causis que restitutionen suadent*...

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

actos que les hubieran podido causar una lesión en su patrimonio (160), aunque pudiera provocar un grave quebranto procesal (161). Con todo, Azón nos advierte de que este *beneficium personale* (162) debía solicitarse únicamente en aquellos pleitos en los que eran juzgados los menores estando sus tutores o curadores presentes, por cuanto su ausencia determinaba la nulidad de la sentencia (163).

Finalmente, el Derecho medieval contempló el recurso más elemental que un agraviado podía utilizar, la simple querella (164). Este medio de impugnación de la sentencia, cuyo precedente lo hallamos en las fuentes romanas (165), fue asumido por el proceso romano-canónico, en particular por la canonística, al entender que era necesario arbitrar mecanismos procesales que pudieran garantizar a los particulares la posible revisión de un gravamen extrajudicial o un *defectus iuris* vinculado al proceso. En este sentido, cabe afirmar que la simple querella, a diferencia de la apelación, no fue concebida como un medio para impugnar una sentencia injusta, sino como una *denuntiatio* tendente a la reclamación o corrección de un agravio incidental, o de una negligencia, por cuanto que ésta, como afirmara Baldo, no podía ser objeto de apelación, sino

(160) Tancredus, *Ordo*, 4,5,1: *De iustitia debita debetur illa in integrum restitutio, quae datur ecclesiae, reipublicae, minori viginti quinque annis, vel etiam maiori absenti ex iusta vel probabili causa, adversus contractum vel quasi contractum, adversus sententias vel iudiciorum processus, adversus delictum vel quasi, in quo soli minori interdum subvenitur*".

(161) Partidas 3,25,1.

(162) Durandus, G., *Speculum*, 2,3,5.

(163) Azo, *Summa*, rub. *Si adversus rem iudicatam*.

(164) Fuero Real 4,20,3; Espéculo 5,7; Partidas 3,2,4: *Libellus en latin, tanto quiere dezir, como demanda fecha por escrito. E esta es una de las maneras, por que se puede fazer. E la otra es, por palabra*. *Vid.* Villapalos Salas, G., *Los recursos contra*, ob. cit., p. 271, cuyo planteamiento seguimos en esta institución.

(165) Collinet, P., "La nature des Querelae des origenes à Justinian". *SDHI* 19 (1953), pp. 251-306. Aunque a juicio de la romanística caben numerosas acepciones en torno a su naturaleza, el propio autor –pp. 253-260– señala como ésta es uniforme, configurándolo como un medio de impugnación de la sentencia de escasa trascendencia, destinado únicamente a paliar los agravios o negligencias causadas en el curso del proceso.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

únicamente de querella –*Quod propter negligentiam iudicis recurritur ad superiorem nenc apellatur* (166)–.

2.5.5. La ejecución de la sentencia: el proceso ejecutivo

Finalmente, en los distintos de *Ordo iudiciaris,* se contempló la ejecución de la sentencia sobre el patrimonio del condenado, la denominada *distractio bonorum* (167).

En el ámbito medieval nace un proceso ejecutivo, el cual, como afirmara Febrero, "era un juicio sumario introducido a beneficio de los acreedores" (168). En éste, siguiendo el planteamiento de Fairén, no cabe ver un procedimiento con carácter de provisionalidad, donde la observancia de los elementos substanciales del proceso pudieran verse sustituidos por el arbitrio judicial, sin límites normativos formales o materiales, sino, únicamente, un intento por alcanzar una mayor celeridad en la resolución de las controversias, ya simplificando sus formalismos, ya reduciendo los plazos procesales o bien disminuyendo los medios de prueba y las posibilidades de apelación (169).

---

(166) Cita en Villapalos Salas, G., *Los recursos contra*, ob. cit., p. 274, nota 959.

(167) Con relación a su origen, véase I. 3,12,pr.: *Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem sucesiones. Qualis fuerat bonorum emptio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta tunc locum habet, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt: sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudicis etiam bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datare officio iudicis bona possidere et prout eis utile visum fuerit ea disponere; quod ex latioribus Digestorum libris perfectivus apparebit*. Con carácter ejemplificador, Solazzi, S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*. Jovene, Napoli, 1937-1943. Vol. IV, pp. 180-183; Obarrio Moreno, J. A., *Derecho foral y Derecho común en el antiguo Reino de Valencia*. *De forma et modo procedendi in causis civilibus: via executiva*. Edisofer, Madrid, 2006.

(168) Febrero, J. M., *Del juicio ejecutivo*, Lib. 3, Cap. 2, Tit. 1, p. 361.

(169) Fairen Guillén, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos. (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Bosch, Barcelona, 1953, p. 56; "La clasificación de los procesos y procedimientos. El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios". En *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid, 1955, pp. 375-383. Recientemente, "El proceso ede la extravante

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Este procedimiento tuvo su origen en la *cognitio extraordinem* romana (170), al establecerse diversos supuestos en los que era posible sustanciar el proceso de forma abreviada, ya a través de una *cognitio sumaria*, como en la acción para reclamar alimentos (171), o prescindiendo de las formas –*sine scriptis* (172)– y de los plazos en los que se debía iniciar el litigio (173).

Esta necesidad por simplificar las formas procedimentales se acentuó con la recepción del proceso romano-canónico, y la subsiguiente complejidad del *solemnis ordo iudiciarus*.

Para subsanar las complejas y lentas actuaciones, así como los numerosos cauces que tanto el Derecho procesal como la práctica forense concedían a las partes para la dilatación del proceso, el Ordenamiento canónico impulsó el nacimiento de un nuevo procedimiento, el plenario (174), cuyo ámbito, a tenor de lo dispuesto c. 6,X,2,1 (175), se circunscribía más a la esfera arbitral que a la judicial, lo que permitía que la verdad de los hechos se impusiera a las propias estructuras formales del proceso, por cuanto éstas contribuían a la mala fe procesal (176).

"*Ad Reprimendum*" del Emperador Enrique VII (1313) y su exégesis por Bártolo de Sassoferrato". *AHDE*, 73 (2003), pp. 265-287; *Sobre la historia del juicio sumario ejecutivo en Valencia. La ordenación del Rey Don Martín I de 1403*. Universidad de Valencia, Valencia, 2004; Rocasolano, G. de, "El juicio sumario ejecutivo en los Fueros y Observancias del Reino de Aragón". *ADA*, 1949, en especial, pp. 28-30.

(170) Biondi, B., "*Summantium cognoscere*". *BIRD* (1920), pp. 227-229. Con carácter genérico, Álvarez Suárez, U., *Curso de Derecho Romano*. *Introducción, cuestiones preliminares. Derecho Procesal civil romano*. RDP, Madrid, 1955. Pp. 596-698.

(171) D. 25,3,5,8 y 9.

(172) C. 12,30,3,4; Nov. 17,3, Nov. 28,3.

(173) C. 8,1,4; Cth. 2,4,3 y 6.

(174) c. 6,X,2,1; Salvioli, S., *Storia della procedura civile e criminale*, ob. cit., pp. 773-775. Asimismo, Alonso Romero, M.ª P., "*El proceso penal en la Castilla* moderna". *Estudis*, 22 (1996), p. 290.

(175) Asimismo en c. 13,X,2,1; c. 27,X,4,1; c. 8,X,3,38; c. 26,X,5,1.

(176) c. 6,X,2,1: *Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum, et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum Patrum instituta investigare curetis*; Salvioli, S., *Storia della procedura*, ob. cit., p. 374: "... abandonando i protocolli scritti, le *positiones* e le *responsiones*, tutto ciò che era perdita di tempo, e favoriva la mala fede".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Posteriormente, la legislación estatutaria y el propio Derecho canónico encauzaron la necesidad de eliminar el número de formalidades inherentes al proceso ordinario dentro de la propia estructura judicial, naciendo así el procedimiento sumario, entendiéndose por éste, un juicio que, aunque breve, debía contener la esencia del procedimiento ordinario (177).

Este deseo por simplificar el proceso se consolidó plenamente en el año 1036, con la disposición *Saepe Contingit*, del Papa Clemente V (178). En esta constitución –"*A menudo ocurre*"–, después de ordenarse que se procediera llanamente, de plano, sin estrépito y sin figura de juicio (179), se intentaba explicar sus posibles confusiones o interpretaciones (180). En este sentido, se sostuvo que los jueces, para alcanzar una mayor brevedad en el procedimiento, podían actuar en los días feriados, sin necesidad de exigir demanda ni *litis contestatio*, eliminando las excepciones y las alegaciones dilatorias, el número masivo de testigos, así como las superfluas disputas entre las partes y sus representantes (181).

Con todo, a pesar de su brevedad, no se podían relegar algunos requisitos que, por su naturaleza, les hacían consustanciales al procedimiento: la necesidad de aportar pruebas, la defensa jurídica de las partes o la correlación entre lo pedido y lo sentenciado (182).

---

(177) Tomo la cita de Bártolo DE PERTILE, A., *Storia del Diritto dalla caduta dell'imperio romano alla codificazione*, ob. cit., VI, 2.ª, p. 116, not. 7: *Summarie ideo breviter, non diminutive sed ita, quod totam substantiam comprehendat*.

(178) Clem. 5.11.2. Con anterioridad, numerosos estatutos en los que, circunscribiéndose a materias concretas, se simplificaba el proceso. Así, en el Estatuto de Pisa de 1286: *Si inter creditores de bonis obligatis, aut hypoteca bonorum Quaestio fuerit –summatim–, de plano et sine magna disceptatione, et litis contestatione, et ordinaria cognitione, condempnet judicans creditorem ...* . *Vid.* PENNINGTON, K., "Due process, community and the prince in the evolution of the ordo iudiciarius", *Rivista internazionale di diritto commune*, 9 (1998), pp. 9-47.

(179) Clem. 5,11,2: *Saepe contingit, quod causa committimus, et in earum aliquibus simpliciter et de plano, ac sine estrepitu et figura iudicii procedi mandamus*.

(180) Clem. 5,11,2: *de quorum significatione verborum a multis contenditur, et qualiter procedi debeat dubitatur*.

(181) Clem. 5,11,2.

(182) c. 2,X,5,11: *necessario libellum non exigat, litis contestationem*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.6. El Derecho subsidiario

No obstante la línea argumental expuesta, la recepción del *ius commune* no fue pacífica en buena parte de los territorios y reinos de Europa, como se puede observaren los distintos Ordenamientos de los reinos peninsulares.

A nuestro juicio, las razones jurídicas pudieron deberse al recelo que provocaba la introducción del proceso romano-canónico, y así como la exigencia de que los Ordenamientos se interpretaran *ad litteram*, lo que impedía acudir al Derecho romano y canónico.

Veamos brevemente cada una de estas variantes, y como, no obstante, el *ius commune* se convirtió en un Derecho vivo e influyente a lo largo de la Edad Media y Edad Moderna.

2.6.1. Recelo al proceso romano-canónico

Por lo que respecta al ámbito procesal, la incorporación de este nuevo Derecho para resolver los conflictos jurídicos produjo una notoria lentitud procesal, como consecuencia de su mayor complejidad técnico-procedimental, de la afluencia de alegaciones de *autoritates*, o de los remedios para impugnar la sentencia, lo que propició el colapso de los tribunales de Justicia, provocando el recelo y el descontento en una población que veía "con disgusto la invasión del Derecho romano y la conducta de los legistas, vehículo principal de aquella en el ejercicio de la abogacía" (183).

Este conjunto de circunstancias crearon el clima necesario para que Jaime I adoptara una serie de disposiciones tendentes a dificultar el recurso al Derecho común. En 1251, el monarca dicta una serie de medidas contra los abogados, entre la que se hallaba su exclusión de los tribunales (184), al entender que el uso que hacían

---

non postulet, tempore etiam feriarum, ob necessitates hominum indultarum a iure, procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem, quantum poterit, faciam breviorem, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium advocatorum et procuratorum contestationes et iurgia testiumque superfluam multitudinem refrenando.

(183) Valls Taberner, F., "Los abogados en Cataluña durante la Edad Media". *Literatura jurídica*. CSIC, Barcelona, 1986, p. 216.

(184) Prohibición que fue recogida por la propia doctrina foral, Bas y Galcerán, N., *Theatrum*, *Pars* 1, *Praeludium*, núm 8: *Unde, in nostro Regno*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del Derecho romano prolongaba en exceso el proceso (185). Prohibición que reiterará en 1264, al rechazar el recurso al Derecho canónico y al Derecho romano, así como a la *forma legum* (186), y en 1270, al prohibir a los abogados que aleguen, además de las Leyes, el *Decretum* de Graciano y el *Liber Extra*, aunque, contradictoriamente, permite el recurso al sentido natural y a la equidad (187):

> *Item concedimus vobis et statuimus in perpetuum, quod ubi forus Valentie non suficierit quod vos iurati et consiliarii consulatis iustitie bona fide et sine enganno: si inde per eum fuerit requisiti secundum equitatem et sensum naturalem ... Volumus etiam et mandamus ac statuimus quod advocati non allegent in causis leges nec decreta*

---

non tenemur sequi in judicando juris communis constitutiones, tamquam leges; núm. 9: *Haec quae tradimus aniam praebuerunt nostris legislatoribus, ut prohiberent advocatis, et procuratoribus allegare in judicio, et litibus juris communis constitutiones. Et si de facto advocatus in scripturis, ad litis decisionem, legem civilem, aut aliquam allegaverit glossam, debet scriptura, aut libellus lacerari, et si a judice fuerit admissus mulctantur Advocatus, et Judex, et causae actuarius, decem morabatinis auri*.

(185) Aureum Opus, Jaime I, Privilegio 37: *Immo voluimus et statuimus imperpetuum quod iusticia valentie qui a nobis in dicta civitate fuerint constitutum cum consilio iuratorum eiusdem civitatis secundum discretionem et provisionem eorum et secundum foros dicte civitatis iudicet et determinet omnes causas criminales et civiles que ad eum peruenerin, omni forma legum et advocatorum penitum exclusa* ... .

(186) Aureum Opus, Jaime I, Privilegio 65: *Immo voluimus et statuimus imperpetuum, quod aliquis iurista advocatus vel alius iurisperitus non advocent in curia civitatis valentie, nec in aliqua curia totius regni ... Statuimus etiam imperpetuum quod si forte aliqua dubitatio orta esset vel oriretur super dubitationem alicuius fori, illa dubietas declaretur secundum cognitionem iusticie et proborum hominum civitatis valentie et regni eiusdem: exclusis iure canonico et civili et omni forma legum quod nolumus ibi ab aliquibus allegari*.

(187) Morlá, P. A., *Emporium*, *pars* 1, tit., *quaestio* 16, núm. 13: *Et in hoc nostro Regno ex dictu forum 3 decisum est, quod advocati sub poena decem marcarum argenti, non audeant decreta, aut decretales, vel leges aliquas allegare aliquo modo, sed tantum debent allegare foros Valentiae, et si praedicti fori non sufficiant, tunc recurrendum erit ad ius naturale, et si praedictam poenam non possit advocatus solvere, tunc privabitur ab officio advocationis: et cum in dicto foro 3 permissum sit in defectu fororum recurrere ad ius naturale, ideo allegangur leges Pandectarum, et Imperatorum et iura canonica iniuris allegationes, quae fiunt, postquam est conclusam in causa...*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

necdecretales, nisi tamen forum valentie et si fecerint soluat quilibet pro poena decem marchas argenti et priventur officio advocationis ... (188).

Criterio que reiterará Pedro I en 1283, al establecer que ningún abogado ni razonador podía alegar en juicio las leyes romanas, el *Decretum* de Graciano o el *Liber Extra*, debiéndose recurrir, exclusivamente, a los *Fori*, y, a falta de éstos, al consejo y al saber de los prohombres del reino de Valencia (189):

Item statuimus et perpetuo ordinamus ne aliquis advocatus seu rahonador nec alius pro eo, in civitate vel regno, possit decreta vel decretales aut leges aliquas allegare, aliquo modo, sub pena decem marcharum argenti, de quibus nos habeamus medietatem et comunitas civitatis Valentiae aliam mediatatem, set solummodo habeant fforos Valencie allegare in omnibus causis civilibus et criminalibus. Volentes tamen quod, si forus Valencie non sufficeret, quod sit consilio et cognicioni proborum hominum civitatis et regni locorum (190).

De este conjunto de prohibiciones se hizo eco Gregorio López, quien, en su glosa *Hoc aliter* a Partidas 2,4,6, vv *Por las leyes de este libro*, sostiene: *et nota hic istud verbum e non per otras et etiam habetur in dicta lege Ordenamenti de Alcala expresse, unde non sunt approbatae ut legem imperatorum et consultorum leges, quamquam illa lex eas in studiis legere permittat, facit quod refert Oldradus, consilio 69 et post eum Doctor noster Palacios Rubios in elegante repetitione sua, capite penúltimo, vestras in introductione Hispanos olim constituisse, quod quicumque allegaret leges romanas in iudicio capite puniretur, et recte hoc hic et ibi est constitutum, nam ex observantia legum imperatorum induceretur quaedam su*

(188) Aureum Opus, Jaime I, Privilegio 82.

(189) Asimismo, en Aureum Opus, Pedro I, Privilegio 7: *Item statuimus in perpetuo ordinamus ne aliquis advocati seu rahonador nec aliquo pro eo: in civitate vel regno possit decreta vel decretales aut leges aliquas allegare aliquomodo sub pena decem marcharum argenti, de quibus nos habeamus mediatatem et comunitas ciuitatis Valentiae*.

(190) Furs, *Proemio* 3.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

perioritatis … unde utendum est leges imparatorum tanquam ratione naturali, si fundantur in ea, non tanquam legibus … (191).

Estas decisiones, como las anteriores de Jaime I, no tuvieron arraigo en la praxis procedimental, ya que el *ius commune* seguía siendo el único Ordenamiento capaz de suplir las numerosas lagunas dejadas por el Derecho foral o el estatutario. Y, en este sentido, Jaime II tuvo que reconocer al Derecho común como Derecho supletorio del reino:

> *... ut in quibuscumque causis negociis et litigiis tam principaliter quam per appellationem audiendis et cognoscendis in civitate et regno valentie decetero per ordinem fori et non per solemnitates iuris in aliquo procedatur, nisi in quantum iuxta formam et continentia capituli contenti in foro de necesitate fuerit ad iuris remedium recurrendum ...* (192).

Criterio que hallamos en el Ordenamiento de Briviesca, de 1387, donde se reconoce –aun con ciertas limitaciones– la viabilidad del Derecho romano en el ámbito procesal:

> *Otrosi defendemos que en el proceso non disputen los abogados nin los procuradores nin las partes, mas cada uno simplemente ponga el fecho e ençerradas razones e concluso en el pleito, entonçe cada una de las partes, abogados e procuradores, por plabra e por escripto, enformen al juez de su derecho allegando leyes e drecretos e decretales, Partidas e fueros como entendieren que les cumple … pero por esto non negamos a las partes nin a sus abogados que todo tiempo que quisieren enformen al juez por palabra allegando todos aquellos derechos que entendieren que les cumplen* (193).

La posibilidad de alegar a juristas del ámbito del *ius commune* como criterio de autoridad favoreció una práctica judicial en la que sobreabundan la alegación de juristas de dudosa procedencia y autoridad, lo que llevó a Juan II a prohibir que los abogados alegasen

---

(191) Cfr. Pérez Martín, A.: "Derecho común, Derecho castellano", ob. cit, p. 66.

(192) *AO*, Jaime II, Privilegio 41. El propio Luís Alanya fijó un epígrafe muy expresivo: *Que in omnibus causis iudicetur secundum foros et ubi forus non sufficerit possit recurri ad ius commune*.

(193) Cfr. Pérez Martín, A.: "Derecho común, Derecho castellano", ob. cit, p. 71.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

autores posteriores a Bártolo y a Juan de Andrés, bajo la pena de pérdida del oficio de abogado, procurador, juez, o del propio pleito:

E por quanto, segunt la espiriençia lo demuestra, non enbargantes las dichas leyes, los pleitos se aluengan, así en la mi casa e corte e chançellería como en las çibdades e villas e logares de los mis regnos e señoríos, por causa de las muchas e diversas a aun contrarias opiniones de doctores que los letrados e abogados alegan e muestran cada uno por sí para fundamiento de las intençiones de las partes e exclusión de la intención de las otras partes en los pleitos e causas, así creminales como çeviles, que se tractan en la dicha mi casa e corte e chançellería commo en las dichas çibdades e villas e logares de los dichos mis regnos e señoríos, por razón de lo qual recresçieron muchas intricaçiones e dubdas en los tales pleitos, por la qual causa la justiçia se aluenga e los tales pleitos duran mucho, de que se siguen a las partes muchos daños e costas e trabajos, e non pueden tan aína alcançar conplimiento de derecho, e los maliçiosos han logar de suterfuir e enbargar la justiçia, [e] algunos juezes han por ello ocasión de alongar los pleitos e non dar su derecho a los que lo han de aver; por ende yo, commo rey e señor, queriendo oviar a las tales maliçias e tirar en quanto ser pudiere los inconvinientes e daños e dispendios que de ello se siguen e proveer sobre ello de algunt remedio, de mi propio motu e çierta çiençia e poderío real establesco, e quiero e mando e ordeno por esta mi carta, la qual quiero que sea avida e guardada commo ley e aya fuerça de ley, bien así commo si fuese fecha en cortes, que en los pleitos e causas e quistiones, así creminales commo çeviles e otros qualesquier, que de aquí adelante se movieren e començaren e tractaren, así ante mí commo en el mi consejo, e ante los oidores de la mi audiençia e alcalldes e notarios e juezes de la mi casa e corte, e ante qualesquier mis juezes comisarios e delegados e otros qualesquier, e ante los corregidores e alcalldes e juezes de las çibdades e villas e logares de los mis reinos e señoríos, e ante los mis adelantados e merinos, aquellos que han alguna conigçión de las causas e pleitos, e ante otros qualesquier mis juezes, así ordinarios commo delegados e subdelegados, de qualquier estado o condición, prehemiençia o dignidad que sean, o ante qualquier o qualesquier de ellos, en qualquier grado o en qualquier manera que ante ellos o ante qualquier de ellos se comiençen e vengan e tracten los tales pleitos e causas e quistiones o alguno de ellos, que las partes nin sus letrados e abogados nin otros algunos non sean osados de allegar nin alleguen nin mostrar nin muestren en los tales pleitos e causas e quistiones nin en alguno de ellos, ante de la conclusión nin después, por palabra nin por escripto nin en otra manera alguna, por sí nin por otro, en juizio nin fuera de juizio, por vía de disputaçión nin de informaçión nin en otra manera que sea, para fundación de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

su intençión nin para exclusión de la intençión de la parte contraria nin en otra manera alguna, opinión nin determinaçión nin deçisión nin dicho nin actoridad nin glosa de qualquier doctor nin doctores nin de otro alguno, así legistas commo canonistas, de los que han seído fasta aquí después de Juan Andrés e Bartulo, nin otrosí de los que fueren de aquí adelante; nin los juezes nin alguno de ellos los resçiban nin judguen por ellos nin por alguno de ellos; so pena que el que lo alegare e mostrare, por el mes-mo fecho, sin otra sentencia, sea privado del ofiçio de advocacia para siempre jamás e non pueda dende en adelante advocar ... (194).

Pero esta limitación, como las prohibiciones anteriores, no surtió el efecto deseado. Fruto de esta constatación es lo que llevó a los Reyes Católicos a establecer una nueva Ley de citas, en la que, respetando la vigencia del *ius commune* en los reinos peninsulares, se fijaba qué autoridades doctrinales eran susceptibles de alegación. Así, en el ámbito del derecho civil, se debía seguir la opinión de Bártolo o, en su defecto, la de Baldo; en el campo canónico, la de Juan Andrés o la del Abad Panormitano:

Otrosi muchas veces acaesce que en la decisión de las causas ha habido y hay mucha confusión por la diversidad de las opiniones de los doctores que escribieron, mandamos que en materia canonica se prefiere la opinión de Juan Andres y en defecto de la opinion de Juan de Andres se siga la opinion del abad de Sicilia y en materia legal se prefiera la opinion de Bártolo y en su defecto della la opinion de Baldo (195).

En este proceloso discurrir del *ius commume*, una nueva prohibición de su uso la hallamos en las Leyes de Toro, de 1505, donde se viene a prohibir su alegación, pero no así su estudio. Ley que se reiterará en la Nueva Recopilación 2,1,3 y en Novísima Recopilación 3,2,3, fijándose así el régimen de las fuentes jurídicas hasta la época de la Codificación (196):

(194) Pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427. M. A. Pérez de la Canal, "La Pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427". *AHDE*, 26 (1956).

(195) Cfr. Pérez Martín, A.: "Derecho común, Derecho castellano", ob. cit, p. 73.

(196) Auto Acordado de 1741. *Novísima Recopilación* 3, 2, 11, n. 3: *En diferentes tiempos, i en especial desde el año de 1713, se ha tratado, assi por ordenes de su Mag. Como del Consejo, en razon de que en las Escue-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Leyes de Toro, Ley 2

Porque nuestra intencion y voluntad es que los letrados de estos nuestros Reynos sean principalmente instructos é informados de las dichas leyes de nuestros Reynos, pues por ellas y no por otras han de juzgar. Y á nos es echa relación que algunos letrados nos sirven, y otros nos vienen á servir en algunos cargos de justicia sin haber pasado ni estudiado las dichas leyes y ordenamientos y pragmaticas y partidas: de lo qual resulta que en la decisión de los pleitos y causas, algunas veces no se guardan, ni platican las dichas leyes como se debe guardar y platicar, lo qual es contra nuestro servicio. Y porque nuestra intencion y voluntad es de mandar recoger y enmendar los dichos ordenamientos para que se hayan de imprimir y cada uno se pueda aprovechar dellos. Porende por la presente ordenamos y mandamos que dentro de un año primero siguiente y dende adelante contado desde la data dellas nuestras leyes todos los letrados que oy son, ó fueren, asi del nuestro consejo, ó Oydores de las nuestras audiencias, y Alcaldes de la nuestra casa y corte y chancillerías do tienen, ó tuvieren otro cualquier cargo y administración de justicia ansi en lo realengo, como en lo abadengo, como en las ordenes y behedrias como en otro cualquier Señorio de estos nuestros Reynos, no pueda usar de los dichos cargos de justicia, ni tenerlos sin que primeramente hayan pasado ordinariamente las dichas leyes de ordenamientos y pragmaticas, partidas y fuero real.

Con todo, de la lectura y del análisis de las fuentes manuscritas manejadas –alegaciones–, se desprende que los letrados y jueces seguían recurriendo fundamentalmente a una ciencia jurídica, la del *ius commune*, que estaba en la base de no pocas instituciones

---

las de las Universidades mayores de España, i tambien en las menores, en lugar del Derecho de los Romanos, se restableciese la lectura, i explicación de las leyes Reales, asignando Cathedras, en que precisamente se uviesse de dictar el Derecho Patrio, pues por èl, i no por el de los Romanos deven substanciarse, i juzgarse los pleitos; i considerando el Consejo la suma utilidad, que producirà à la juventud aplicada al estudio de los Canones, i Leyes, se dicte, i explique tambien, sin faltar al Estatuto i asignación en sus Cathedras los que las regentaren, el Derecho Real, exponiendo las leyes Patrias pertenecientes al titulo, materia, ù paragrafo de la lectura diaria, tanto las concordantes, como las contrarias, modificativas, ù derogatorias; ha resuelto ahora que los Cathedraticos, i profesores en ambos Derechos tengan cuidado de leer con el derecho de los Romanos las leyes del Reino, correspondientes a cada materia, que explicaron; lo que se haga saber à todos los profesores, i explicantes de extraordinario, juntando el Claustro à este fin, i remitiendo Testimonio de ello.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

(197). En esta línea, un destacado magistrado no dudó en afirmar –ya en las postrimerías del XVIII– la vigencia del Derecho romano en la mayor parte de las intituciones civiles:

> De Llamas y Molina: Por algunas alteraciones, o correciones que ha sufrido el Derecho Romano de nuestras leyes en ciertos puntos, se han conservado en comparación muchas más sin variación, como es fácil conocer si se coteja un derecho con otro en los contratos, testamentos, intestados, servidumbres, y otras materias(198).

2.6.2. Interpretación *ad litteram*

Con relación a la segunda cuestión, la que hace referencia a la prohibición legal de que el Derecho estatutario fuera objeto de una interpretación extensiva, por entender que éste contemplaba en sí mismo los supuestos que era congruentes *omni loco et tempore* (199), lo que impedía acudir al Derecho romano y canónico en defecto de fuero (200), o lo que es lo mismo, al Derecho del emperador, la doctrina medieval sostuvo que se atentaba a la voluntad de

---

(197) B.U.V., R-2/360, a.16, n.114, p.49: ... a mas de ello porque se trata de fideicomisso, y assi de una verdad conjetural, la que siempre es la misma por drecho Común, pasados fueros, y presentes leyes, pues depende de las reglas de la verdadera logica y critica ....

(198) De Llamas y Molina, *Sobre las obligaciones de los abogados*...cit., p. 25.

(199) No en vano Bas y Galcerán, N., *Theatrum*, *Pars* 1, *Praeludium*, nums. 10, 21-22, tras reconocer que este criterio no sólo se aplicaba en el reino de Valencia, afirma que prohibir toda interpretación determinaba que los fueros *durus et rigorosus fuerit: Solum ergo in Regno prout in multis aliis Regnis debet judicari juxta foros, et dipositium in illis literalister ... Non admittunt subtilitates juris hujusmodi fori Regni nostri, sed juxta eorum literam, et absque interpretatione debent semper intelligi ... Et licet forus durus, et rigorosus fuerit, debet juxta illum judicari, et ab eo nequit recedi ... quia fori in Regno, nostrae sunt leges, et lex quantumcumque dura est servanda*.

(200) Ferrer, M., *Observantiarum*, *Pars* 3, *observatio* 180, núm. 3: *Hinc constitutiones Cathaloniae stricte et ad litteram esse interpretandas*; Fontanella, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus*, *Clausula* 7, gl. 3, *pars* 4, núm. 61: *... sunt conventionis et pacta cum iuramento firmata, et per stipulationem vallata, et per consecuens ad litteram et rectum sensum debet intellige et servare*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la ley cuando se estaba supeditado a su estricta literalidad (201); de ahí que se entendiera que la *interpretatio* era la única vía por la que se podía llegar a la recta inteligencia de las leyes (202), o en su Decreto, para suplir sus lagunas, ya fuere encontrando su verdadero sentido –Decreto de Graciano (203)–, ya supliendo la insuficiencia y

(201) Covarrubias y Leyva, D. de, *Relectio Regulae c. Possessor*. I, *Pars* II, *Caput* 6, núm. 3: *Hinc denique aequitas rigori est stricto opposita: est enim mitigatio et interpretatio legis scriptae ex aliqua circunstantia personarum, rerum aut temporum ... Quod si quando aequitas apud autores a iure vel a iusto distingui videatur, tunc ea distinctio vel referenda est ad ius strictum et ad iniustum quod a scripta lege discedit, vel ad aequitatem, quae remissio potius benigna sit et ad indulgentiam quandam atque humanitatem quam ius ipsum spectet … Hac ratione ius istud strictum, quod nullam interpretationem admittit, sed praedure leges et constitutiones iuxta litteram intelligit, a veteribus auctoribus dictum est summum ius idemque summa iniuria censetur, cum nimis severe et dure absque ullo temperamento ex eo leges accipiantur; alioqui in maximam reipublicae utilitatem ex variis causis interpretandae ac moderandae*.

(202) Accursius, *Digestum Novus seu Pandectarum iuris Civilis*. *Gl. Interpretatione*, *ad* D. 38,18,1: *interpretor, idest corrigo ... Item verbum apertius exprimo ... item arrogo, item prorogo, sed econtra corrigo id est addo*; Thudeschis, N., *Commentaria Primae Partis*, rub. *De electione*, c. *Nihil*, núm. 9: *Lex non consistit in verbis sed in sui ratione; nam verba inserviunt intentione et non econtra ... Sic enim se habet ratio ad verba legis, sicut anima dominatur corpori, ita ratio verbis. Quinimmo voluit idem Baldus ... quod etiam si ratio non sit expressa in lege, ex quo non potuit coniecturari nisi unica et naturalis ratio ipsius legis, debet fieri extensio ad limites rationis praesumptae*; Rub. *De rescriptis*, *c. Quia nonnulli*, núm. 10-11: *... et plus ego puto, quod etiam si ratio non sit expressa in lege, tamen ex quo non potest dici nisis una ratio finalis et indubitata, debet fieri extensio ad limites rationis, quia praesumendum est legislatorem fuisse motum ex ratione finali*. Tomo la cita de Gangoiti, B., "De fine intrinseco positivo utpote elementum primarium in causatione et cognitione legis canonicae". *La norma en el Derecho canónico*. I. pp. 787-788.

(203) D. 38 c. 12: *His (scholasticis) enim maxime utile est nosse, ita esse praeponendas verbis sententias ut praeponitur animus corpori. Ex quo fit, ut ita malle debeant veriores quam dissertiores audire sermones, sicut malle debent prudentiores quam formosiores habere amicos ...*; C. 1 q. 1 c. 64: *Marcion et Basilides et caeterae haereticorum pestes non habent Dei Evangelium, quia non habent Spiritum Sanctum, sine quo humanum fit Evangelium quod docetur. Nec putemus in verbis Scripturarum esse Evangelium, sed in sensu; non in superficie, sed in medulla; non in sermonum foliis, sed in radice rationis*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la oscuridad de los supuestos no previstos en la mente del legislador (204).

Este criterio ha halla recogido en buena parte de los Ordenamientos legales del Medievo, en los que se viene a reconocer que, a falta de una regulación explícita por parte del Derecho real o estatutario, se podía recurrir, como derecho supletorio, al Derecho romano (205), por ser éste la verdadera *ratio scripta,* el *ius per excellentiam* (206):

1. Reinos hispano-medievales

[1.1] El Derecho subsidiario en Cataluña

En el ámbito del Derecho catalán, desde la promulgación de los Usatges de Barcelona, pasando por las Costumbres de Lérida, Tárrega o las de Tortosa, se afirmaba que, en defecto del Ordenamiento local, se debía aplicar las leyes góticas, y no siendo éstas suficientes, se podía recurrir al criterio del príncipe –con el consejo de la Curia–, al Derecho romano, como se aprecia con claridad en las Costumbre de Lérida, de Tárrega, al Derecho común, en las Cos-

(204) Ubaldis, B. de, *Ad Tres Priores Libros Decretalium Commentaria*. Lib. 1, *De constitutionibus*, Cap. 3, núm. 6: *Ulterius notatur quod statuta et constitutiones non recipiunt interpretationem extrinsecam, sed intrinsecam sic, nisi ab earum conditore, et loquendo de interpretatione declarativa, quod verum est generaliter in omnibus causis, sed in causa vertente in iudicio iudex potest interpretari non quod sit interpretatio generalis, sed inter litigatores tantum, ut ff. de legibus*.

(205) Recientemente, Vallejo, *r, Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350).* Madrid, 1992; Guzmán Brito, A., "El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el Derecho chileno". *RCS,* 18-19, 1981, p. 138 ss; Bravo Liria, B., *Judex, minister aequitatis.* La integración del derecho antes y después de la Codificación". *AHDE,* 61 (1991), pp. 111165; Marzal Rodríguez, P.; "El *ius commue* como Derecho supletorio en Valencia". *Glossae*, 56 (1993-1994), p. 399 y ss.; Alejandro Guzmán, B. "Razón escrita". 11. *Revista de Estudios HistóricoJurídicos de la Universidad Católica de Valparaiso.* IV. 1979, pp. 137 y 141, señala, como primer texto jurídico dónde se advierte la analogía entre Derecho romano y razón escrita, el artículo 188 de la *Coutume d'Alais,* escritas entre 1216 y 1222, en sus palabras *ans sia esgardada ansi con razons escricha manda.*

(206) Calasso, F., *Medioevo del Diritto,* ob. cit, p. 614; Petit, C., "Derecho co-mún y derecho castellano…", ob. cit., nota 8, pp. 157-195.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tumbres de Miravent, o a los iura, en las Costumbres de Perpiañan, variantes de una misma realidad jurídica, la que representaba la recepción del ius commune en el ámbito jurídico catalán:

> Usatges de Barcelona (1170-1195). Usatge 81, *Iudica Curiae*: ... *et ubi non sufficerent usatici, revertantur ad leges goticas et ad principes arbitrium, ejusdem iudicium atque curia* (207).
>
> Consuetudines Ilerdense (1228). 111,169. *De legibus Romanis*: *Legibus quidem Romanis pluribus utimur, pluribus non, ut in cotidianis tractatibus causarum liquere potest*.
>
> 169 [bis]: *In his autem onmibus iste ordo servatur: quia consuetudines nostras scriptas et non scriptas, cotos et bannos, preferimus illis et primo utimur illis; post hec vera servamus cartas nostras et privilegia principium, postea Usaticos; consequenter leges Gotas; ultimo vera loco leges romanas* (208).
>
> Consuetudines de Tárrega (1242). 24: *Ubi autem supradicte consuetudines (Tarege) non potuerint abundare, curia causas teminet secundum scriptos Usaticos Barchinone: et illis non suficientibus, secundum Legem Goticam; et illa non suficiente, secundum Romanas* (209).
>
> Costums de Perpiñan (1250). 1: *Capitulum de iudicio, qualiter debet fieri. Homines Perpiniani debent placitare et iudicare per consuetudines ville et per iura ubi consuetudines deficient, et non per Usaticos Barchinone neque per Legem Goticam, quia non habet locum in villa Perpiniani* (210).
>
> Costums de Tortosa (1272): *Proemio*. *E's a saber: que en la ciutat e el terme de Tortosa tots los feyts deuen es'eer determenats segons les costumes en aquest libre escrites; e en defalliment de les costumes, per los Usatges de Barcelona en aquest libre escrits; e en defalliment de tot aço per Dret comú* (211).

(207) *Los Usatges*. Rovira i Ermengol, J., Ed. Barcelona, 1.933.

(208) *Costumbres de Lérida*. Ed., Loscertales de Valdeavellano, P., Barcelona, 1946.

(209) *Las Costumbres de Tárrega*. Ed., Font Rius, J. M.ª *AHDE* 23 (1.953).

(210) *Les Costums de Perpiñan*. Ed. Valls Taberner, *RJC* 32 (1926).

(211) *Costums de Tortosa.* Ed., Foguet Marsal, R., Tortosa, 1.912.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Costums de Miravent, (1319). Cap. 128: *Item ordenarem que en aquestes hon capítols no basten, sie recorregut a les Constitucións de Catalunya o en aprés al Usatge de Barcelona. E lla hon los capitols ne les Constitucións ne l'Usatge de Barcelona non bastarán, sie recorregut a Dret comú*.

Desde las glosas a los Usatges de Barcelona, la doctrina catalana fue proclive a reconocer la vigencia del Derecho romano en la realidad jurídica de Cataluña. En este sentido se manifestará, entre otros juristas, Jaime de Monjuich, quien, en su glosa al *Usatge* 81, *Iudicia curiae*, sostuvo: "Como no se usan las leyes godas más que en pocos casos, donde los *Usatges* no bastan se acude al arbitrio del príncipe y a su juicio, el cual será según las leyes romanas, como justas y equitativas" (212). Criterio que será recogido por la doctrina posterior. En concreto, Mieres no dudó en identificar el Derecho común con la equidad y la buena razón (213).

---

(212) Así en Montjuich, J. de, *Antiquiores Barchinonensium leges quas vulgus Usaticos appellat, cum comentariis supremorum iurisconsultorum Iacobi a Monte Iudaico, Iacobi et Guielermi a Vallesicca ...* Barchinonae per Karikyn Anirisyn ... imprensis, 1515. Gl. al *Usatge*. 81, *Iudicia Curiae*, fo. 130, co. 1: *Revertetur ad leges scilicet goticas, quia de talibus hic usacticus ut dixi in prima glosa sed credo id esse abrogatum non enim utimur legibus gotticis nisi in paucis casibus, revertetur ergo ubi usatici non suficiunt ad principis arbitrium et eius iudicium quod erit sed leges romanas tamquam aequas et iustas*; Marquiles, J. de, *Comentaria Jacobi de Marquilles Super Usaticis Barchinone*. Barchinone, 1505, *Gl.* al *Usatge* 81: *deficientibus usaticos, ad leges romanas recurritur de consuetudine*. Fontanella, J. P., *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*. Lyon, 1668. *Pars* 2, *Decisio* 579, núm. 4: *interpretanda ea esse secundum leges Romanas ... semper recurrunt nostri ad ius commune ...* ; Véase, Egea i Fernández, J., Gay i Scoda, J. M.ª: "Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de la Nova Planta". *RJC*, 1979, p. 515-520; Vallet de Goytisolo, J., "El Derecho romano como buena razón en Cataluña". *BFDC*. Coimbra, 1982, p. 496.

(213) Mieres, T., *Apparatus*, App. II, 161-163, núm. 16: *Et his deficientibus ad arbitrium recurritur; ut in usaticos Iudicia Curiae in fin. Quod arbitrium est secundum iura communia scilicet, canonica et civilia promiscue, pro ut sunt rationabilia et continent aequitatem et bonam rationem et ita intellige argumento ex eodem ordine scripturae, deficientibus legibus Cathalanis prius iudicandum est per ius commune scriptum et eo deficiente secundum aequitatem et bonam rationem in tantum quod in hac patria Princeps hic dicit, dret comu, equitat, y bona raho*; II, Coll. 10, Cap. 19,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

[1.2] El Derecho subsidiario en el Reino de Valencia

Idéntico criterio se hallaba recogido en el Derecho del Reino de Valencia, en cuyo proemio se afirma:

> Fori Antique Valentiae 4 (1240): *Idcirco, consuetudines istas ad perpetuam rei memoriam et in nullo penitus deviare pocius deitatis quam humanitatis est. Prohibemus itaque nullas alias consuetudines in civitate vel aliquo loco regni Valentie sibi locum in aliquo ve[n] dicare, sed per istas curia et iudices lites debeant difinire. Nam satis competenter equum ab iniquo, licitum ab illicito per easdem consuetudines poterunt separare. Hiis itaque prelibatis, ubi dicte consuetudines non poterunt habundare, ad naturalem rationem et equitatem iudicantes possunt licite properare* (214).

La vigencia del precepto legal en la praxis del reino fue puesta de manifiesto por el conjunto de comentaristas valencianos, quienes reconocerán la aplicabilidad del Derecho romano como Derecho subsidiario en el Reino de Valencia, con independencia de los intentos por prohibirlo en el ámbito judicial (215).

50: *recurrimus promiscue ad iura Romana et canonica, prout melius erunt iusta et aequa, ita tamen ut in his quae tangere videantur peccatum vel spiritualia, aut fidem Catholicam, semper recurramus ad canone, quius in istis spiritualibus, et quae tangunt periculum animae, statum, quia leges non dedignatur sacros canones imitarit*.

(214) *Fori Antiqui Valentiae*. Ed. Dualde Serrano, M. Madrid-Valencia, 1950-1967.

(215) Bas y Galcerán, N., *Theatrum*, *Praeludium*, núm. 149: *Haec ratio naturalis, ad quam juxta forum recurri debet, nihil aliud est, quam jus commune, quod equitate, et ratione, et non voluntate nititur, et ideo recurri debet in Regno ad jus commune, non tanquam ad leges, et jura, ab habentibus potestatem legem faciendi condita, sed tanquam ad rationem naturalem scriptam*; Lorenzo Matheu y Sanz, *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, rub. 2, núm. 10: *Atque adeo retenta prima ratione, licet deficiente foro recurrendum sit ad jus commune ... id intelligendum est non tamquam ad legem, sed ad rationem naturalem scriptam*. En torno al Derecho subsidiario en el Reino de Valencia, Marzal Rodríguez, P.: "El ius commue como *Derecho* supletorio en *Valencia"*. *Glossae*, 5 6 (1993-1994), pp. 95-120; Obarrio Moreno, J. A., *De iustitia e iure Regni Valentiae. La tradición de las fuentes jurídicas romanas en la doctrina valenciana*. Edisofer, Madrid, 2006, pp. 78-92.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A nuestro juicio, el resultado permite declarar al Ordenamiento valenciano como un *ius proprium -lex generalis* (216)–, un Derecho con entidad propia, pero incardinado dentro de la tradición jurídica del *ius commune* (217), de la que está inmersa la Historia del Derecho español (218). A esta idea contribuyó la obra de los comentaristas valencianos, quienes, al atribuir al Derecho común la concepción de *corporis universitas* (219), elaboran un *systema legum* que permitió, tomando como campo normativo los distintos libros y títulos del *Codex* o de los *Digesta*, regular las diversas instituciones jurídicas de los ordenamientos particulares, siguiendo las reglas y los principios del *Corpus Iuris Civilis* (220).

[1.3] El Derecho subsidiario en el Derecho aragonés

En un Derecho de raigambre consuetudinaria como el Aragonés, la subsidiaridad del Derecho romano puede verse, aun con cierta ambigüedad, en el en el *Proemio* de la Compilación de Huesca de 1247, donde se señala que a falta de derecho foral, debe acudirse a la equidad y al sentido natural: *Ubi autem dicti fori non suffecerint ad naturale sensum vel aequitatem recurratur*.

---

(216) En este sentido, García-Gallo afirmó que era: "Valencia el primer reino español que recibe ampliamente el Derecho romano y lo nacionaliza". Cf. García-Gallo, A.: "El Derecho local y común en Cataluña, Valencia y Mallorca". *Diritto Comune e Diritto locali nella storia dell'Europa*. En *Atti del Convegno di Varena*. Milano. 1980, p. 241.

(217) Significativas son las palabras de León, F. J., *Decisiones*. *Proemio*, fo. 10r*.: Utrobique tamen ius proprium, et patrium, ius commune est, non statutarium, quo deficiente, ratio naturales iudicia moderatur, quae cum anima fit legum Romanorum, hae tantum observantur, non ut leges, sed ut ipsarum ratio*.

(218) Véase, en este sentido, *Aureum Opus*, Jaime II, Privilegio 41: *... ut in quibuscumque causis negociis et litigiis tam principaliter quam per appellationem audiendis et cognoscendis in ciuitate et regno valentie decetero per ordinem fori et non per solemnitates iuris in aliquo procedatur, nisi in quantum iuxta formam et continentia capituli contenti in foro de necesitate fuerit ad iuris remedium recurrendum...*

(219) Matheu y Sanz, L., *Tractatus de regimine urbis et regimini Valentiae*. Lyon, 1704. Lib. 1, Cap. 1, rub. 2, núm. 10: *Atque adeo retenta prima ratione, licet deficiente foro recurrendum sit ad jus commune, ... id intelligendum est non tamquam ad legem, sed ad rationem naturalem scriptam*.

(220) En este sentido, Bellomo, M., *La Europa del Derecho Común*, ob. cit., pp. 193 ss. *Codex* 6,23,2.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La dificultad estaría en determinar si por *naturalem sensum* se debía entender la equidad con la que el juez tenía que juzgar los pleitos, o, por el contrario, el Derecho romano-canónico entendido como el Derecho que, por su naturaleza y rigor, llevaba impreso esa equidad. Ésta última interpretación fue la que asumieron los primeros y sucesivos comentaristas al Derecho aragonés. En concreto, el glosador Miguel de Molino la equiparó al Derecho romano, a la *ratio scripta*: *recurrendum est ad naturale sensum, id est, ad rationem scriptam* (221). Con mayor claridad se manifestó Portolés, quien nos informa que, en defecto de foro, se debía acudir al Derecho canónico –por ser éste de Derecho divino– y si en él no se hallaba contemplada la cuestión, se aplicaba el Derecho romano (222). Posteriormente, autores como Lissa vendrán a sostener que la aplicación subsidiaria del Derecho romano se daba porque contenía o plasmaba la esencia de la equidad –*sed in Aragonia ius Romanorum sequimur, non velut legem ab habente potestatem conditam, nisi quatenus aequitatem naturalem scriptam contine* (223)–, o, como nos dirá Montero, por ser la *ratio scripta*: *Specialiter tamen quoad*

(221) Molino, M. de, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum: una pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragonum practicis atquae cautelis eisdem fideliter annexis* (1513) Voz *Fori Aragonum*.

(222) Portolés, J., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum ad repertorium Michaelis Molini, super foris et observantiis Regni Arago*. Zaragoza, 1590. Voz *Forus*, núms.1-2, fo. 732: *Sed hic quaesitum vidi, num in hoc Regno deficiente foro, potius ad ius canonicum, qua si magis aequm, an vero ad ius civile Romanorum recurrendum sit. In qua re receptius est, imprimis ad ius canonicum recurrendum esse, ex quo illud magis iuri divino in haberet, et propterea primo loco illud sequendum est, et eo deficiente ad ius civile recurri poteri*.

(223) Gil Lissa, *Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones theorico practicae iuxta Foros Aragonum* ... Caesaraugustae, 1703. Lib. 3, Tít. 2, vers. *Ad. Sed ius quidem Civile*: *Nostrum ius significamus: Hoc velut ius commune apud totam fere Europam observatur, dum propriae Leges, et Consuetudines deficiunt ... sed in Aragonia ius Romanorum sequimur, non velut legem ab habente potestatem conditam, nisi quatenus aequitatem naturalem scriptam continet ... ad illam enim Foris deficientibus recurrendum esse constat ex Proemio Fororum ... refert se audivisse ab eius discipulis Aragonensibus in hoc Regno iudicari secundum ius commune, verum concurre Ius Canonici, et Civilis constitutione, potius ad aequitatem Canonicam recurri debet*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

foros nostros dicimus naturalem sensum eum ese, qui a ratione scripta desumitur (224).

Más revelador si cabe nos parece el criterio recogido por Jaime de Hospital en sus *Observancias*. En concreto, en su *Proemium*, tras preguntarse por qué se debía recurrir al sentido natural y a la equidad cuando los Fueros no eran suficientes, concluye con una nueva pregunta: por qué razón no deben ser observadas las leyes romanas en el fuero eclesiástico. Para dar cumplida respuesta estos interrogantes, afirma "que en algunos casos deben ser observadas y se observan en algunos casos, como, por ejemplo, cuando ocurre un supuesto en el que ninguna decretal haga al caso, no pudiéndose resolver el asunto litigioso por medio de la decretal", es decir, reconoce la vigencia del derecho supletorio romano-canónico, si bien dando preeminencia a este último (225). Juicio que cabe verlo con mayor claridad en las Glosas de Pérez Patos:

> *Sed quid si aliquis casus contingat ubi fori non suficiunt ut infra in fine dicitur, ubi autem fori etc." Dic quod ad naturalem sensum recurrendum est ut ubi etc. Sed quis erit ille sensus naturalis, videtur quod in talibus id quod videbitur prudentibus civitatis, ita enim dicitur in prohemio, Digesto de origine iuris, "ita in civitate nostra aut lege aut iure constituitur aut est proprium ius civile quod sine scriptis sola prudentium interpretatione consistit" ut ibidem in dicto, dicitur*; *gl.* 18: *Quid erit faciendum si dubitetur super aliquo foro vel super aliquo facto, potest notare quod notatur Codice, de legibus et constitutionibus, lege Cum de novo et Extra, de sponsalibus, capitulo Ex literis et Digesto, de legibus et constitutionibus, lege Non possunt ...* (226).

La vigencia del derecho romano como *ratio scripta* la hallamos recogida en una obra posterior, en el prólogo al Vidal Mayor. En el

(224) Montero de Cuevas, M., *Decisionum sacrae reginae audientiae causarum civilium regni Aragonum*. Zaragoza, 1601. Lib. 1, *Decisio* 11.

(225) *Observancias de Jaime de Hospital*. *Prooemium*, núm. 25: *Hubi autem dicti fori non sufficiunt: Hic textus quaerit et solvit in eo quod subsequitur ad naturalem sensum vel ad aequitatem recurratur; ratio huius est quia de ratione leges in foro ecclesiastico non debent servari, tamen in casibus sunt servandae et servantur in aliquibus casibus, videlicet quando casus talis evenerit in quo nulla decretalis ad quaestionem faciat nec possit facere seu quaestio per decretalem nequeat terminari ...* .

(226) *Las Glosas de Pérez de Patos a los Fueros de Aragón*. Ed. Pérez Martín, A. Zaragoza, 1993, *Proemio*, *gl.* 5.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

texto se explicita con claridad que por *naturalem sensum* se ha de tener el Derecho escrito, el *ius commune*:

> Prólogo II [3]: *Et si por aventura en algún caso no abastasse, lo que non cuido que fuesse judgado lealmente por naturales sesos de buenos omnes et leyales, catando et acorriendo el seynnor rey fizo ajustar su Cort plenerament de obispos et de ricos do a los Dreitos et a las leyes* (227).

[1.4] El Derecho subsidiario en Castilla

Bajo el reinado de Alfonso X, el Derecho castellano se incorporó al renacimiento cultural iniciado a partir del siglo XII, como se desprende del prólogo al Fuero Real, en el que se puede apreciar el rechazo a la creación libre del Derecho a través de las fazañas –del libre albedrío–, en beneficio de la potestad legislativa del monarca, a quien le correspondía el poder legislativo, un poder que ejercerá recurriendo a los "sabidores en Derecho", a los expertos en Derecho romano y canónico (228).

Esta renovación jurídica emprendida con el Fuero Real tuvo su continuidad en el Espéculo; una obra que pretendía ser un Ordenamiento general y completo, lo que llevó al monarca a recurrir, como se desprende de su prólogo (229), tanto a los derechos existentes en el reino, como a la incorporación del nuevo Derecho que llegaba desde Bolonia. En concreto, en su prólogo se afirma que para alcanzar una obra perfecta de Derecho y de Justicia se recurrirá a los fueros de Castilla, al *Liber Iudiciorum* de León (230) y al Derecho, es decir, al Derecho de la recepción:

> Espéculo. Proemio: e catamos e escogimos de todos los fueros los que mas valie e lo lo meior e pusiemoslo, y tambien del fuero de

(227) *Vidal Mayor*. Ed. Cabanes Pericot, M.ª, Zaragoza, 1996.

(228) FR 1,5,6 y 1,7,1. *Fuero Real del Rey don Alfonso el Sabio* (edic. de la RAH). Madrid, 1836. *Vid.* Iglesia Ferreirós, A.:"La labor legislativa de Alfonso X el Sabio". *España y Europa. Un pasado jurídico común*. Instituto de Derecho común. Murcia, 1986, pp. 303-306.

(229) Martínez Díez, G., *Las leyes de Alfonso X. I. Espéculo*. Ávila, 1975, pp. 101-102.

(230) En concreto, en Espéculo 5,5,1 se afirma que el Liber es una fuente unificadora de Derecho.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> Castiella, como de Leon como de otros lugares que nos fallamos que eran derechos e con razonnon olvidando el derecho por que es pertenesciente a estos (231).

A su vez, en el Libro primero se citan como fuentes consultadas por el rey para poder hacer sus leyes las: *leys rromanas … el derecho de la Santa Eglesia et … las leyes dEspanna que ffezieron los godos* (232).

Esta necesidad de renovar el Derecho vigente en Castilla culminará en Las Siete Partidas (233), como queda patente al otorgar al monarca la creación del Derecho (234), al profundizar en la

(231) Espéculo. Ed. Martínez Díaz. Ávila. 1985.

(232) E. 1,1,13.

(233) Ya Hinojosa, E.: "La recepción y estudio del derecho romano en España". *Obras* III. Reed. Instituto Nacional *de* Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 324 señaló: "La historia de la recepción del Derecho romano en España, está enlazada intimamente con la de las Siete Partidas del Rey Alfonso X el Sabio, el más importante de nuestros Códigos nacionales, que no hizo sino transcribir en muchos puntos las disposiciones contenidas en los Códigos justinianeos". En análogo sentido, García Gallo, A.: "La obra legislativa de Alfonso X". *AHDE* 46 (1976), pp. 540-641: "la elaboración del Libro supone el apartamiento del Derecho hasta entonces vigente en Castilla y una aproximación o plena aceptación del Drecho romano y canónico".

(234) Partidas 1,1,12; 2,1,2: *El poderío que el emperador ha, es en dos maneras. La vna, de derecho. E la otra de fecho. E aquel que ha segund derecho es este, que puede fazer ley e fuero nueuo, e mudar el antiguo, si entendiere, que es pro comunal, de su gente. E otrosí quando fuesse escuro, ha poder de lo esclarecer. E puede otrosí toller la costumbre vsada, quando entendiere que era dañosa, e fazer nueua que fuesse buena. E aún ha poder de fazer justicia, e escarmiento: en todas las tierras del imperio: quando los omes fiziessen porqué. E otro ninguno, non lo puede fazer sinon aquellos, a quien lo el mandasse: o a quien fuesse otorgado, por privilegio, de los emperadores*; 2,1,12; 3,22,14: *Otrosi decimos que non debe valer ningun juicio que fuese dado por fasañas de otro; fueras ende si tomasen aquella fasaña del juicio que el Rey oviese dado: ca estonce bien puden judgar por ella; porque la del Rey ha fuerza, é debe valer como ley en aquel pleyto sobre que es dado, é en los otros que fueren semejante*. *Código de las Siete Partidas*. Ed. Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid, 1948.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

uniformidad jurídica (235) y al asimilar la nueva cultura jurídica que supuso la recepción del *ius commune* (236).

Esta necesidad de renovar el Derecho quedó patente en el mismo prólogo de las Partidas, donde como fuentes jurídicas no se recurre al Derecho de Castilla o de León, sino a los textos tomados "de las palabras e de los buenos dichos que dixeron los sabios, que entendieron de las cosas razonadamente segund natura e de los derechos de las leyes, e de los buenos fueros que fizieron los grandes señores, e los otros omes sabidores de derecho, en las tierras que ouieron de judgar" (237).

Este criterio se reafirma con claridad en Partidas 1,6,1, donde se reitera el recurso al Derecho de los sabios, a la *ratio scripta*, para regular las relaciones jurídicas, mientras se recurre a las palabras de los Santos para ordenar el mundo espiritual:

> Tomadas fueron las leyes de dos cosas: la una de las palabras de los Santos que fablaron espiritualmente lo que se conviene á bondat del cuerpo et a salvamento del alma: la otra de los dichos de los sabios que mostraron las cosas naturalmente, que es para ordenar los fechos del mundo de cómo se fan bien et con razon.

Este orden de prelación parece alterarse con la promulgación de los Ordenamientos de Alcalá y en las Leyes de Toro, en los que pudiera parecer que el Derecho romano quedaba relegado por completo. Veamos la literalidad de los textos:

Por lo que respecta al Ordenamiento de Alcalá (1348), en su ley primera del título 28, se viene a establecer un orden de prelación de fuentes que fue recogido, con leves variantes, en las Leyes de Toro de 1505 (I), en la Nueva Recopilación de 1567 (II, 1, 3) y en la Novísima Recopilación de 1805 (III, 2, 3). En la mencionada ley se fijó el siguiente criterio: en primer término se debía de aplicar el propio Ordenamiento de Alcalá; en su defecto, se aplicaban los Fueros municipales, pero con una serie de restricciones que limitaban drás-

(235) Partidas 1,1,15; 3,14,15.

(236) Pérez Martín, A.:"El renacimiento del poder legisltavo y génesis del Estado Moderno en la Corona de Aragón*". Renaissance du puvouir legislatif et genese del'Etat.* Montpellier, 1988, pp. 189-202.

(237) Partidas. Proemio.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ticamente su posibilidad de aplicación: que no fueran contra Dios, contra la razón o contra el Derecho real y que pudiera probarse que tales derechos locales estaban en uso; en el supuesto de que no se pudiera resolver el pleito por los medios anteriores, se ordenaba recurrir a las Partidas, que de este modo adquirían carácter oficial, lo que permitía la aplicación indirecta del *ius commune*; finalmente, se establecía que los jueces podían acudir al rey para que éste corrigiera, interpretase o resolviese las contradicciones existentes en el Ordenamiento jurídico, mediante la promulgación de una ley nueva (238).

Este intento por reivindicar un orden de prelación en el que se primaba únicamente la vigencia del Derecho patrio lo hallamos recogido claramente en las Leyes de Toro (1505):

Leyes de Toro. Ley 1

Entre ellas feísmos una ley e ordenanza que fabla cerca de las opiniones de Bartola, e Baldo, e de Juan Andrés, e el Abad, qual dellas se debe seguir en dubda, a falta de ley e porque agora somos informados, que lo que feísmos por estorvar la prolixidad e muchedumbre de las opiniones de los doctores, ha traydo mayor daño e inconveniente ... mandamos que de aquí adelante no se use Della, ni se guarde, ni cumpla, porque nuestra intención e voluntad es, que cerca de la dicha ordenación e determinación de los pleytos e causas, solamente se faga e guarde lo contenido en dicha ley del señore rey don Alfonso, e en esta nuestra.

Leyes de Toro, Ley 2

Porque nuestra intencion y voluntad es que los letrados de estos nuestros Reynos sean principalmente instructos é informados de las dichas leyes de nuestros Reynos, pues por ellas y no por otras han de juzgar. Y á nos es echa relación que algunos letrados nos sirven, y otros nos vienen á servir en algunos cargos de justicia sin haber pasado ni estudiado las dichas leyes y ordenamientos y pragmaticas y partidas: de lo qual resulta que en la decisión de los pleitos y causas, algunas veces no se guardan, ni platican las dichas leyes como se debe guardar y platicar, lo qual es contra nuestro servicio. Y porque nuestra intencion y voluntad es de mandar recoger y enmendar los dichos ordenamientos para que se hayan de imprimir y cada uno se pueda aprovechar dellos. Porende por la presente ordenamos y mandamos que dentro de un año primero siguiente y dende adelante

(238) Ordenamiento de Alcalá, *Los Códigos españoles concordados y anotados*. Madrid, 12 vols., 1847-1850 y 1872 (2.ª edic.).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> contado desde la data dellas nuestras leyes todos los letrados que oy son, ó fueren, asi del nuestro consejo, ó Oydores de las nuestras audiencias, y Alcaldes de la nuestra casa y corte y chancillerías do tienen, ó tuvieren otro cualquier cargo y administración de justicia ansi en lo realengo, como en lo abadengo, como en las ordenes y behedrias como en otro cualquier Señorio de estos nuestros Reynos, no pueda usar de los dichos cargos de justicia, ni tenerlos sin que primeramente hayan pasado ordinariamente las dichas leyes de ordenamientos y pragmaticas, partidas y fuero real (239).

Los textos vienen a reflejar la reticencia existente en Castilla a la recepción del Derecho común, recogida ya el Ordenamiento de Alcalá (1348), pero admitida posteriormente por Juan II, quien en 1427 consentirá la alegación en juicio de las opiniones de Juan Andrés y Bártolo, criterio que se reafirmará en la Ordenanza de Madrid de 1499, lo que dio lugar a la existencia de aceptaciones y rechazos alternativos por parte de la doctrina castellana, si bien, a nuestro juicio, prevaleció la opinión favorable a la pervivencia y aplicabilidad del Derecho romano como *ratio scripta*. Así lo hallamos en autores como Burgos de Paz (240) o Antonio Gómez, quienes, al comentar la primera ley de Toro, sostuvieron que se debía observar el Derecho civil romano cuando no existían leyes particulares del reino. En este sentido, Antonio Gómez, con singular expresividad, afirmó: *postea vero, his deficientibus debet judicari per ius commune Romanorum consultorum et Imperatorum, quod legitur, et dissertitur in Scholis*

(239) Leyes de Toro, *Los Códigos españoles concordados y anotados*. Madrid, Imprenta de la Publicidad, a cargo de M. Rivadeneyra, 12 vols., 1847-1850 y 1872 (2.ª edic.).

(240) Salón de Paz, M., *Ad leges Taurinas in signes comentarii, nunc primum in lucem editi, quorum hic codex primus est tomus*. Ed. Princiae, 1568. *Legis Primae*, num. 520: *Verum praedictis non repugnantibus, ipse contrarium verius et probalius esse censseo et legibus, seu fori regii aut municipalis legibus, seu fori regii aut municipalis legibus, usu robaritis, his regnis legibus iuris civilis, in temporalibus profanis que causis, iudicandum esse quod praxis admittit, regibus nostris pacientibus et etiam supraemo caesaris consilio singulis custoditur diebus et aliis regiis praetoriis: quibus et iuris civilis iura tam a iudicibus, quam a causarum patronis plerunque allegantur et ita post hanc legem interpraetatum est*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

et Studis veneralibus, secundum communem opinionem, quae repariatur in casu de qua dubitatur ... (241).

La convivencia no pacífica entre el Derecho regio o patrio –*ius regium ordinationum, censetur ius commune apud nos* (242)– y el *ius commune* fue una constante hasta la época de la Codificación. Un buen ejemplo lo hallamos en el informe que, en 1713, el Fiscal Macanaz expuso ante el Consejo de Castilla: "Porque en las Universidades de estos Reinos se atiende sólo a enseñar el Derecho Común de los romanos y, habiéndose en otros tiempos leídos en ellas las leyes de nuestros reinos, se ven ahora con desprecio"

Ante este informe, primeramente el Consejo vino a recordar que leyes romanas no se hallaban dentro de las leyes de España, sino que, al contener la sabiduría de los sabios en Derecho, tenían una naturaleza subsidiaria, porque, el verdadero Derecho común, no era el romano, sino el patrio: "Las (leyes) civiles (romanas) no son en España leyes, ni deben llamarse así, sino sentencia de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de ley y en cuanto se ayudan por el Derecho Natural y confirman al Real, que propiamente es el Derecho común y no el de los romanos, cuyas leyes ni las demás extrañas no deben ser usadas ni guardadas".

Pero como ya sucediera en el siglo XII, este auto acordado no tuvo efecto jurídico. Y así nos lo recuerda otro auto acordado de 1741, en el que se intenta fijar nuevas medidas para el estudio del Derecho castellano en las Universidades, llegándose a solicitar que fuera explicado incluso en las cátedras de romano y cánones: " En diferentes tiempos, y en especial desde el año 1713, se ha tratado así por órdenes de Su Majestad como del consejo, en razón de que en las Escuelas de las Universidades mayores de España y también en las menores, en lugar de de los romanos, se restableciese la lectura y explicación de las leyes reales, asignado cátedras en que precisamente se hubiere de dictar el Derecho Patrio, pues por él y no por el romano deben sentenciarse y juzgarse los pleitos … Considerando el Consejo la suma utilidad que producirá a la juventud aplicada al estudio de los cánones y leyes se dicte y explique que

(241) Gómez, A., *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*. Matriti, 1780. Leg. 1, núms 9-10

(242) Vaz, A., *Decisionum consultationum ac rerum iudicatarum in regno Lusitania*. Lisboa, 1588. Lib. 2, Cons. 203, núm. 8.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

también sin faltar al Estatuto y asignación de sus cátedras los que la regentaren, el derecho real, exponiendo las leyes patrias … ha resuelto ahora que los catedráticos y profesores en ambos derechos tengan cuidado de leer con el derecho de los romanos las leyes del reino, correspondientes a la materia que explicaren" (243).

[1.5] El Derecho subsidiario en Indias

Como es sabido, con la incorporación a la Corona de Castilla de las llamadas Indias Occidentales, sus territorios quedaron incorporados políticamente y jurídicamente al Derecho castellano, y no al resto de Ordenamientos de los Reinos peninsulares. Así se halla recogido en la Recopilación de Leyes de las Indias de 1680, donde, en su ley segunda, se plasmaba el orden de prelación vigente:

> Ley II, tít. I, lib. II: Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a la de Toro (244).

Como Señala Leven, si bien se sigue el orden de prelación de fuentes sancionado en Las Leyes de Toro, el recurso a las Partidas como derecho supletorio, permitió que el Derecho común alcanzara –de *facto et de iure*– un papel preponderante en la vida jurídica de estos territorios, como un Derecho regulador de las instituciones de Derecho privado (245).

[1.6] El Derecho subsidiario en Navarra

Las afirmaciones realizadas por Hinojosa en la primera década del siglo XX (246), caracterizando al Derecho bajo-medieval del Reino de Navarra como un Ordenamiento de raíz consuetudinaria, poco

(243) Tomamos la referencia de Bravo Lira, B.: "Derecho patrio o nacional en la España, Portugal e Hispanoamérica durante el siglo XVIII y primera mitad del XIX". *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10 (1984), pp.122-124.

(244) Cfr. García-Gallo, A., Manual de Historia del Derecho Español. I.

(245) Levene, R., *Introducción a la historía del derecho indiano*, Buenos Aires, 1924, p. 37 y ss.

(246) Hinojosa, E. de: "El elemento germánico, p. 14; *La condición civil*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

permeable a las influencias externas, a un Derecho culto y romanista, suscitó dentro de la historiografía española el tradicional posicionamiento doctrinal entre quienes defienden el origen germánico de las instituciones jurídicas navarras, sin aceptar el mínimo atisbo de influencia del Derecho común (247), y entre quienes advierten este influjo ya en el siglo XIII, tanto en un buen número de instituciones (248), como en la formación jurídica de buena parte del clero, de los abogados y notarios del Reino: "sabios en Derecho … licenciados en leyes y decretos" (249). Influjo que, como señala García Pérez, pudo verse corroborado en una ordenanza de Carlos III el Noble, en 1413, en la que se disponía que "los fueros, usos y costumbres" debían ser "observados y guardados y preferidos, a todo Derecho Canónico y civil" (250).

Esta penetración del Derecho romano en los textos forales medievales tuvo su sanción legal a través de una disposición de las Cortes de Pamplona de 1576, donde se señalaba la presencia inveterada del Derecho romano como supletorio del Reino:

> NR. Lib. I. Tit 3, Ley 1
> Item suplicamos a V. M. que en cuando decir y sentenciar las cau-

---

de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno. Madrid, 1912, pp. 529-330.

(247) Dentro de esta postura cabe destacar, entre otros, la posición de Lalinde Abadía, J.: "El sistema normativo navarro". *AHDE*, 40 (1970), p. 103; *Iniciación histórica al Derecho español*. Ariel, Barcelona, 1970, pp. 113-114 y 155.

(248) Lacarra, J. M.ª: "Sobre la Recepción del Derecho romano en Navarra". *AHDE* 11 (1934), PP. 456-467; Martínez Gijón, J.: "La prueba judicial en el Derecho territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media". *AHDE* 31 (1961), pp. 37 y ss.; Salinas Quijada, F., *Derecho civil en Navarra*. I. Aranzadi, Pamplona, 1971, p. 220; García Granero, J.: "Estudio sobre el Capítulo 3.20.6 del Fuero General de Navarra. Un texto recibido del Derecho Romano". *AHDE* 46 (1976) pp. 334; Oliver Solá, M.ª C., La costumbre como fuente del Derecho en Navarra. Pamplona, 1991, p. 178; García Pérez, R. D.: "El reino de Navarra en la cultura jurídica europea: el Derecho como interpretatio". *Antes que Reyes. Cultura juridical y constitución política en la Edad Moderna (Navarra, 1512-1808)*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 94-117.

(249) Lacarra, J. M.ª: "Sobre la Recepción del Derecho romano en Navarra", ob. cit., pp. 461-462; Zabalo Zabalegui, J., *La administración del reino de Navarra en el siglo XVI*. Principe de Viana, Pamplona, 1973 p. 281.

(250) García Pérez, R. D.: "El reino de Navarra", ob. cit., p. 101.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> sas y pleitos, a falta de Fuero, y de leyes de este Reino, se juzgue por el derecho común, como siempre se ha acostumbrado. Visto el sobredicho capítulo, por contemplación de los dichos tres Estados, ordenamos y mandamos que se haga como el reino lo pide (251).

No era la primera la primera vez que se reconocía al *ius commune* el carácter de Derecho supletorio en Navarra. En concreto, en 1552, Felipe II recordó al virrey que, en el Reino, el Derecho común "no se debe guardar donde quiera que hai Ley municipal en contrario" (252).

Este carácter supletorio del *ius commune* no sólo fue recogido en las Ordenanzas del Consejo de Navarra de 1622 (Lib. III, Tít. 1, Leyes 1-3), sino que fue recordado por el rey a los estamentos del Reino. En concreto, en 1724 las Cortes presentaron una protesta formal contra la comisión encomendada a Francisco Buedo para que juzgase según el Derecho (común). Los tres Estados sostuvieron que ordenar que se juzgase conforme a Derecho (común) quebrantaba "las leyes 5 y 6 tít. 3. Lib. 1 de la nueva Recopilación, y la 11 de 1695 en que se previene que la decisión de todas las causas de este Reyno se arregle inviolablemente á la disposición de sus Fueros y Leyes; y solo quando ocurren casos no prevenidos en ellos, se regule el concepto de el derecho común" (253).

A finales del siglo XVIII, se siguió recordando el carácter supletorio del Derecho común: "que en defecto del Municipal debe seguirse en este reino … que es el que en este Reyno debe seguirse a falta de las Leyes Patrias, como se prescribe en las mismas" (254).

El carácter subsidiario que el Derecho romano tuvo en el Reino de Navarra fue recogido por Arthur DUCK, quien, al estudiar la influencia que *el ius civile romanorum* tuvo en los reinos cristianos, señaló que en Navarra, en defecto de las leyes del reino, se debía acudir al *ius civile*. Su vigencia no se debía a que el Emperador tuviera una

(251) Cfr. LACARRA, J. M.ª: "Sobre la Recepción del Derecho romano en Navarra", ob. cit., p. 446.

(252) GARCÍA PÉREZ, R. D.: "El reino de Navarra", ob. cit., p. 102.

(253) Ley 19, Cuadernos de las leyes y agravios, I., p. 17. Cfr. En GARCÍA PÉREZ,, R. D.: "El reino de Navarra", ob. cit., p. 102, a quien seguimos en este punto. En GARCÍA PÉREZ, R. D.: "El reino de Navarra", ob. cit., p. 102.

(254) Cortes de 1794-1797. Leyes 6 y 21. II. pp. 42 y 68. En GARCÍA PÉREZ, R. D.: "El reino de Navarra", ob. cit., p. 102.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

jurisdicción directa en *Hispania*, sino a la tolerancia y paciencia de los reyes, ya que éstos no reconocían superior en su reino (255). En este sentido, señaló que con la unión al reino de Castilla se acentuó aún más la necesidad de reconocer la vigencia subsidiaria de este Derecho. En concreto, advierte que, ante el temor que sentían los distintos reinos por la injerencia jurídica de Castilla, éstos, en defecto de las leyes propias del reino, sintieron la necesidad de remarcar la aplicación del *Ius Caesareum et Canonicum* en sus territorios: *ubi Leges patriae non disponunt, admittunt tantum Ius Caesareum et Canonicum* (256).

[1.7] El derecho subsidiario en Mallorca

El Ordenamiento jurídico en el Reino de Mallorca se caracterizó por [1] una profunda romanización, fruto de la larga vigencia del Derecho romano y del Derecho bizantino (257), que mantuvo hasta la conquista por Jaime I; [2] de la ausencia de un Derecho autóctono en la Alta Edad Media; [3] de su incorporación a la cris-

(255) Duck, A., *De usu et authoritate*. Lib. II, Cap. VI, Vers. XXI: *Navarrae vero Regnum licet fuerit unitum Regno Castellae principaliter non accessorie seu submissive, ut loqvuntur Jurisconsulti Navarrei: tamen utuntur Legibus suis, iisque deficientibus … recurrunt ad Jus Civile. Quamvis autem Jo. Martinez de Olano vehementer contendat, Navarreos post Leges et Consvuetudines suas debere seqvi Jus Regni Castellani primo, et non Jus Civile Romanorum; qvia Regnum incorporatum debe seqvi Leges Regni, cui incorporatur, ut loqvitur: fatetur tamen Navarreos omnes summe elaborare pro Jure Romano post Leges suas et ita in eo Regno Praxi receptum ese, ut Jus Civile seqvantur; Regesque suos, cum Regno initiantur, illus Juramento promittere. Indosqve, postqvuam ab Hispania debellati Hispanorum Imperio cesserint, Jure Regio Hispaniae et Jure Caesareo Regi … traditum est. Maximiqve Hispaniae Jurisconsulti asserunt …, Leges Romanas, non ex Jurisdictione Caesarum, sed ex patitentia et tolerantia Regnum suorum in Hispania, vim Juris habuisse; easdemque ab Hispanis hospitio voluntario receptas esse; et in Hispania Jus Regium et Jus Romanum in societatem caoluisse; et unum idemqve Jus habendum esse; et praeter praesertim in poenis infligendis in Hispania … Jus Regium et Romanum concurre; et Jus Regium in poenis Jus Civile sequi…* . En García Pérez, R. D.: "El reino de Navarra", ob. cit., p. 107, not. 40.

(256) Duck, A., *De usu et authoritate*. Lib. II, Cap. VI, Vers. XXII. En García Pérez, R. D.: "El reino de Navarra", ob. cit., p. 107, not. 41.

(257) Pérez Martín, A., "La recepción de la obra de Baldo en España". *Anales de Derecho de la Facultad de Murcia*, 25 (2007) pp. 301-302.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tiandad en el apogeo del Derecho Común, siendo repoblada por una población muy influenciada por el Derecho romano; [4] por la falta de un amplio Código de Derecho propio, o, entre otras, [5] por la presencia de estudiantes mallorquines en Universidades italianas. Estas circunstancias llevan a comprender que Jaime II estableciera el siguiente orden de prelación de fuentes: 1. *consuetudines et libertates insulae*; 2. en su defecto: *juxta usaticos Barchinonae in casibus stabilitis*; 3. y a falta de los dos anteriores: *secundum ius commune* (258).

Criterio que se hallaba contemplado en las Ordinacións de Mallorca, donde se reconocía que las lagunas del Derecho municipal debían suplirse por el Derecho canónico, y, en su defecto, por el Derecho común civil:

> Ordinacións de Mallorca XI, 2 Ordinació nova: [2] *Per quant lo Dret municipal fins vuy statutit non ha provehit a tots los casos ni es posible, per ço, com son mes los negocis que los vocables, statutim e ordenam: que primerament tot lo qu'es trovará disposat per las franquesas, privilegis, pragmáticas, ordinacions, stils e bons usos de aquest regen, sia observat com a Dret municipal que es de aquell.* [*3*] *En lo cas empero o casos que no's trobara disposició de Dret municipal, sía observat lo Dret canónich; y en defete de disposició de Dret canónich se observe lo Dret comú civil* (259).

En consonancia con este orden de prelación de fuentes, la *communis opinio,* siguiendo la regla establecida en el Derecho canónico –*odia restingi* (260)–*,* llegó a establecer, aún con matices, que el *ius proprium* debía aplicarse de forma que no perjudicase, que no lesionase al Derecho común, en cuanto que éste se convertía

(258) ARM, *Llibre de Jurisdiccions e stil,* fol. 43. Citado por Piña Homs, R, *El derecho histórico del Reino de Mallorca. Fuentes e instituciones*. Ediciones Cort, Palma de Mallorca, 1993, p. 88; Pérez Martín, A., "La recepción de la obra de Baldo en España". *Anales de Derecho de la Facultad de Murcia*, 25 (2007) pp. 301-302.

(259) Tomamos el texto de García-Gallo, A., *Manual de Historia del Derecho Español*. I. Madrid.

(260) Cfr. Stein, P., "The formation of the Glosse De Regulis iuris: and the glossators concept of regula". *Convegno Internazionale di Studi Accursiani.* Giuffrè, Milán, 1963; Arias Bonet, J. A., "Las reglas del Derecho en la Séptima Partida". *AHDE* 48 (1978).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en el marco general dentro del cual se encuadraba la vigencia de los derechos propios, lo que significaba que aquél, por razón de su *imperium rationis,* se convertía en el medio idóneo para suplir los silencios y las contradicciones que los diversos *iura propia* aportaban (261). Criterio que vemos recogido en buena parte de la literatura medieval, desde Azón *–non licet allegare nisi lustiniani leges* (262)–, a comentaristas como Bártolo *–ubi cesat statutum habet locum ius civile* (263)– o Baldo de Ubaldis, quien, en su comentario a las Decretales 1,2,1 sostuvo que el *ius commne*, en virtud de su fuerza atractiva, informaba y vestía a los Estatutos, sin ser informados y vestidos por ellos (264).

---

(261) Irnerius, *Summa Códices.* Ed. Fitting, H., Berlín, 1894. Rub. *De nomine libri et materia,* fa. 3: *Cum inter. ceteras partes iuris precipua seu excellentissima habeatur imperialis depositio, ideo de ea primum premittit. cumque ab ea exordium sumendum sit, rationabUiter de nomine ipsius voluminis dicendum est vocatur enim Codex seu Liber constitutionum, quod non solum huic convenit, set etiam omnibus libris commune esto propter maiorem tamen dignitatem ceterorum auctorum nomen sibi vendicat generale. nam codicis seu constitutionis appellatio ad omnes auctores extenditur, set cum sine adiectione codicem audis, imperialis liber intellegendus est, ut cum civitatem dicimus, Romanam intelligere debemus civitatem. De nomine satis dictum esto nunc de materia et intentione et causa finali dicendum esto In hoc enim opere duplex materia est: alia in promulgatione, alia in compositione. In promulgatione materia est aequitas –rudis seu iam constituta–, sive Ulud quod pro lege et iure habetur. aequitas quidem huic operi materiam prebet: ea ratione quid sit aequitas videndum esto aequitas enim est rerum convenientia, quae cuncta coequiparat (et in paribus causis paria iura desiderat) quae et iustitia est ita demum, si ex voluntate redacta sit: quicquid enim aequum, ita demum iustum, si est voluntarium. rudis aequitas est de qua nondum quicquam dictum erat, set per principes tantum ad sanctionem redacta est, ut in rebus divines. aequitas constituta est de qua iam tractatum erat, veluti a lege XII tabularum vel a populo vel a plebe vel a senatoribus vel a pretoribus. pro lege et iure servantur ut ultime voluntates deficientium seu legitime voluntates contrahentium.*

(262) Azo, *Quaestiones, 10, Scolaris quidam.* Cfr. Bellomo, M., *La Europa,* ob. cit., pp. 157-158.

(263) Saxoferrato, B. de, *In I Partem in fortiati Bartoli a Saxofferrato comentaria cum adnotationibus doctissimorum plerorum., qui eundem sunt commentari.* Basileae, 1588.

(264) Ubaldis, B. de, *Comentaria Super Decretalibus,* X. 1.2.1. nr. 15. Lugduni, 1585. Reed.

Aalen, 1970, fa. 9 r.: *Hoc est dicere, quod ius commune informat statuta*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Esta concepción la hallamos a la largo de la historia de la práctica jurídica. Así, aunque en el siglo XVIII, autores como MAYANS Y SISCAR afirmaran que "los interpretes son los que mas han confundido el Derecho" (265), o que BERNÍ Y CATALÁ (266) denunciara que los "Autores por lo comun tienen citas falsas, y apoyan sus doctrinas con Leyes Reales que no dicen palabra de su assunto, confundiendo hasta a los propios abogados (267)", éstos, a la hora de alegar el Derecho aplicable, preferían correr el riesgo de incurrir en esa "confusión", antes que incurrir en la impericia legal (268); de ahí que no dudaron

et vestit, sed non informatur nec vestitur ab eis, et hoc propter virtutem attractivam, quam habet ius communead municipale, non econtra.

(265) Los interpretes son los que mas han confundido el Derecho de España: inconveniente que tambien padecio el Derecho Romano... "Cfr. VILLARROYA, J., *Colección de Cartas Eruditas Escritas por d. Gregorio Mayans y Siscar*, tomo I, Carta XI, n.6, p. 61).

(266) BERNÍ Y CATALÁ, J., *Instituta civil y real*,, lib. I, Tit. II, *Lex est*, n. 5, p. 7: "… Algunos piensan, que el grado de Jurisprudencia les dà facultad de interpretar Leyes segun sus caprichos; pero lean dicha *L.3.* y tengan presente el juramento de la aprobacion, y se hallará, como ninguna persona puede interpretar la Ley del Reyno, fuera de su natural, y genuino sentido, à excepcion de su Magestad, y Real Consejo»; al respecto, véanse las notas 1112 ss., así como su texto principal correspondiente".

(267) BERNÍ Y CATALÁ, J., *El Abogado instruido en la Practica Civil de España*, cap. IV, n. 3, p. 34: "... pues los Autores por lo comun tienen citas falsas, y apoyan sus doctrinas con Leyes Reales que no dicen palabra de su assunto (lo que se hara patente en el cap.6. de este libro, aunque sea verdadera especie, como el fundamento es falso, se confunde el Abogado, el Juez, y corre peligro la causa) luego no procede del bien Abogado que fiado solo en los Autores no lee bien las Leyes del Reino, viendo si las citas finalmente corresponden...".

(268) B.U.V, Varios 237, a.14, n. 7, p. 25: " ...como los que han de votar este pleyto, se les puede ofrecer alguno de los reparos, que avrà cuidado de notar el Abogado mi competidor, para cumplir con la defensa de la parte del Marques, à fin de que no reste sin la cabal explicacion esta materia, acudirè à todo quanto pueda dezirse, y con la verdad solida de la pura inteligencia con que deven entenderse, y aplicarse las doctrinas, aunque rompa el precepto de abreviada, que prometí".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en recurrir al criterio de autoridad que les aportaba la *communis opinio doctorum*, bien admitida en el ámbito judicial (269), lo que nos hace ver la lógica de su uso por los letrados a la hora de argumentar en sus alegaciones (270).

(269) De Llamas y Molina, S., *Sobre las obligaciones de los abogados. Discurso que en la abertura del tribunal dixo el dia 2 de enero de 1798. D. Sancho de Llamas y Molina, Doctor en sagrados canones de la Universidad de Alcalá, colegial en el mayor de San Ildefonso del consejo de s. m. y regente de la real audiencia de Valencia*. Valencia, 1798 (consúltese, si se desea, en B.U.V, Varios 102, núm. 8): "Se hace pues indispensable que el abogado reconozca las leyes que gobiernan en el asunto, vea con cuidado los principales Autores practicos que las comentan, prefiriendo entre estos los que han escrito tratados, o materias; porque estas obras como no dirigidas a la defensa de ninguna causa en particular, no se presumen con el fin de hacer granjería, debiendose a creer que todo se ha movido darlas a la luz y el deseo de apurar la verdad empleando sus talentos en beneficio de la patria, para conseguir la gloria que se debe a este descubrimiento".

(270) Tormo Camallonga, C., "El Derecho en las alegaciones jurídicas del siglo xviii", ob. cit., pp. 285-296.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

EL LEGADO DE EMPRESA FAMILIAR
(Segunda parte) (*)

Juan Faustino Domínguez Reyes
Doctor en Derecho

Al Profesor Don Gabriel García Cantero
Con mi reconocimiento y gratitud.

Resumen: El presente trabajo aborda las formas que nuestro Código Civil regula para legar una empresa. Una vez que se ha optado por una de ellas, planteamos los problemas comunes a cada una: el protocolo familiar y su publicidad registral, el testamento del empresario y la asunción de deudas.

Palabras clave: Legado, empresa, familia, asunción de deuda, protocolo familiar, testamento y pactos sucesorios.

Abstract: This paper addresses the ways that our Civil Code regulates to leave a company. Once you have chosen one of them, we propose the probem common to each: family protocol and public registers, the will of the employer and the assumption of debt.

Key words: Legacy, business, family, debt assumption, family protocol, will and inheritance agreements.

(*) La primera parte de este trabajo se publicó en el número 85 de la Revista Jurídica del Notariado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. PRESUPUESTOS DEL LEGADO DE EMPRESA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1. Aproximación sustantiva
- 2.1.1. Estudio del artículo 821 del Código Civil: el legado de incómoda división
- 2.1.2. Estudio del artículo 829 del Código Civil: el legado de cosa cierta
- 2.1.3. El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil: la partición en interés de la familia
- 2.1.4. El artículo 831 del Código Civil: la fiducia sucesoria

2.2. La adquisición y pago de los legados
- 2.2.1. La aceptación de los legados: Los artículos 881 y 882 del Código Civil
- 2.2.2. La inscripción del legado: El artículo 81 del Reglamento Hipotecario
- 2.2.3. El pago de las legítimas
- 2.2.4. El pago a los acreedores: previo
  - 2.2.4.1. La asunción de deuda
    - 2.2.4.1.1. La asunción de deuda liberatoria
    - 2.2.4.1.2. La asunción de deuda cumulativa
- 2.2.5. Recapitulamos

III. EL PROTOCOLO FAMILIAR

3.1. Contenido y estructura del protocolo familiar
- 3.1.1. Introducción
- 3.1.2. La importancia del testamento
- 3.1.3. Concepto de empresa familiar
- 3.1.4. El Protocolo familiar: concepto y naturaleza jurídica
  - 3.1.4.1. Concepto
  - 3.1.4.2. Naturaleza jurídica
- 3.1.5. Estructura del protocolo
  - 3.1.5.1. Parte dispositiva
  - 3.1.5.2. Órganos de carácter familiar
    - A) Junta familiar
    - B) Consejo familiar
  - 3.1.5.3. Órganos de gobierno y dirección
    - A) El consejo de administración
    - B) El gestor
  - 3.1.5.4. La cláusula sobre el acceso y salida de los miembros de la empresa familiar

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

3.1.5.5. Cláusula relativa a la propiedad de la empresa
3.1.5.6. Cláusula sobre disposiciones testamentarias
3.1.6. La publicidad registral del protocolo familiar

IV. EL LEGADO DE EMPRESA FAMILIAR EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

4.1. La transmisión de la empresa en el Derecho de las Comunidades Autónomas
4.1.1. Introducción
4.1.2. Los pactos sucesorios en el Código de Derecho Foral de Aragón
4.1.3. Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de las Islas Baleares
4.1.4. El legado de empresa familiar en el Código Civil de Cataluña
4.1.5. Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia
4.1.6. El legado de la empresa familiar en el Fuero Nuevo de Navarra
4.1.7. Los pactos sucesorios en el Derecho Civil Foral del País Vasco

ABREVIATURAS

A.C.	Actualidad Civil.
A.A.M.N.	Anales de la Academia Matritense y del Notariado.
A.R.A.J.L.	Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil.
A.H.D.E.	Anuario de Historia del Derecho español.
A.D.G.R.N.	Anuario de la Dirección general de los Registro y del Notariado.
A.F.D.U.D.C.	Anuario de la Facultad de Dereito da Universidade da Coruña.
Art. (s)	Artículo (s).
A.P.	Audiencia Provincial.
B.A.V.D.	Boletín de la Academia Vasca del Derecho.
B.C.A.M.	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
B.O.C.G.	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
B.G.B.	Bügerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán).
C.C.	Código Civil.
C.C.C.	Código Civil de Cataluña.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

C. Com.	Código de Comercio.
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial.
C.E.	Constitución Española.
C.C.J.C.	Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia civil.
C.D.C.	Cuadernos de Derecho y Comercio.
Dto. L.	Decreto Ley.
D.	Digesto.
E.D.J.	El derecho jurisprudencia.
E.J.B.	Enciclopedia Jurídica Básica.
E.J.E.	Enciclopedia Jurídica Española.
J.U.R.	Jurisprudencia de T.S.J. y A.P.
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil.
L.H.	Ley Hipotecaria.
N.E.J.	Nueva Enciclopedia Jurídica.
P.	Partidas del Rey Alfonso X, El Sabio.
Pág. (s).	Página (s).
R.D.	Real Decreto.
R.H.	Reglamento Hipotecario.
R (s).	Resolución (s).
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
R.D.C.A.	Revista de Derecho Civil Aragonés.
R.D.E.A.	Revista de Derecho Español y Americano.
R.S.	Revista de Derecho de Sociedades.
R.D.F.H.P.	Revista de Derecho Financiero Hacienda Pública.
R.D.M.	Revista de Derecho Mercantil.
R.D.N.	Revista de Derecho Notarial.
R.D. Patrimonial.	Revista de Derecho Patrimonial.
R.D.P.	Revista de Derecho Privado.
R.D.F.	Revista de Empresa Familiar.
R.E.J.E.S.	Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales.
R.G.D.	Revista General de Derecho.
R.G.D.R.	Revista General de Derecho romano.
R.G.L.J.	Revista general de Legislación y Jurisprudencia.
R.J.C.	Revista Jurídica de Cataluña.
E.J.E.	Revista Jurídica Española
R.J.Not.	Revista Jurídica del Notariado.
S.	Sentencia (s).
T.S.	Tribunal Supremo.
T.S.J.	Tribunal Superior de Justicia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

IV. EL LEGADO DE EMPRESA FAMILIAR EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

4.1. La transmisión de la empresa en el Derecho de las Comunidades Autónomas

4.1.1. Introducción

El presente capítulo está dedicado al Derecho de las Comunidades Autónomas en el que destacamos: por un lado, el Código Civil de Cataluña y el Fuero Nuevo de Navarra, como los dos únicos ordenamientos que admiten el legado de una empresa como una universalidad; por otro lado, tenemos el Código de Derecho Foral de Aragón, la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, el Derecho Civil de Galicia y el Derecho Civil Foral del País Vasco, que regulan los pactos sucesorios, forma de común con el testamento, al servir también para regular las relaciones jurídicas del causante, después de su muerte. Los pactos sucesorios de aplicación en los países germanos, y en los de tradición latina se estimó como una reminiscencia del Derecho feudal (1), pero lo cierto es que ha ido adquiriendo importancia, en particular, sobre la transmisión por causa de muerte de la empresa familiar (*vid.* Font i Segura 2009: 4), que define García-Arango (1967: 1301), como "aquel acuerdo bilateral por el cual, con carácter irrevocable, en principio, se elige al heredero de la casa y se regula la situación familiar y patrimonial de esta, de conformidad con las normas legales y el uso local respectivos". Es un contrato bilateral de efectos recíprocos de presente o futuro, negocio jurídico contractual bilateral de naturaleza *mortis causa* que tiene por objeto la transmisión sucesoria del patrimonio del causante (*vid.* Lacruz 1953: 140), que, por lo general, admiten cláusulas, reservas, condiciones, sustituciones, cargas y obligaciones que las partes pactan y que se eleva a documento público.

Los ordenamientos de las CC.AA. presentan, en lo relativo a los pactos sucesorios, sus propias particularidades, por lo que hemos

(1) La sucesión contractual ha sido regulada en Francia, Loi núm. 2006-728 du 23 juin 2006 Portant réforme des successions et des liberalites, y en Italia, Legge 14 febraio 2006, núm. 55, Modifiche al colice civile in materia di patto di famiglia

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

desarrollado cada uno por separado destacando la posibilidad que presenta el pactar contractualmente la sucesión de la empresa familiar, muy clara en algunos, no tanto en otros, pero el pacto está ahí como vía que permite al testador en vida ordenar la sucesión junto a sus descendientes el tránsito generacional de su patrimonio.

Del pacto sucesorio se ha dicho que tiende a sustituir al testamento, mecanismo de ordenación de los bienes del causante, unilateral, recepticio y revocable; por el contrario, el pacto sucesorio es un acuerdo bilateral (contrato), donde, una vez se pacta, no es revocable, pues altera lo estipulado, que supone una garantía para el instituido. De este modo, si accede a él, y por su propia voluntad asume la dirección y explotación del negocio familiar, garantiza con ello la continuidad de la empresa.

4.1.2. Los pactos sucesorios en el Código de Derecho Foral de Aragón

i) A falta de norma expresa que regule la sucesión de la empresa, habrá que acudir a las normas de Derecho Civil, medio apto y lícito en donde se encuentran las mecanismos objetivos para que el empresario pueda designar el continuador de la empresa mediante un contrato sucesorio, compensando económicamente a los no designados y, con ello, garantizando la continuidad y subsistencia de la empresa familiar (*vid.* García-Arango 1967:1294; Curiel Lorente 2010: 89-94).

El Código de Derecho Foral de Aragón (2) (en adelante CDFA) dedica el Título segundo a la Sucesión paccionada, arts. 377 a 404, que el mismo art. 377 del CDFA se encarga de equiparar a los pactos sucesorios, cuando dice: "son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública", permitiendo con ello una regulación de conjunto de la sucesión paccionada.

Los contratos sucesorios eran extraños al Derecho romano. Hasta después de la romanización de la Península no se produce la sucesión contractual, que en Aragón, contrario al Derecho de Castilla, admitió los pactos sucesorios con bases en los Fueros *De donatio-*

(2) Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

nibus (*vid.* Lacruz 1953: 127-128; Pelayo Hore 1967: 822-824). No obstante, los antecedentes mediatos están en el Apéndice de 1925 (arts. 34 y 58), que admitió la regulación por pactos y capítulos de los bienes de la sociedad conyugal, en la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967, que dedicó el Título segundo a la sucesión paccionada como mecanismo de ordenación sucesoria a través del testamento, pacto o disposición legal (art. 89), así como la derogada Ley de Sucesiones por causa de muerte (en adelante LS), arts. 62 a 89), que siguió la misma sistemática que la vigente legislación.

El art. 377 del CDFA tiene su antecedente legislativo en el arts. 62 de LS y 99 de la Compilación de 1967. De este último, salvo matizaciones que el legislador de 1999 ha separado por artículos, como la capacidad, el carácter personalísimo, la forma, así como las reglas de interpretación, son de análoga redacción. Así que, el mencionado art. 377 acepta la validez del pacto sobre la propia sucesión, sin necesidad de acudir a las capitulaciones matrimoniales, aunque a esta última figura jurídica le dedica la Ley aragonesa el párrafo 2.º, del art. 381, del que nos ocuparemos más adelante.

Los pactos sucesorios deben ser elevados a escritura pública, requisito *ad solemnitatem* (art. 377), los otorgantes deben ser mayores de edad (art. 378), y solo puede ser formalizado personalmente (carácter personalísimo), sin que tenga lugar la celebración del pacto por medio de representante legal o mandatario (art. 379). El art. 382 habla del idioma de los pactos sucesorios, precepto que, como comenta Gil Nogueras (2002: 519), para el derogado art. 67 de la LS de análoga redacción al vigente art. 382 de CDFA, donde se permite la pluralidad de lenguas oficiales en que los pactos sucesorios pueden ser redactados bajo las modalidades lingüísticas de Aragón. Si el Notario autorizante no conoce esta lengua, se otorgará dicha pacto ante intérprete designado por el otorgante y aceptado por el Notario, que deberá firmar dicho documento.

Los pactos sucesorios como negocios jurídicos contractuales se han de interpretar conforme a los criterios contractuales (*vid.* Gil Nogueras 2002: 528). El art. 384 de la CDFA, que se inspiró en el derogado art. 107 de la Compilación de 1967 y 69 de la LS, sigue la sistemática de que el pacto sucesorio se interprete en los términos en que fue redactado, atendiendo a las costumbres, usos y observancia del lugar. El párrafo 2.º del mismo art. 384, añade

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

supletoriamente, que se aplicarán las normas generales de los contratos y las disposiciones testamentarias, según la naturaleza de las estipulaciones. Por último, el art. 383, bajo el epígrafe "carácter de las donaciones", de análoga redacción al art. 101 de la Compilación de 1967 y 68 de la LS, ha sido comentado por Gil Nogueras (2002: 523), diciendo que estamos ante una presunción *iuris tantum* de donación universal que equipara al heredero contractual y al legatario a la donación *mortis causa* de bienes singulares.

El contenido de los pactos que desde la Compilación de 1967, se aludía a ellos, pero no con tanta precisión, pero sí en los derogados arts. 66 a 69 de la LS de análoga redacción de los vigentes arts. 381 a 384. Así, "los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan" (art. 381-1.º). este precepto proclama la libertad de que gozan los contratantes para poder pactar las estipulaciones que mejor convengan (*vid.* Batalla Carilla 1999: 53), o, como escribe Bayod López (2011: 1331), es una norma de carácter dispositivo, pues son los particulares los que pueden pactar las estipulaciones que mejor convengan a favor de los contratantes, de uno de ellos o de un tercero. Añade el párrafo 2.º del mismo art. 381: "además del régimen sucesorio, pueden también pactarse en capitulaciones matrimoniales en consideración a la casa el establecimiento de una comunidad familiar entre instituyentes e instituido y sus familiares, regulando los derechos y las obligaciones de los que la integran". Este precepto desde sus antecedentes, arts. 100 de la Compilación de 1967 y el 66 párrafo 1.º y 2.º de la LS, se refiere a los pactos sucesorios en general, sin perjuicios de las modalidades que concretaremos más adelante. No obstante, podemos señalar que la amplitud de los estipulaciones pueden contener los pactos que, como negocio jurídico bilateral modalizado con la sucesión, está sometido a las reglas de los contratos para su validez (*vid.* García-Arango 1967: 1302-1303), que de antaño estaba referido a la casa y a la explotación agrícola o ganadera. Los tiempos han cambiado y ahora se trata de la subsistencia de la explotación comercial o industrial de carácter familiar (*vid.* Lacruz y Sancho 1988: 418; Sopena Tomás 1954: 734).

El art. 380 del CDFA establece las siguientes modalidades de los pactos sucesorios: a) la disposición *mortis causa* de uno o de varios

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

contratantes de presente (arts. 389 a 392) y para después de los días (art. 392 a 394); b) la institución recíproca (arts. 395 y 396); c) la disposición *mortis causa* de los contratantes a favor de tercero o terceros (arts. 397 y 398); d) la renuncia (art. 399).

a) La institución de presente *(pacta de succedendo)* o afirmativa es aquella que, antes de la apertura de la sucesión, el instituido adquiere la condición de heredero contractual de forma irrevocable, salvo que el instituyente, haya reservado o adquiera bienes con posterioridad al otorgamiento del pacto. En este caso adquiere los bienes después de abrirse la sucesión, o, como escribe Bayod López (2011: 1343), el heredero adquiere todos los bienes salvo los derechos intransmisibles, los inherentes a la persona o que queden excluidos en el pacto. La institución para después de los días que regula los arts. 392 a 394, estima que el instituido adquiere los bienes una vez fallecido el instituyente. Salvo pacto en contrario, el instituyente puede disponer a título oneroso de los bienes pactados (art. 393.1.º), pero para disponer a título gratuito, requerirá el consentimiento del instruido (art. 393-2.º). Como característica del pacto para después de los días es la vinculación por la aceptación del instituido, además de revocar las disposiciones anteriores, como anular las posteriores (*vid.* Bayod López 2011: 1339). En cuanto a la responsabilidad en la institución de presente, se basa en la regla de la preferencia, es decir, las deudas contraídas por el instituyente antes del pacto son preferentes a los acreedores del instituido (art. 391). En la institución para después de los días (art. 394), los bienes objeto de institución responden de las deudas contraídas por el instituyente.

b) La institución de reciprocidad es un contrato sucesorio, mancomunado y correspectivo, donde ambas partes contratantes otorgan unilateralmente disposiciones a causa de muerte (*vid.* Lacruz 1953: 150), o, como señala Batalla Carilla (1999: 57), la institución recíproca permite pactar no solo entre cónyuges, sino cualesquiera otra persona. El art. 395-1.º del CDFA la denomina "pacto del más viviente", o *agermanamiento*, pues el sobreviviente hereda al premuerto, salvo que deje descendientes o fallezcan todos sin edad para testar. Nos encontramos, comenta Bayod López (2011: 1345), "ante un pacto bilateral y recepticio, que en vida de ambos otorgan-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tes se somete al régimen jurídico del pacto sucesorio para después de los días". Por otro lado, el art. 395-2.º prevé la posibilidad de que los cónyuges dispongan en pacto sucesorio que un tercero reciba los bienes del heredero o legatario fallecido por sustitución directa de estos, salvo pacto en contrario. El art. 395-3.º dispone que, si no existe institución de tercero, fallecido el instituyente supérstite sin disponer de los bienes del primer fallecido, se deferirá de lo que queda, a través de una sucesión legal como heredero del instituyente y sustituto del primer fallecido. El art. 395-4.º prevé que es de aplicación los arts. 392 a 394 (institución para después de los días). El art. 395 establece la salvedad en el pacto al más viviente para cuando el supérstite hereda del premuerto y no tenga descendencia; pero, de haberla, el art. 396 dispone que los otorgantes podrán establecer las previsiones que tengan por conveniente, respetando las legítimas de los mismos.

c) el pacto a favor de tercero *(pacto de hereditate tertii),* en donde el heredero no podrá aceptar ni el legatario adquirir hasta que la herencia no sea deferida (art. 397). Salvo disposición en contrario, el instituyente podrá disponer entre vivos de sus bienes, tanto a título oneroso como lucrativo (art. 398). Esta modalidad de pacto se caracteriza porque el tercero no concurre al otorgamiento (*vid.* Gil Nogueras 2002: 573), que conlleva su adquisición para después de los días, aunque vale el pacto de presente. No obstante, la dicción del mencionado art. 397 quiere que se acepte (para el heredero) o adquiera (para el legatario), una vez fallecido el causante (*vid.* Gil Nogueras 2002: 575).

d) El pacto de renuncia, art. 399 del CDFA, dice que son válidos las renuncias o transacciones sobre la herencia futura entre el renunciante y la persona de cuya sucesión se trata. El pacto puede abarcar el todo o la parte de los derechos sucesorios, estableciéndose a título gratuito o oneroso y bajo condición. En opinión de Gil Nogueras (2002: 581), este tipo de pacto se justifica, cuando los padres pretenden perpetuar el patrimonio familiar, y, con tal motivo, instituyen a uno de los herederos o al legatario, compensando económicamente a los demás.

ii) Otra forma que propuso Martínez Cortés (2005: 331), para la sucesión de la empresa familiar consistía en la conjunción de los

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

derogados arts. 149-1.º y 181-3.º de la LS, que resultan de análoga redacción a los vigentes arts. 464-1.º y 496-3.º del CDFA. En efecto, el art. 464, párrafo 1.º, dispone: "quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder", precepto que puesto en relación con el art. 496, párrafo 3.º, dice: "si el objeto de la reducción fuera un bien o un conjunto de ellos que no admita cómoda división, ambas partes podrán compensarse en metálico como convenga. En defecto de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico". Así que, una vez calculada la legítima colectiva (3), si resulta que el valor es inferior, se ha producido una lesión cuantitativa que se repara mediante la reducción de las liberalidades a favor de los legitimarios. Ciertamente, para ajustar dicha legítima se procede a reducir las liberalidades hechas a los no descendientes, salvo el cónyuge viudo que podrá compensar al legitimario reclamante. Si el objeto a devolver es un bien o conjunto de bienes que no admite cómoda división, los pactos se pueden compensar en metálico, a falta de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que la recibió [el legatario]; en caso contrario, para el legitimario que reclama, debiendo compensar en metálico (*vid.* Martínez Cortés 2005: 331; Lasierra Gómez 2004: 7; Sánchez-Rubio 2005: 594; Cereceda Marquínez 1999: 143-144).

Este derecho no es absoluto, pues el cónyuge es el que, por disposición *ex lege,* puede compensar en metálico al legitimario reclamante. Sin embargo, en el Derecho aragonés el testador está asistido por el principio de libertad para disponer por cualquier título. Por tanto, cabe instituir al legitimario como heredero, legatario o donatario. Si el designado no es un legitimario y resulta beneficiado con una empresa familiar (bienes o conjunto de bienes que no admite cómoda división), la reducción puede ser evitada mediante compensación en metálico al legitimario; pero, si no se llega a un acuerdo compensatorio y el importe de la reclamación absorbe la mitad del valor de la empresa, la titularidad pasa al legitimario.

(3) *Vid.* El Título sexto, Capítulo primero, arts. 486 y ss. del Código del Derecho Foral de Aragón.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

4.1.3. Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de las Islas Baleares

La Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (en adelante CDCB) (4) regula en el Capítulo cuarto del Título segundo "Los pactos sucesorios", arts. 72 a 77 de aplicación en las islas de Ibiza y Formentera. Es una expresión de nuevo cuño, pues no tiene su antecedente en la Compilación de 1961, que los denominó "Heredamientos", considerando este último la designación genérica de los pactos (*vid.* Cardona Guash 2011: 1417). Los pactos sucesorios fueron vehículo de cohesión de la explotación agraria, pero en la actualidad, como dice Ferrer Vanrell (2009: 1375-1379), es el elemento adecuado para organizar la sucesión en la empresa familiar.

La Compilación balear distingue dos tipos de pactos: el pacto de institución *(pacta de succedendo)* o afirmativo, arts. 73 a 76 de la CDCB; y el pacto de renuncia *(pacta de non succedendo)* o renunciativo, art. 77 de la CDCB, proporcionando el art. 72, párrafo 2.º, de la Compilación balear, un concepto genérico de pacto que dice: "los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa*, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, denuncias, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan". Estos pactos deben ser otorgados en escritura pública (requisito *ad solemnitatem),* que resulta imprescindible para la validez del pacto (art. 72-1.º), que pueden llevar la forma de capitulaciones matrimoniales *(espolits).* En dicho caso, se regirán por lo dispuesto en el art. 66 y el presente Capítulo. En este sentido, ha señalado Cardona Guash (2011: 1417) que pueden llevar la forma de *espolist,* aunque no necesariamente, pero sí en escritura pública, debiendo ser aplicados a los pactos sucesorios de las Islas Baleares.

A) El pacto de institución, afirmativo o de heredamiento se divide en dos categorías: a) sin transmisión actual de bienes (art. 75 de la CDCB), que dispone: "Los pactos sucesorios sin transmisión actual

(4) Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de bienes confiere únicamente la cualidad personalísima de heredero contractual, quedando revocados por premoriencia del instituido. El instituyente conservará hasta su muerte la propiedad de los bienes, pero no podrá disponer de estos en fraude del heredamiento". Estos pactos implican simples llamamientos a la sucesión (*vid.* Cardona Guash 2011: 1418), pues el instituido no accede a la herencia hasta el fallecimiento del instituyente. Además, si premuere el instituido antes que el causante [instituyente], el pacto queda revocado, por lo que la Compilación balear le confiere al heredero naturaleza personalísima y contractual, o, como comenta Cardona Guash (2011: 1418), el llamado no ostenta un derecho, sino una expectativa que tendrá, si sobrevive al instituyente, además de aceptar la herencia a él deferida; b) los pactos con transmisión actual de bienes, que regula el art. 73 en dos párrafos. El párrafo 2.º dice: "los pactos de institución pueden […] contener transmisión actual de todos o parte de los bienes"; el párrafo 3.º dispone que "La donación universal de bienes presentes y futuros equivale a institución contractual de heredero". Este precepto es de aplicación a las islas de Ibiza y Formentera, pero, como veremos más adelante, los arts. 8 a 13, ambos inclusive, regulan "las donaciones universales", de aplicación a la isla de Mallorca.

En este tipo de pactos el instituido adquiere el todo o la parte de los bienes que pertenecen al instituyente al tiempo del otorgamiento del pacto, lo que conlleva en el supuesto de premoriencia del instituido, la transmisión de los bienes a sus propios herederos, sin perjuicio de la facultad que le concede el art. 76 al instituyente de poder reservar los bienes, que puede disponer por cualquier título. Respecto de la donación universal, señala Cardona Guash (2011: 1422), una vez fallecido el donante, el donatario no precisa para los bienes presentes aceptar, como tampoco repudiar, pero para los bienes futuros deberá aceptar a beneficio de inventario.

En cuanto a los efectos de los pactos, Cardona Guash (2011: 1422) señala que está en función de su contenido, de lo que se haya estipulado en cada caso, con o sin transmisión de bienes. Por otro lado, el art. 74, párrafo 1.º, conforme a la redacción dada por la Ley 3/2009, de 27 de abril, afirma que "los pactos sucesorios son irrevocables. Solamente podrán ser modificados o dejados sin efectos por mutuo disentimiento que conste en escritura pública y por las causas enumeradas en los supuestos previstos en los apartados a)

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

y b) del art. 69 bis". Añadiendo dos supuestos más: a) art 74, párrafo 2.º, donde los pactos otorgados a favor de personas nacederas solo serán revocados cuando concurran las causas de desheredación legitimaria; b) art. 73, apartado 3.º, donde se explica que el heredamiento no quedará sin efecto por causa de preterición. Es decir, a la regla general de la irrevocabilidad del pacto el Derecho compilado establece dos excepciones: una para los hijos nacederos; otra, para los preteridos.

Como hemos visto más arriba, el art. 73, párrafo 3.º, prevé para las islas de Ibiza y Formentera que el donatario universal de bienes presentes y futuros equivale a un heredero contractual. El art. 8, párrafo 1.º, de aplicación a la isla de Mallorca, dispone que "la donación universal de bienes presentes y futuros confiere al donatario la cualidad de heredero contractual del donante y le transmite los bienes presentes incluidos en ella". Como se puede apreciar, los dos preceptos convergen en que el donatario es estimado heredero contractual, salvo matizaciones lingüísticas, aunque el Derecho mallorquín tiene una mayor regulación a lo largo de los arts. 8-13.

Hemos destacado la figura de la donación universal de bienes presentes y futuros, por constituir un instrumento eficaz para el mantenimiento de la unidad familiar, admitiendo en el Derecho balear la designación de heredero mediante donación universal, no ligada a las capitulaciones matrimoniales, figura que, por otro lado, define Ferrer Vanrell (2009: 1389) "como negocio entre vivos y no de última voluntad, de eficacia inmediata e irrevocable". Tiene por objeto la transmisión de presente, es decir, los bienes existentes en el momento de la formación de la escritura pública (art 12), lo que supone un requisito *ad solemnitatem*, además de poder ser formalizada por el representante o mandatario autorizado con poder especial, debiendo concurrir en la persona del donante la libre disposición de bienes, y en el donatario, la capacidad para contratar. Los bienes de futuro serían aquellos que, conforme a lo dispuesto en el art. 11, tienen la consideración de excluidos y reservados por cualquier título que, al fallecer el donante sin disponer de ellos, pasaran al donatario como bienes del donante a título de heredero (*vid.* Ferrer Vanrell 2009: 1390-1391). El art. 8-2.º de la CDCB dice que la donación puede ser revocada por el donante en caso de incumplimiento de cargas o ingratitud. De este último precepto se

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

remite a lo dispuesto en el art. 4.3 de la Compilación. Añadiendo el mencionado art. 8-2.º, que también puede quedarse sin efecto o modificarse la donación por acuerdo entre el donante y el donatario, o por los herederos de este, consignado en escritura pública. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en el art. 1342 del C.C. Por último, el donatario que premuera al donante transmite a sus herederos todos los derechos adquiridos en virtud de la donación, salvo pacto en contrario. No quedará sin efecto la donación por preterición, sin perjuicio de que los preteridos puedan reclamar su legítima (art. 8-3.º y 4.º).

B) Pacto de renuncia, negativo o de finiquito, que regula el art. 77 de la CDCB, disposición aplicable en las islas de Ibiza y Formentera. Dice el mencionado art. 77, que "por el "finiquito" de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquél". Este precepto resulta de análoga redacción al art. 50, párrafo 1.º, de aplicación en la isla mallorquina, pero el art. 77-3.º declara que "En lo no convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera". Esta última regulación es conocida con el nombre de *diffinitio,* que tiene su origen en los privilegios otorgados a los Reyes de Mallorca y las estructuras notariales de 1251 (*vid.* Ferrer Vanrell 2009: 1397).

Con esta figura jurídica se pretende por parte del adjudicante conservar indivisa una explotación que conlleva una contrapartida por parte del legitimario, que consiste en renunciar a la legítima que por derecho le corresponde (*vid.* Cardona Guasch 2011: 1427), que a modo de atribución o anticipo compensatorio en la herencia del legitimario le hubiere hecho en vida el ascendiente. Como señala Cardona Guasch (2011: 1428), el propósito de este pacto es mantener indiviso el patrimonio familiar que actúa como contrapartida de la renuncia. El pacto de renuncia o finiquito ha de ser elevado a escritura pública para su plena validez, pues la mencionada renuncia del legitimario es expresa e indubitada y carece de acción, por tanto, pierde su cualidad de heredero que se ve compensado con un patrimonio indiviso.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

4.1.4. El legado de empresa familiar en el Código Civil de Cataluña

El art. 427-29 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (en adelante CCC). Este precepto lleva por título: "Legado de universalidad". Está dividido en dos párrafos, que estudiamos por separado:

i) El art. 427-29, párrafo 1.º, dispone: "El legado de universalidad de cosas, empresas u otras conjuntos unitarios de bienes o agregados de cosas tiene la consideración de legado de cosa única, y se extiende a todos los elementos que en el momento de morir el causante constituyan el bien legado o han estado integrados o adscritos". Este precepto tiene su antecedente legislativo en el derogado art. 300, párrafo 2.º de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (en adelante CS), de análoga redacción, y que, en opinión de Giménez Duart (1994: 1023), hace referencia al legado de universalidad y que se caracteriza porque se lega un conjunto de cosas que son objeto de tratamiento unitario (5).

En sede de fideicomiso el art. 426-3, párrafo 3.º, dispone: "El fideicomiso impuesto al heredero que tiene por objeto bienes singulares, una universalidad de cosas, una empresa, un derecho de usufructo, aunque sea universal, o una parte alícuota de la herencia tiene la consideración de legado, y el impuesto al legatario que tiene por objeto bienes singulares o partes de éstos comprendidos en el legado, la de sublegado". El mencionado art. 426-3-3.º del CCC, tiene su antecedente legislativo en el derogado art. 184 del CS, de igual redacción al derogado art. 168 de la Ley 1/1984, de 19 de julio, Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (en adelante CDCC). Estos preceptos afirmaban que el heredero instituidos en bienes o derechos singulares tendrán la consideración de legatario, pero si fuesen instituido en parte alícuota y no en cuota parte tendrán la consideración de legado de parte alícuota o,

(5) El derogado art. 300 regulaba tres tipos de legados: el de finca, el de universalidad y el de empresa, precepto de nuevo cuño, pues no tiene antecedente en la Compilación de Derecho Civil Foral de Cataluña. El vigente art. 427-29 regula dos tipos de legados: el universalidad y el de empresa.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

como comenta O'Callaghan Muñoz (1988: 85), en atención al objeto del fideicomiso, la Compilación elimina su naturaleza jurídica, que podría tener el fideicomiso y le atribuye la de legado o sublegado, que recae sobre bienes concretos y determinados. Los arts. 184 del CS y 168 CDCC presentan la particularidad de regular dos tipos de legados: el de universalidad y el de parte alícuota, mientras que, en el vigente art. 426-3-3.º del CCC, el heredero instituido en una universalidad o parte alícuota es considerado un legatario.

Los vigentes arts. 427-29-3.º y 426-3-3.º del CCC siguen el planteamiento tradicional de considerar a la empresa como un conjunto de derechos que no pierden su individualidad, por lo que representan una unidad y pueden ser objeto de un tratamiento jurídico unitario [universalidad de derecho] (6), donde la ley le reconoce carácter unitario, es decir, son aquellos casos singulares sin conjunción física entre sí, pero de los cuales existe un vínculo que los hace formar un todo. No es que la ley los cree, sino que los reconoce, cuando existen (*vid.* Biondi 1961: 148).

La universalidad de las cosas tiene su origen en el Derecho romano (Pomponio D. 41.3.30), en base a la tripartición de los *corpora* en tres géneros: simples *(corpus quod uno spiritu connetur),* son las cosas que constituyen la unidad natural, *v. gr*., las piedras; compuestas *(corpus quod expluribus inter se cohaerentibus constant),* en las cuales varias cosas juntas se unen corporalmente para formar una unidad sin que las partes pierdan su individualidad, *v. gr.,* un edificio; universalidad *(corpus quod ex distantibus constant),* donde varias cosas sin aparecer materialmente unidas, se agregan y son consideradas como un todo unitario, *v. gr.,* la empresa (*vid.* Ruggiero 1979: 493-494; Cossío y Corral 1940: 141). En este sentido, escribe Biondi (1961: 148) que la noción jurídica de la universalidad no es fruto de la especulación, ni de la ciencia jurídica, sino de la consideración unitaria de los agregados. A Justiniano se le debe la creación del concepto *universitas* como denominación genérica del patrimonio, en el que caben créditos y deudas, formando una unidad orgánica (*vid.* Fairen Martínez 1962: 258-259). A los juristas del Derecho intermedio se les debe la distinción entre la *universitas facti* y la *universitas juris.* Posteriormente, el contenido de la uni-

(6) Conjunto de bienes sobre las cuales hay relaciones jurídicas que forman una unidad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

versalidad resultó un trasunto de la distinción de los glosadores*:* "la universalidad de hecho supone una pluralidad de cosas corporales agregadas en unidad con un fin económico, pero no reconocido por el derecho"; por el contrario, la universalidad de derecho supone "el reconocimiento por ley del agregado considerado como una unidad jurídica" (*vid.* Ruggiero 1979: 495).

En la actualidad, escribe Roca Sastre (1988: 13-14), el patrimonio surge de la idea de conjunto o universalidad de las cosas. El patrimonio, añade, es una universalidad que se corresponde con la "Teoría personalista", conjunto de bienes de una persona, considerado como una universalidad de derecho (*vid.* De Los Mozos 1989: 167, Roca Sastre 1988: 14). El patrimonio se corresponde con la categoría de una persona (*vid.* Cossío y Corral 1940: 128).

ii) El art. 427-29, párrafo 2.º, del CCC, dispone que "En el legado de una empresa, las relaciones de crédito y de deuda que ya han sido hechas efectivas por la persona gravada con el legado dan derecho a los reintegros correspondientes a favor y en contra del legatario". Este precepto es de análoga redacción al art. 300, párrafo 3.º del CS, del que, extraemos en opinión de Giménez Duart (1994: 1024), que el legado de empresa se contempla como un todo, pero ante una empresa individual el testador transmite la cualidad de comerciante, por lo que el derogado art. 300-3.º del CS prevé el reintegro a favor y en contra del legatario por los pagos realizados por el heredero entre el fallecimiento del testador y la aceptación por el legatario.

Ciertamente, el art. 427-29, párrafo 2.º, del CCC, sigue la misma línea de su precedente legislativo. Aunque la empresa individual es objeto de tratamiento unitario en el período que media entre el óbito del testador y la aceptación por el legatario, se puede producir la reclamación de deudas al heredero y, siendo estas satisfechas, podrá reclamar después su importe al legatario. Como puede darse el caso de que en dicho período el heredero efectúe cobros, pagos o inversiones, esto conlleva un ajuste del legado.

B) Otra forma de transmitir la empresa familiar en el Código Civil de Cataluña es la regulación del Título tercero, Capítulo primero, arts. 431-1 a 431-30, dividido en tres secciones: la sección primera, arts. 431-1 a 431-17, "los pactos sucesorios"; la sección segunda, arts. 431-18 a 431-28, "los heredamientos"; la sección tercera,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

arts. 431-29 y 431-20, "pactos sucesorios de atribución particular". La nueva regulación destaca el Preámbulo IV del Codi: "se configura de una manera más abierta y flexible […] no limitado a los herederos (heredamiento), sino admite también la realización de atribuciones particulares equivalentes a los legados en la sucesión testamentaria".

El art. 431-1 nos proporciona un concepto de pacto sucesorio que, en principio, no difiere del concepto de testamento (art. 421-2). Corrobora este aserto lo dispuesto en el art. 431-5, en donde los pactos tendrán la misma amplitud que los testamentos, aunque en opinión de Navas Navarro (2009: 5) los pactos sucesorios se presentan como una alternativa a la sucesión testamentaria. Así que, el carácter excepcional que se le atribuía a los pactos quedó reducido por el art. 411-7, cuando la sucesión no está abierta, salvo que expresamente lo autorice esta ley (*vid.* Egea Fernández 2007: 22-23). En todo caso, el art. 431-1 se asienta en dos elementos: sucesión y contrato, proyectándose hacia la empresa familiar, irrevocable, y formalizado en escritura pública (art. 431-7). Este requisito *ad solemnitatem,* puede contener estipulaciones propias de un protocolo familiar y otras estipulaciones sucesorias (art. 431-7), además de la publicidad registral que regula el art. 431-8, que afecta a los actos de última voluntad, a los heredamientos, a los pactos sucesorios y a las atribuciones particulares, cuya finalidad es el mantenimiento y la continuidad de la empresa familiar, permitiendo el acceso al Registro Mercantil de los protocolos familiares (art. 431-8-4.º). El mencionado art. 431-8 prevé tres supuestos de inscripción: a) los pactos sucesorios se harán constar en el Registro de Actos de Última Voluntad, previa comunicación del notario autorizante (art. 431-8-1.º); b) los heredamientos y las atribuciones particulares ordenadas en pactos sucesorios sobre bienes inmuebles se pueden inscribir en el Registro Mercantil, en vida del causante (art. 431-8-2.º y 3.º); c) cuando la finalidad del pacto sucesorio consista en el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar, se hará constar la existencia en el Registro Mercantil, cuyo alcance esté previsto en la ley de publicidad de los protocolos familiares (art. 431-8-4.º).

En cuanto al contenido de los pactos sucesorios, el art. 431-5, párrafo 1.º dispone "En pactos sucesorios se puede ordenar la sucesión con la misma amplitud que en testamento". Esta expresión

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

hace referencia al contenido de los pactos en los términos y bajo las mismas condiciones que la institución testamentaria, aunque la enumeración del repetido art. 431-5-1.º no sea más que una mera indicación, pues estos pactos pueden abarcar a todo tipo de estipulaciones, condiciones, limitaciones, sustituciones, atribuciones particulares, usufructos universales, fideicomisos y reversiones, así como se podrá designar albacea, administradores y contadores partidores. Como escribe Del Pozo Carrascosa (2011: 1374), esta amplitud no es más que asimilar el pacto sucesorio al testamento, pues el mencionado art. 431-5-1.º del CCC hace referencia a un negocio jurídico *mortis causa,* donde los otorgantes desvinculados de los capitulaciones matrimoniales (forma de ordenar la sucesión en el Derecho anterior), pueden, conforme al art. 431-2, disponer los cónyuges, futuros cónyuges, parejas de hecho y parientes (en línea recta o colateral hasta cuarto grado por consanguinidad o afinidad) y destinar su patrimonio para después de su muerte. Completa la amplitud de los pactos sucesorios lo dispuesto en el art. 431-6, que admite la posibilidad de imponer cargas a los favorecidos, que deberán ser expresas y si, tienen carácter determinante, su alcance y las obligaciones que deberá asumir el favorecido. Dichas cargas vienen enumeradas en el párrafo 2.º, del art. 431-6: cuidado y atención de los otorgantes o terceros, mantenimiento y continuidad de la empresa familiar o su transmisión indivisa (*vid.* Del Pozo Carrascosa 2011: 1375).

La sección segunda, arts. 431-18 a 431-28, regula "Los heredamientos", que define el art. 431-18, párrafo 1.º, como "pacto sucesorio de institución de heredero que confiere a la persona o personas instituidas la cualidad de sucesores universales del heredante con carácter irrevocable". Este concepto está puesto en relación con su precedente legislativo (art. 67-1.º del CS). Conserva la institución contractual de heredero como sucesor universal, pero se desvincula en la legislación vigente de la causa matrimonial o su otorgamiento mediante capitulaciones matrimoniales, empleando como fórmula el contrato o negocio jurídico contractual, bilateral o plurilateral de las relaciones jurídicas existentes entre las partes para la organización patrimonial (*vid.* Roca-Sastre Muncunill 1994: 609-612).

El heredamiento es una modalidad de pacto sucesorio que junto con la atribución particular forma el llamado contrato sucesorio, más amplio que el concepto de sucesión contractual. Aquel abarca la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

materia sucesoria, incluyendo la institución de heredero o legatario, la renuncia y la herencia de un tercero; mientras que la sucesión contractual solo se refiere a cuando una persona instituye contractualmente heredero o legatario por vía contractual y, dentro de ella, el heredamiento (*vid.* González Bau 2005: 738).

En el Derecho romano no se admitió la designación de heredero contractual. En el Derecho germano inicialmente se ignoraba el testamento, pero conocían una institución equivalente denominada *Affatomie,* acto privado y contractual que permite la transmisión de bienes (*vid.* Roca-Sastre Muncunill 1994: 521-522). En el Derecho intermedio o *ius comune,* a través de las necesidades señoriales y nobiliarias, le otorgaron esplendor a los contratos sucesorios (*vid.* Roca-Sastre Muncunill 1994: 523). Tras la pugna entre la tendencia prohibitiva (romana) y permisiva (germana), surgió una tendencia mixta que a través de la libertad de pactos generó el heredamiento a través de los pactos nupciales o los capitulaciones matrimoniales (*vid.* Roca-Sastre Muncunill 1994: 524).

El heredamiento es un pacto sucesorio que instituye heredero o legatario (art. 431-1), pero el art. 431-18 precisa que la institución de heredamiento otorga la cualidad de heredero universal, irrenunciable, inalienable e inembargable. Por tanto, si el heredero es uno de los otorgantes, no precisa de la aceptación, pero si se trata de un descendiente deberá aceptar la herencia a él deferida o aceptarla a beneficio de inventario.

El art. 431-22-1.º del CCC admite la reserva de bienes, cantidades de dinero o parte alícuota del patrimonio establecidas en el heredamiento para disponer libremente el heredante. Añade el párrafo 2.º, del mismo art. 431-22, que el heredante puede asignar en pago de legítima bienes o dinero que excluye del heredamiento. En opinión Del Pozo Carrascosa (2011: 1388), las reservas para disponer afectan a cualquier tipo de heredamiento, no solo a los de transmisión de presente, aunque, por lo general, la institución de heredero no lleva implícito la transmisión de bienes de presente. Mediante la reserva el heredante puede excluir bienes o dinero o parte alícuota de su patrimonio, que él puede asignar en pago de la legítima. Si el heredante fallece sin haber atribuido bienes o dinero, los legitimarios los adquieren, aunque excedan del valor que les corresponde. Así, cuando el heredante dispone *mortis causa* de los bienes reservados, el título de la atribución es el de legatario.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Los arts. 431-29 y 431-30 del CCC, permiten la realización de atribuciones particulares de análoga categoría a los legados testamentarios (*vid.* Navas Navarro 2009: 4), en donde el art. 431-29 se refiere al pacto sucesorio (negocio jurídico de disposición), y el art. 431-30, a la atribución particular, o, como escribe Del Pozo Carrascosa (2011: 1394), los pactos sucesorios no solo están limitados a los herederos (heredamiento), sino permite atribuciones particulares a favor de los otorgantes o terceros, lo que permite considerar a los pactos sucesorios de atribución particular auténticos legados (art. 431-5).

El pacto sucesorio de atribución particular es de naturaleza contractual y de fundamento sucesorio. Es un negocio jurídico bilateral o plurilateral *inter vivos* que tiende a proporcionar una ventaja o beneficio patrimonial al favorecido (*vid.* Navas Navarro 2009: 8-9). Tradicionalmente eran incorporados a los heredamientos, pero la nueva regulación le atribuye la configuración de legados pactados o donación por causa de muerte e irrevocable, de estructura autónoma e independiente que se postula como uno de los instrumentos para la planificación de la sucesión de la empresa familiar (*vid.* Navas Navarro 2009: 5), o, como señala Ginés Castellet (2011: 29), mediante el pacto de atribución particular, padre e hijo pueden pactar la transmisión por causa de muerte de la empresa de que son titulares (empresa individual).

En cuanto a las modalidades, el art. 431-29, en concordancia con lo previsto para los heredamientos distingue tres supuestos: a) atribución particular de la cualidad de sucesor contractual a título particular con eficacia real; b) a favor de un tercero no participante; c) designación recíproca del sucesor particular a favor del que sobreviva (*vid.* Navas Navarro 2009: 8-9).

Con carácter general, los elementos personales coinciden con los pactos sucesorios. No obstante, puede distinguirse entre otorgante, favorecido y simple favorecido. Cuando el pacto tiene dos partes (otorgante y favorecido), es irrevocable; ya que, como dispone el art. 431-30-1.º, solo se puede disponer de una atribución particular, cuando el objeto tiene el consentimiento expreso del favorecido. Si tiene una sola parte (otorgante), el favorecido es simplemente designado y no la adquiere hasta el fallecimiento del causante (art. 431-3-1.º). Además de revocable en vida del otorgante e ineficaz, si premuere al testador (art. 431-3-2.º).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El objeto del pacto sucesorio de atribución particular pueden ser bienes muebles, inmuebles, conjunto de bienes o universalidad de bienes (*vid.* Navas Navarro 2009: 22). Por imperativo del art. 431-30-4.º, el favorecido hace suyo los bienes, aunque el heredero no haya aceptado (eficacia real).

4.1.5. Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia

La Ley 2 /2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (7) (en adelante DCG), dispone en su art. 181 que la sucesión se defiere por testamento, cualquiera de los pactos sucesorios admisibles conforme al derecho y por disposición de la Ley, precepto que se remite al art. 209 del mismo Cuerpo legal, que distingue dos tipo de pactos: los de mejora y los de apartación.

La Compilación del Derecho Civil especial de Galicia, Ley 147/1963, de 2 de diciembre (en adelante CDCG), compiló las normas consuetudinarias que tenían vigencia a través de fórmulas notariales, concretamente, la aparcería (art. 59 a 83) y el derecho de labrar y poseer (arts. 84-87), que supuso el sistema de mejora donde el ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar o una explotación se lo adjudicaba a un descendiente. La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (en adelante LDCG), supuso la confirmación legal del Derecho Civil propio de Galicia. Se reconoció los pactos de mejora, de labrar y poseer y las aportaciones (arts. 118-135), además del testamento mancomunado (*vid.* Bello Janeiro 2006: 194-196). La vigente legislación de 14 de junio de 2006, aunque sigue el mismo criterio de la legislación anterior, a tenor de lo dispuesto en el art. 209 de DCG, deja entrever la posibilidad de otros pactos dentro de la propia Ley (*vid.* Herrero Oviedo 1286-1287; Ordónez Armán *et al* 2007: 342), opinión que no resulta corroborada por otro sector de la doctrina (*vid.* Rebolledo Valera 2008: 907; Busto Lago 2008: 520), quienes afirman que los pactos sucesorios deberán regirse por la legislación vigente.

Por nuestra parte, haremos referencia a los pactos sucesorios expresamente admitidos en la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia.

(7) DOG n.º 124, de 29 de junio, BOE n.º 191, de 11 de agosto.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A) Los pactos de mejora

El art. 214 de la Ley Civil gallega tiene su antecedente legislativo en el derogado art. 128 de la LDCG de arraigada tradición, que consistía en mejorar en bienes determinados a uno de los descendientes, en vida de los ascendientes, reconociéndole el art. 129 naturaleza contractual y personalísima, aunque esta última potestad puede ser delegada por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales (*vid.* Muiño Fidalgo y Sánchez Carballo 1999: 53).

El art. 214 del DCG define los pactos de mejora como "aquellos por los cuales se convienen a favor de los descendientes la sucesión de bienes concretos". Esta denominación en opinión de Rebolledo Varela (2008: 226-227), resulta inadecuada, pues su contenido no es de mejora, sino de bienes concretos o determinados a título de heredero (art. 219-2.º) o de legatario (art. 214), a través de un negocio jurídico bilateral dispositivo y vinculante, celebrado entre el mejorante y el mejorado, donde se concreta un pacto de sucesión de bienes concretos. La denominación, objeta Herrero Oviedo (2011:1295), es fruto de una "inercia histórica" en la que el legislador gallego, partiendo del régimen del Código Civil, se basó en la prohibición de pactos sobre la herencia futura (art. 1271 del C.C.) suponiendo la mejora una excepción.

El art. 214 se configura como un "pacto institutivo" por virtud del cual los ascendientes instituyen sucesores a sus descendientes sobre bienes concretos (*vid.* Herrero Oviedo 2011: 1295). Este precepto como indica Busto Lago (2008: 526), prescinde de la denominación de su nombre, constituyendo una atribución que, aunque vulnere la legítima, asegure que el resto de los legitimarios puede reclamar su legítima como acreedor. Se modifica así, dice Rebolledo Varela (2007: 928), la naturaleza jurídica de la legítima, pasando de *pars bonorum* a *pars valoris* (derecho a percibir una atribución patrimonial en la cuantía establecida en el art. 240), pudiendo ser abonada en metálico o en bienes extrahereditarios (art. 246.1.º).

El art. 214 deja claro que estamos ante una atribución de bienes concretos del disponente, que se extiende a bienes muebles, inmuebles y derechos de contenido económico, que no se extinguen con la muerte del causante. En el supuesto de un pacto de mejora de entrega de presente, conlleva los bienes existentes en el momento de celebrar el pacto, quedando excluidos una parte alícuota de los bienes del causante (*vid.* Rebolledo Varela 2008: 931).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Los pactos de mejora con entrega de presente hacen propietario al mejorado (art. 215), pero el art. 217 declara que: a) si no se entregan los bienes, el adjudicante conserva la libertad de disponer entre vivos y a título oneroso; b) si se realiza la entrega de bienes, el adjudicante solo podrá disponer en caso de haberse reservado de forma expresa (*vid.* Busto Lago 2008: 528). En este sentido, ha puesto de relieve Rebolledo Varela (2007: 938) que en los pactos de mejora sin entrega de bienes, el traspaso no se produce hasta el fallecimiento del mejorante, conservando la propiedad de los bienes hasta dicho momento. El art. 216 se remite a lo pactado, pero solo para los actos entre vivos a título oneroso o gratuito. En los actos por causa de muerte no son admitidos. En defecto de pacto expreso, el art. 217-1.º le otorga al mejorante plena libertad para disponer de actos entre vivos, a título oneroso.

La legislación vigente con carácter general establece que para otorgar dichos pactos se requiere capacidad de obrar, de tal manera que, el incumplimiento de la referida exigencia, conlleva la anulabilidad del pacto de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1300 y 1301 del C.C. (art. 210). Han de constar en escritura pública (art. 211), requisito formal *ad solemnitatem,* que, de no celebrarse de esta forma el pacto es nulo, forma que fue prevista en el derogado art. 135 de la LDCG para los pactos de apartación y que la legislación vigente establece como requisito para todos los pactos (*vid.* Busto Lago 2008: 522-523). Salvo que se disponga por medio de poder, que tendrá naturaleza contractual y especial, ntroducido por el legislador de 2006, otorgándole validez al pacto a través de mandatario o apoderado con poder especial (art. 212). Debiendo ser interpretados conforme a los usos y costumbres locales, cuando el pacto afecte a una compañía familiar. Esta norma de naturaleza estrictamente interpretativa e integradora de la voluntad del disponente, está recogida en el derogado art. 133 de LDCG, a los efectos de las estipulaciones contenidas en los pactos de mejoras (*vid.* Busto Lago 2008: 523-524).

La nueva regulación, arts 214 y ss. del DCG, configura el pacto de mejora especialmente útil a los efectos de la sucesión de una empresa familiar (*vid.* Álvarez Lata 2010: 571), o, como escribe Busto Lago (2008: 527), "no es descartable la viabilidad de los pactos en virtud de los cuales se atribuye a un hijo el bien más relevante desde la perspectiva económica de los que integran la herencia, aun en

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el caso de que vulnere la legítima de los demás hijos o legitimarios que únicamente podrían exigir el pago, como acreedores del valor de su legítima".

B) Los pactos de labrar y poseer

A lo largo de su historia el pacto de labrar y poseer tiene el mérito de conservar su esencia a través del art. 84 de la Compilación de 1963, en el art. 130 de la Ley 4/1995 y en el vigente art. 214 de la Ley 2/2006. En este sentido, se ha pronunciado la STSJ de Galicia de 29-1-2000 (RJ\2000\4236), cuando dice: "Ninguna duda puede ofrecer que el Derecho Civil de Galicia, dado su origen consuetudinario, rige y tiene eficacia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/1995. La exposición de motivos o prólogo del referido texto legislativo reconoce que la ley "intenta desarrollar, en todas sus aspectos, aquellas instituciones jurídicas-privadas que realmente estuviesen vivas en el derecho propio de Galicia", calificando a la Compilación de 1963, que también en su prólogo decía responder a la necesidad de "recoger con fidelidad las instituciones forales que están actualmente vigente" como "fragmentaria, incompleta, falta de entidad propia de un sistema jurídico y, en consecuencia, en buena parte, de espaldas a la realidad social".

Inicialmente, la mejora de labrar y poseer tenía por cometido conservar indivisa un lugar o explotación agrícola. Posteriormente, su objetivo fue mantener la unidad familiar patrimonial, evitando que los descendientes desmenucen la explotación agraria, industrial, comercial o fabril (*vid.* Herrero Oviedo 2011: 1300-1301). En la Compilación de 1963 no se estimó un pacto, sino una partición por el propio testador, adjudicando bienes concretos a título de mejora que conlleva la obligación de pagar en metálico la legítima del resto de los herederos (*vid.* Rebolledo Varela 2008: 948). El derogado art. 130 de la Ley 4/1995 se configuró como un pacto entre el ascendente y sus hijos o descendientes entre vivos, irrevocable y por causa de muerte para conservar indivisa una explotación agrícola. Se extiende el objeto del pacto a una explotación o establecimiento fabril, industrial o comercial (art. 130-2.º). El vigente art. 219 de la Ley 2/2006, autoriza al ascendente a elegir a cualquiera de sus descendientes (legítimos o no), para adjudicarle íntegramente una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril, siempre que se mantenga indivisa (*vid.* Herrero Oviedo 2011: 1303). De este modo el "patrucio" elige al más

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cualificado para mantener la unidad patrimonial o, como dispone el art. 220, indivisible a los efectos de la partición.

Los arts. 219 a 223 del DCG regulan el pacto "de la mejora de labrar y poseer", aunque no enumerado en el art. 209, destaca que "sin perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho", por lo que estamos ante un pacto sucesorio que el art. 219 define como "El ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar acasarado, aunque las suertes de tierras estén separadas, o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril podrá pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra.

Si en el pacto no se dispusiera otra cosa, la adjudicación supondrá la institución de heredero a favor del así mejorado".

Este precepto tiene su antecedente en el art. 130 de la LDCG, que, como ha puesto de relieve Iglesias Redondo (1999: 256), no se trata de una institución típica del Derecho Civil gallego, sino de la mejora por la vieja o de tercio y quinto que estuvo vigente hasta la publicación del Código Civil. Su razón, como hemos señalado, está en garantizar la indivisión del patrimonio. Por tanto, el ascendente puede elegir anticipadamente al hijo o descendiente que haya de sustituirle en la explotación familiar. En este sentido, la STSJ de Galicia de 26-3-2002 (RJ\2002\6976) dice que "Es clara la finalidad de esos preceptos [arts. 130 y 131] de mantener en las instituciones que contemplan la indivisibilidad del conjunto como única forma rentable de explotación evitando, a la vez, la pulverización de la propiedad familiar que sería antieconómica […] el concepto de petrucio y la unidad de explotación económica, bien sea agraria, forestal o mixta. En este sentido entronca la institución, en el ámbito hereditario con previsión contenida en el artículo 1056 del Código Civil, cuando en su párrafo 2.º señala que "el padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos".

Desde mi punto de vista, los arts. 219 del DCG y el 1056-2.º del C.C. presentan un destacado paralelismo, salvo que el mencionado art. 219 acoge la naturaleza contractual del pacto sucesorio. En cambio, el art. 1056-2.º permite al testador transmitir en atención a la conservación de la empresa o, en interés de su familia, preservando indivisa la explotación económica o manteniendo el control de una sociedad de capital. Otro aspecto común, como ha

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

puesto de relieve Álvarez Lata (2020: 573), es que el art. 221 prevé la posibilidad de compensar en metálico a los demás interesados, dentro de los cinco años siguientes a la apertura de la sucesión, siempre que se garantice el cumplimiento, además de los intereses legales (art. 221-2.º). En el caso de que no resten bienes distintos del atribuido al mejorado este podrá cubrir las legítimas de los demás legitimarios con dinero extrahereditario (*vid.* Rebolledo Varela 2007: 956-957). Por otro lado, el art. 220 se remite al art. 219-1.º, a los efectos de enumerar los bienes indivisibles: la casa patrucial, y su era, corrales, y huertos, tratándose de un lugar acasarado y la explotación agrícola, comercial o fabril, fórmula que en sentido amplio, dice Busto Lago (2008:537), parece referirse a empresas individuales, concretas, o explotaciones económicas individualizadas, constituyendo la casa patrucial y el caserio el ejemplo de bienes universales, razón por lo que se les dota del carácter indivisible a los efectos de la partición de la herencia (*vid.* Busto Lago 2008: 535 [nota a pie de pág. 17]).

Una de las características, que diferencia el pacto de labrar y poseer de la apartación y la mejora, es la posibilidad de dejarlo sin efecto, si durante dos años el mejorado abandona en vida del mejorante la totalidad de la explotación sin justa causa, siendo de igual modo aplicable las causas comunes de los pactos de mejora (arts. 222 y 217). Por último, el art. 223 señala que cuando la mejora se realiza sin bienes de presente, o en caso de premoriencia del mejorado, si los descendientes son varios y el favorecido no designa sucesor, el mejorante podrá elegir de entre ellos a uno como mejorado por medio de pacto o testamento (vid. Rebolledo Varela 2007: 959). La literalidad del precepto es meridiana, pero como señala Calvo Alonso *et al* (2007: 530), la regulación entra en juego, cuando no se ha producido la entrega de bienes, que supone otorgarle facultades dispositivas al mejorante.

C) El pacto de las apartaciones

El apartamento es una figura jurídica de arraiga tradición en ciertas zonas de Galicia, relacionada con el pacto de mejora de la que resulta su complemento. El apartamento es un negocio jurídico bilateral, oneroso e *inter vivos* por virtud del cual el apartado renuncia a la legítima futura a cambio de una atribución que recibe de presente del apartante (*vid.* García Rubio 2000: 1401-1409).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El apartamento, pacto sucesorio de *non succedendo* o renunciativo (*vid.* García Rubio 2000: 1398), consiste en la exclusión irrevocable de heredero forzoso a cambio de bienes concretos. No está recogido en la Compilación de 1963, a pesar de su larga práctica notarial (*vid.* Herero Oviedo 2011:1307). La Ley 4/1995, art. 134 supuso un pacto de renuncia de la legítima a cambio de bienes concretos o "pacto sucesorio por que el apartante entrega al apartado, de presente, unos determinados bienes a cambio de que éste renuncie a su eventual derecho legitimario" (*vid.* Lois Puente 1996: 89). La vigente Ley 2/2006 sigue conservando su función más genuina: "apartar a los herederos forzosos de la legítima (*vid.* Herrero Oviedo 2011: 1307), o, en opinión de Rebolledo Varela (2008: 963), su máxima consiste en la pérdida de la condición de legitimario, bien a través de una renuncia, bien como efecto legal de la apartación. Por otro lado estamos ante un pacto de características propias distinto al pacto de mejora, al de labrar y poseer, pues el heredero renuncia anticipadamente de la legítima como sus descendientes (linaje).

El art. 224 obliga al apartante a entregar bienes o derechos no sujeto a valor o independientemente de su valor que compense la legítima de la que tiene que renunciar el apartado, pues el art. 224 aclara que, si se abre la sucesión en el momento de formalizar el pacto, excluye irrevocablemente al legitimario.

Los arts. 224 a 227 del DCG regula "la apartación", segunda categoría de los pactos enumerados en el art. 209, que consiste en quien tenga la cualidad de legitimario en el momento de formalizarse el pacto, queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero en la herencia del apartante, a cambio de bienes concretos (*vid.* Álvarez Lata 2010: 573), o, como señala Busto Lago (2008: 540), estamos ante un anticipo de legítima, en donde el apartado queda excluido de la sucesión del apartante a cambio de bienes determinados. La STSJ de Galicia de 24-9-2012 (8) parece asumir este último criterio, cuando afirma que "la naturaleza jurídica del pacto de apartación consiste en un pacto aleatorio de anticipo de legítima".

El art. 224 del DCG tiene su antecedente legislativo en el derogado art. 134 y 135 de la LDCG, de análoga redacción, salvo lo relativo

(8) www.portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/184657/sentencia-ts

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a la exclusión "por sí y su linaje de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante" y que en el art. 134 se excluía "total y definitivamente cualquiera que sea el valor y en el momento de ser deferida", lo que hace pensar, en principio, que estamos ante un supuesto de exclusión definitiva a cambio de bienes determinados de cualquier clase, o, como lo expresa Lois Puente (1999: 89), "el apartamiento es un pacto sucesorio por el que el apartante entrega al apartado, de presente, unos determinados bienes a cambio de que éste renuncie a su eventual derecho legitimario". Es un contrato casual de prestaciones recíprocas en el que una de las partes atribuye bienes (apartante), y la otra renuncia a su legítima (apartado). Esta reciprocidad requiere capacidad de obrar y estar materializada en escritura pública (art. 135). Este pacto sucesorio genera reciprocidad de obligaciones, y está regulado por parte del apartante en el art. 225, cuando dice que este puede adjudicar al apartado bienes o derechos en pago de la apartación con independencia de su valor, apreciando a este respecto Busto Lago (2008: 540) que, en el supuesto de que no se adjudiquen bienes concretos, o no se detallen los bienes objeto de la apartación, no se determine su naturaleza, como tampoco su valor. El legislador de 2006 ha zanjado la polémica de antaño estableciendo que la aportación puede comprender bienes o derechos con independencia de su valor. Asimismo, el art. 226 admite el pacto en que el legitimario queda excluido no solo de su condición de heredero forzoso, sino también del llamamiento intestado.

En nuestro Código Civil es conocida la dicción del art. 816, en que todos los pactos sobre la legítima futura son nulos, siguiendo la orientación romana. Pero en el Derecho foral son varios los ordenamientos que admiten la renuncia de la legítima que en su día pueda corresponderle en la sucesión de sus ascendentes (*vid.* García Rubio 2000: 1398). Por último, el art. 227 de la Ley Civil gallega dice que, salvo pacto expreso, lo dado en apartación ha de traerse a colación, si el apartado o sus descendientes concurren a la sucesión con otros legitimarios. Sigue la legislación gallega un criterio de colación de bienes distintos al previsto en nuestro Código Civil. Ciertamente, el Derecho Civil de Galicia toma como valor de mercado el que resulte, cuando se pactó la apartación o en el momento de la perfección, con independencia de las posibles vicisitudes posteriores, todo ello sin perjuicio de la dispensa expresa del apartante (*vid.* Busto Lago 2008: 547-548).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

4.1.6. El legado de la empresa familiar en el Fuero Nuevo de Navarra

i) La Ley 246 del Fuero Nuevo (en adelante FN), es, posiblemente, el precepto que con mayor claridad regula el legado de universalidad, y que declara que le corresponde al legatario todos las cosas o derechos en el momento de fallecer el causante.

La ley 246 del FN tiene su origen en Las Instituciones de Justiniano (2,20,18), en la Compilación Privada de 1971, con cierta correspondencia con el art. 883 del Código Civil (*vid.* Arregui Gil 2001: 1185), además de su relación con el vigente art. 427-29 del Código Civil de Cataluña. Si bien en este último precepto apreciamos una notable diferencia, pues el antedicho art. 427-29, párrafo 1.º, del CCC describe el contenido del legado: casas, empresas u otros conjuntos unitarios de bienes o agregados de cosas que forman la unidad. En su párrafo 2.º, del mismo art. 427-29, añade que las relaciones de crédito y deuda hechas efectivas por el gravado le da derecho al reintegro a favor o en contra del legatario.

La ley 246 del FN no se pronuncia a ese respecto, estimando Egusquiza Balmaseda (2002: 728), que le es de aplicación la ley 242 del FN. Ciertamente, este precepto distingue entre el legado de eficacia obligacional o indirecta y el legado de eficacia inmediata, directa o real, en donde el legatario adquiere de pleno derecho la propiedad de la cosa legada, cuando es específica, determinada y propia del testador a la muerte del causante, estableciendo en la ley 243 del FN que "El legatario por sí solo no puede tomar la posesión de la cosa legada, sino que deberá exigirla de la persona gravada". Este criterio se corresponde con los arts. 882 y 885 del C.C., que "como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es preciso la entrega" STS de 21-4-2003 (AC 2003/513). El Fuero Nuevo establece una salvedad que se produce cuando el disponente lo hubiere autorizado (ley 243-1), que actúa como excepción dispositiva (*vid.* Arregui Gil 2001: 1176). En consecuencia, aunque la ley 246 del FN no lo diga, si el gravado hace efectiva las deudas del legado, le da derecho al reintegro en contra del legatario, salvo que el testador haya dispuesto que tome posesión del legado. En dicho caso, será al fallecimiento del causante, propietario y poseedor de la cosa legada.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La ley 246 del FN, al señalar que el legatario adquiere todo lo que forma la universalidad (bienes y derechos), se sigue la doctrina de la universalidad (*vid.* Arregui Gil 2001: 1186), cuya esencia está en la unidad o conjunto de agregados que la ley no los crea, sino los protege, cuando se producen (*vid.* Biondi 1961: 148). El conjunto universal no implica por la transmisión una nueva entidad, sino la misma relación jurídica, o, como escribe Biondi (1961: 150) la suma de las cosas forman un conjunto ideal, *universitas iuris,* en contraposición a la *universitas facti*, complejo patrimonial, heterogéneo, unificado por la permanencia a una persona determinada que puede comprender, como comenta Egusquiza Balmaseda (2002: 728), una empresa.

Si bien es cierto que no existe unanimidad en la doctrina a la hora de otorgar la naturaleza jurídica de la empresa como agregado universal, cuando se trata de transmitir por causa de muerte una empresa familiar, hay que acudir a las normas del Derecho Civil (*vid.* García Cantero 1973:791). En el caso que nos ocupa, la ley 246 del FN admite legar las cosas o derechos que en el momento de la muerte del causante forman parte del conjunto.

ii) Otra forma de transmitir la empresa familiar o lograr la unidad patrimonial es, como ocurre con el resto de los Derechos Forales, a través de los Pactos sucesorios, que el Fuero Nuevo se encarga de regular en el Título cuarto, Capítulo primero y segundo, leyes 172 a 183, ambas inclusive.

El pacto sucesorio de origen germano, proscrito en el Derecho Romano y en los países latinos, es una institución excepcional. Regulado en unos, como el alemán y el suizo, en otros, como en el español, que inicialmente aparece a través del sistema de apéndice en el Código Civil, aparece como una institución contractual (*vid.* Aizpún Tuero 2013: 595).

En el año 1973 la Comisión Compiladora de Derecho Navarro junto con la Comisión de Códigos del Estado Español formularon el texto definitivo de la Compilación Civil de Navarra. Una Ley de Prerrogativa de 1933 se utilizó para promulgar la Ley 1/1973, de 1 de marzo, que aprobó la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Posteriormente, por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, se modificó la Compilación de Derecho Civil Foral, quedando actualmente como Fuero Nuevo de Navarra (en adelante FN).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El pacto sucesorio de naturaleza jurídica contractual, bilateral, *mortis causa* e irrevocable, de regio abolengo y eficacia, coexiste con otras dos formas de deferir la sucesión: el testamento y el intestado, que se puede confundir con el testamento de hermandad, "el otorgado por dos o más personas que convienen en hacerlo en un solo acto o instrumento con las formalidades de los testamentos comunes" (*vid.* Aizpún Tuero 2013: 599), STSJ de Navarra de 19-5-2011 (RJ\2012\5915), o, como señala Luquín Bergareche (2011:1431-1434), negocio jurídico que no se hace depender de la muerte del causante, sino del pacto mismo, atribuyendo a título particular o estableciendo disposiciones recíprocas, de gran utilidad en la transmisión por causa de muerte en la empresa familiar.

La ley 149, párrafo 2.º, del FN enumera los modos de ordenar la sucesión, "donación "inter vicios o "mortis causa", pacto sucesorio, testamento y demás actos de disposición reconocidos por esta Compilación". Estos principios se aplican a la sucesión legal, ley 300 del FN, que declara que, siempre que no se haya dispuesto válidamente de toda la herencia o parte de ella por testamento, por pacto sucesorio o por cualquier otro modo de deferirse la sucesión conforme a esta Compilación".

La ley 172 principia que los pactos sucesorios son aquellos en que "se puede establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos de sucesión "mortis causa" de la herencia o parte de ella, en vida del causante de la misma". Este precepto responde a una concepción amplia de pacto sucesorio, que García-Granero (1998: 139) considera acertada y coherente. Pues con la fórmula empleada permite encuadrar las tres clases de pactos que el Fuero Nuevo regula: los pactos de *succedendo* o de institución, positivo o adquisitivo; los pactos de *non succedendo*, renunciativo o abdicativo, y los pactos de *hereditate tertii* o pacto dispositivo de la herencia de un tercero.

La ley 173 del FN establece los requisitos formales de los pactos sucesorios: los otorgantes han de ser mayores de edad, remitiéndose a la ley 78 sobre los requisitos para ser otorgados mediante capitulaciones matrimoniales. Además, la mencionada ley 173 añade el carácter personalísimo del pacto. No obstante, se podrá delegar en otra persona por medio de un poder especial. De dicho precepto destaca Mezquita del Cacho (2002: 529) que el requisito de la mayoría de edad como capacidad son necesarios, seguido de una excepción, si los pactos se acuerdan por medio de capítulos matrimoniales. Por

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

otro lado, el carácter personalísimo de un pacto no excluye la delegación especial por razón de materia. Para García-Granero (1998: 182) estamos ante un requisito general y una regla especial. El requisito general, tanto para el disponente como para el adquirente, es que ha de tener la mayoría de edad, lógica consecuencia de la irrevocabilidad (García-Granero 1998: 182-183). La regla especial para los pactos sucesorios, formalizados mediante capitulaciones matrimoniales ha de contener los requisitos de la ley 78. En cuanto al carácter personalísimo, no es tan absoluto, cuando admite que dicho pacto puede ser delegado (García-Granero 1998: 192). A pesar de su práctica notarial inveterada, la salvedad especial no recae en un apoderado, sino en un portador investido de un deber (García-Granero 1998: 193).

La ley 174 expresa los requisitos materiales: "Son nulos los pactos sucesorios no otorgados en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública". Ya desde antiguo los escribanos del Reino de Navarra exigían la escritura autorizada por escribanos públicos para la validez de los contratos sucesorios. El Fuero Nuevo asumió este criterio bajo la rúbrica "Formal", en la ley 174, quedando el pacto sucesorio, cualquiera que fuese su naturaleza, ha de constar en escritura pública, pues su inobservancia conlleva la nulidad de pleno derecho.

Concluimos esta primera parte con lo establecido en la ley 176, que establece: "Los pactos sucesorios se interpretarán e integrarán conforme a la costumbre del lugar y, supletoriamente, según las disposiciones de esta Compilación sobre otros actos de última voluntad". El precedente legislativo de este precepto está en la Recopilación Privada de 1971, que sin modificación alguna pasó al Fuero Nuevo (vid. García-Granero 1998: 207). Estableciendo dicho precepto un orden prelativo: la costumbre del lugar, y, supletoriamente, las disposiciones de esta Compilación (*vid.* García-Granero 1998: 207).

A) Pactos de institución

Los pactos de institución, positivo o adquisitivo *(pacta* de *succedendo)* están regulados en las leyes 177 a 183 del FN. Esta denominación tradicional del pacto sucesorio de institución se define "como aquel contrato por el cual el causante designa un heredero u ordena legados y modos". Es un concepto unitario que resulta del contrato sucesorio según el parágrafo 1941 del BGB, que en opinión de García-Granero (1998: 102 y 109), define el contrato de institución con exclusión de los restantes, como es el caso de la regulación

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

alemana (parágrafos 2274 a 2302 del BGB) y que asume un sector de la doctrina española. (9)

Bajo la rúbrica "contenido y clase", la ley 177 del FN define y delimita los pactos sucesorios, cuya norma detallada y completa no tiene otro objetivo que clasificar los pactos sucesorios por razón de su contenido (*vid.* Mezquita del Cacho 2002: 538). En consecuencia, las notas esenciales del contrato sucesorio adquisitivo son:

1. Pactos mortis causa

Los pactos sucesorios son negocios jurídicos contractuales otorgados *inter vivos,* pero con efectos *mortis causa.* Dicho así, señala García-Granero (1998: 109 y 141), que coincide plenamente con el testamento, pero en la práctica, añade Luquín Bergareche (2011: 1443), el contrato sucesorio puede tener efectos en vida del disponente; por el contrario, el testamento tiene efectos una vez fallecido el otorgante. Por ello, el testamento puede ser revocado en vida del testador, el contrato sucesorio por su propia naturaleza contractual es irrevocable.

2. El objeto ha de ser una sucesión futura

Como explica García-Granero (1998: 110 y 143), una condición necesaria y suficiente para que estemos ante un contrato sucesorio, ya sea un pacto institucional, de renuncia o dispositivo "es que ha de tener por objeto la ordenación total o parcial de la herencia de una persona que vive", pudiendo designar a un heredero u ordenar un legado. Pero se objeta que no todos los negocios, por los cuales se designa heredero (testamento o escritura pública), supone un pacto sucesorio, pues este ha de ordenar la sucesión futura de una persona o una herencia ya causada.

3. Acto bilateral o plurilateral

La esencia del testamento es que es un acto unilateral (manifestación de la voluntad, unilateral recepticia y revocable); por el contrario, el contrato sucesorio es bilateral e irrevocable (negocio jurídico bilateral y vinculante).

(9) Salinas Quijada, Francisco (1976): *Derecho Civil de Navarra,* VI-1.º, págs. 148-149, Pamplona, citado por García-Granero (1998:109); y Roca Sastre (1948: 341-342).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

4. Acto irrevocable

De la propia naturaleza del contrato sucesorio deriva la irrevocabilidad (*vid.* García-Granero 1998: 114 y 145), que se contrapone a la naturaleza unilateral del testamento, acto esencialmente revocable (*vid.* Luquín Bergareche (2011: 1444). Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 182, que dispone: "Los pactos sucesorios no podrán ser revocados ni modificados sin el consentimiento de todos sus otorgantes declarado en acto "inter vivos" o "mortis causa"". Con ello se declara que la irrevocabilidad de los pactos no es absoluta, sino puede ser revocado con las mismas formalidades con las que se creó.

A) Pacto de renuncia

También denominado *pactum non succedendo*, negativo o renunciativo. Es un pacto en virtud del cual el legitimario renuncia a los derechos de una herencia futura. Roca Sastre (1948: 342) lo define como "Aquel en que el legitimario, o el presunto heredero intestado o legítimo, renuncia anticipadamente a su derecho sucesorio mediante contrato celebrado con el causante"; a lo que objeta García-Granero (1998: 115) que dicho concepto es incompleto, pues se centra en la renuncia de los derechos que puede corresponderle al legitimario. No obstante, dentro de la amplitud de pactos que admite el Derecho navarro, García-Granero (1998: 147) lo conceptualiza "como aquellos por los cuales un heredero presunto conviene con el causante la renuncia formal e irrevocable a los derechos que, por disposición legal o voluntaria (testamento o contractual), al renunciante pueden corresponder en la futura sucesión *mortis causa* del propio consorte".

Los pactos de renuncia quedaron excluidos en el Derecho romano, pero en el Derecho medieval fue práctica generalizada la renuncia por parte de los hijos de su herencia futura. La Codificación inspirada en el modelo francés rechazó los pactos de renuncia, pero el Código Civil alemán (parágrafo 2346-2352), y el Código Civil suizo (arts. 495-497), regularon la renuncia por medio de pacto o contrato. La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra extendió la posibilidad de renunciar a distintas figuras jurídicas, pero en lo relativo a los pastos, la ley 172 del FN establece la posibilidad de renunciar a los derechos sucesorios por causa de muerte, a una herencia o a parte de ella. En este sentido, añade Mezquita del Cacho (2002: 526)

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que, a pesar de ser objeto de renuncia en la dicción de la mencionada ley 172, no están regulados en ella, ni en el Título cuarto que encabeza dicho precepto. Con ello, estima el autor (2002: 527) "que la renuncia puede referirse, por lo demás, tanto a disposiciones singulares como universales, únicas o plurales, otorgadas en contrato sucesorio y por excepción".

B) Pactos dispositivos de la herencia de un tercero

Pacta de hereditate tertii que define Roca Sastre (1948: 342) como: "El contrato que un heredero presunto o eventual celebra con un extraño (o con otro heredero eventual o presunto), adoptando ciertas estipulaciones relativas a la herencia de un tercero". Se trata de un pacto sobre herencia no abierta que, como señala García-Granero (1998: 116), abarca cualquier derecho sobre la herencia, cuyo objeto es modificar las distribuciones de la herencia que eventualmente pudieran recaer en cualquiera de los contratantes.

La ley 172 del FN *in fine* se encargó de establecer que "Cuando estos pactos impliquen cesión de tales derechos a un tercero será necesario el consentimiento del causante", remitiéndose a la ley 176 para su integración en las disposiciones generales sobre los contratos sucesorios (*vid.* García-Granero 1998: 165). A este respecto, añade Mezquita del Cacho (2002: 538) que el consentimiento a que alude la ley 172 es potencial del causante, es decir, expreso, coetáneo a la formalización del pacto, además de quedar subordinado a la sobrevivencia de las partes.

El Derecho romano admitió los pactos de renuncia en la época imperial. Concretamente, en el año 327 d. C. el emperador Constantino permitió dicho pacto consentido por los padres. El emperador Justiniano, en el 531 d. C. resuelve de modo análogo el reconocimiento de un pacto sobre la herencia futura. En la época medieval, el Derecho de Partidas declaró la nulidad de los pactos sobre la herencia futura, salvo convenio expreso entre caballeros (P. 5.ª, tít. 5.º, Ley 13.º). Los Códigos decimonónicos siguieron el modelo francés de prohibir los pactos sobre la herencia de un tercero, salvo el Código Civil alemán (parágrafo 312), que, a modo de excepción, los admite en la sucesión intestada. En el Código Civil suizo, art. 636, se declara nulo todo pacto futuro sin que medie consentimiento. La Compilación privada de 1971 recogió por primera vez la renuncia a la herencia futura y, de este modo, pasó al Fuero Nuevo

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

(ley 172), siguiendo la tradición del Derecho justinianeo de otorgar el consentimiento.

El pacto sobre herencia de un tercero es un negocio jurídico trilateral (*vid.* García-Granero 1998: 174), en donde intervienen el heredero presunto, que dispone a favor de un tercero; el adquirente, que puede ser un coheredero; y el causante, quien ha de consentir el pacto entre el heredero presunto y el adquirente. Pero la ley 172 del FN no precisa el momento, si es *ab initio* o, si, por el contrario, posteriormente. Mayoritariamente, la doctrina, afirma Luquín Bergareche (2011:1449), se muestra partidaria de que el consentimiento es inicial, de forma expresa y ante capitulaciones matrimoniales o escritura pública.

4.1.7. Los pactos sucesorios en el Derecho Civil Foral del País Vasco

La Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 30 de julio de 1959 fue sustituida por la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral de País Vasco (en adelante LDCFPV). Posteriormente se amplió por la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley de Derecho Civil del País Vasco (en adelante (LDCPV), que con las necesarias adaptaciones a las necesidades actuales, forman un Cuerpo legal constituido por un Título Preliminar y tres Libros aplicables a Vizcaya, Álava y Guipúzcoa. Esto supuso, como señala Imaz Zubiaur (2006: 194), el renacimiento de la sucesión paccionada.

El Capítulo cuarto del Título tercero, arts. 74 a 83 y 179 a 188, regula los Pactos sucesorios. Dicha regulación se aproxima al sistema germano, en donde prevalece la concepción patrimonialista (vid. Imaz Zubiaur 2011: 1474). Además, se configura como un negocio jurídico *mortis causa* que abarca y unifica la transmisión generacional de la explotación familiar. La Exposición de Motivos de la LDCPV destaca que "se trata de abarcar la regulación por ley de la costumbre más arraigada en el mundo rural guipuzcoano, como es la transmisión familiar del caserío indiviso […] debidamente actualizado, a fin de hacer posible que el agricultor transmita el caserío, incluso en vida, a algunas o algunas de sus descendientes o ascendientes, con certeza de los derechos y obligaciones que estos adquieren".

En Derecho romano clásico se institunalizó el testamento como acto de última voluntad unilateral y revocable. Incompatible con las

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

formas contractuales de transmisión de la herencia (*vid.* Monasterio Azpiri 1954: 515-516). Fue en el Derecho intermedio cuando se fijó la regla del pacto *in instituendo,* que en el Derecho germano se denominó sucesión contractual o heredero por contrato.

Los pactos sucesorios, escribe Monasterio Azpiri (2007: 127), suponen "un instrumento de delación sucesorio adicional al testamento y al legal, bajo la forma de donación". Su incorporación al sistema civil debe entenderse como un modo de disposición de la herencia de arraigo en el País Vasco. Así que, desde antaño el testador podía distribuir su patrimonio sin necesidad de esperar a su fallecimiento. De este modo, se espiritualizó de generación en generación la transmisión en vida de los bienes por medio del pacto sucesorio recogido en escritura pública de capitulaciones matrimoniales (*vid.* Monasterio Azpiri 2007: 128).

El art. 27 de la LDCFPV describe las formas de designar sucesor en los bienes: "por testamento, por ley, por pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o escritura de donación", precepto que puesto en relación con el art. 74 reduce a tres las formas de sucesión contractual: capitulaciones matrimoniales, pacto en escritura pública y donación. No obstante, Asúa González (1996: 212) observa que el art. 27 debió establecer una categoría genérica y abstracta de pacto sucesorio: el testamento, la ley y los pactos. En esta última están incluidas las capitulaciones matrimoniales. Añade a este respecto Imaz Zubiaur (2006: 209) que el pacto sucesorio es la única mención que cabe añadir al testamento y a la ley; ya que, los capítulos son un negocio que acompaña o integra el pacto y la donación es un auténtico pacto sucesorio.

La Ley 3/1992 bajo el epígrafe "Los pactos sucesorios" ordenó las formas sucesorias de naturaleza autónoma e independiente a través del pacto, el testamento y la ley, sin recoger la vecindad civil única, y ofreciendo en lo concerniente a los pactos sucesorios tres normativas perfectamente diferenciadas: arts. 27 y 74 relativas a Bizkaia y el 179 para Gipuzkoa [esta última en vigor por la Ley 3/1999, de 26 de noviembre] y para Álava el art. 134, de análoga redacción al texto compilado de 1959 (*vid.* Imaz Zubiaur 2011: 1478).

Los arts. 74 y 179 de la LDCPV proporcionan un concepto funcional de pacto sucesorio: "Mediante capitulaciones matrimoniales, donación o pacto otorgado en escritura pública, se puede disponer la sucesión en bienes de los otorgantes, bien a título universal o

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

particular, con las modalidades, reservas, sustituciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que se acuerden. Los otorgantes podrán, asimismo, ordenar la transmisión actual de todos los bienes presentes, o parte de ellos, o bien diferirla al momento de la muerte". Este precepto tiene su antecedente en el art. 11 de la Compilación de 1959. Concretamente, en su primera parte se puede sustituir por la expresión "Los pactos sucesorios" (*vid.* Celaya Ibarra 1997: 309). Por otra parte, la redacción resulta confusa, debido a que como señala Imaz Zubiaur (2010: 2), la expresión "sucesión en bienes" conlleva una proximidad al sistema germano basado en la concepción patrimonialista de la herencia. Por tanto, la alusión a las capitulaciones matrimoniales y la donación se deben entender como soporte de la ordenación sucesoria. De este modo, los pactos sucesorios llevan dos notas esenciales: a) naturaleza *mortis causa,* que, como ha puesto de manifiesto Monasterio Azpiri (2007: 132), la naturaleza por causa de muerte del pacto, aunque en el supuesto de presente produce efectos *inter vivos*, no altera la naturaleza del pacto *mortis causa*; b) la irrevocabilidad, que supone una consecuencia de su carácter contractual. Los pactos no pueden ser revocados unilateralmente, sino de común acuerdo entre las partes que inicialmente lo pactaron, todo lo contrario al supuesto testamentario, que por su propia naturaleza, puede ser revocado unilateralmente por la voluntad de quien lo creo.

De este modo, queda regulado el pacto institucional de Vizcaya (arts. 74 a 83), Álava recoge el pacto sucesorio en forma de donación (art. 134) y Guipúzcoa (arts. 179 a 188) regula la disposición en vida del caserío guipuzcoano.

El pacto de institución se configura, dice Monasterio Azpiri (2007: 122), como un modo de delación sucesoria adicional al testamento (arts. 27, 74, 134 y 179 de la LDCFPV), atribuyendo al sucesor la cualidad de heredero o legatario que puede optar por dos modalidades: a) pacto sucesorio con eficacia de presente (arts. 77 y 181), que es aquel en que se produce la transmisión de la titularidad en el momento de formalizar la escritura pública, o, como señala Monasterio Azpiri (2007: 133), queda fortalecida la posición del instituido (art. 77). Añade el mencionado precepto que el pacto será en interés de los instituyentes, de la familia y de la explotación de los bienes con las limitaciones pactadas, salvo pacto en contrario (arts. 77, 180-1.º y 181). El pacto con eficacia de presente no pierde su

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

carácter sucesorio por el hecho de designarse sucesor de una titularidad de bienes, antes de fallecer el atribuyente (*vid.* Imaz Zubiaur 2006: 234); b) pacto sucesorio con eficacia *post mortem* (arts. 78, 180-1.º y 182), que es cuando el instituido accede a la herencia una vez fallecido el instituyente, o, como expone Monasterio Azpiri (2007: 133), la eficacia del así instituido consiste en otorgar la cualidad de sucesor o heredero contractual, añadiendo para este tipo de pacto los arts. 78 y 182 de la LDCFPV, por el que los bienes serán considerados inalienables e inembargables. Si el designado es un descendiente que va a contraer matrimonio, este podrá disponer a título gratuito por actos *inter vivos* o *mortis causa* a favor de sus hijos o descendientes. Esto responde a que el heredero testamentario tiene una expectativa de futuro y, como tal, puede ser revocado unilateralmente por el causante; por el contrario, el heredero contractual ostenta, además de la cualidad de heredero, de un derecho actual que garantiza otro eventual (*vid.* Celaya Ibarra 1997: 325). Ambos pactos pueden materializarse conforme a lo dispuesto en el art. 74 de la LDCFPV, con las modalidades, reservas, sustituciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que se acuerde. Todo ello será de forma *ad solemnitatem*, requisito indispensable de eficacia de los pactos sucesorios, que ya la legislación foral y el Derecho compilado de 1959 recogió y los vigentes arts. 27 y 74 de la LDCFPV de igual modo establece.

El designado en el pacto sucesorio deja sin efecto cualquier disposición testamentaria anterior sobre los propios bienes (art. 75-1.º). No obstante, dicha disposición podrá modificarse o resolverse por un nuevo pacto (art. 75-2.º). Se remite a lo establecido en los arts. 79 y 185 de la LDCPV, que prevén los supuestos de revocación del designado. En su primer apartado contempla la posibilidad de revocar por las causas pactadas que así hayan establecido las partes. Existen supuestos excepcionales, pues, además del expuesto, la norma establece: 2. Por incumplimiento grave de las cargas y condiciones establecidas; 3. Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación; 4. Por conductas del instituido que impida la normal convivencia familiar; 5. En los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los instituidos, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención a ese matrimonio.

De tal manera que, el causante, ante los supuestos descritos ejerce la correspondiente acción judicial para proceder a la des-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

titución del instituido. Por otro lado, los art. 80 y 186 regulan los supuestos de resolución de los pactos: por cumplimiento de la condición resolutoria, por fallecimiento y por acuerdo entre los otorgantes. Estos supuestos conllevan la pérdida *ope legis* de la cualidad de sucesor contractual por parte del instituido. Además deberá abonar, en el plazo de un año, el valor de las mejoras e impensas (art. 81). Por último, si se produce la premoriencia del instituido, se transmitirá sus derechos a sus hijos o descendientes (art. 83-1.º), a excepción de que se diera la mencionada premoriencia, pero sin descendencia. En este caso, accede a los bienes pactados el instituyente (art. 83-2.º).

INDICE DE SENTENCIAS

STS 11-12-1913	Colección legislativa, tomo 46.º, p. 938, Gaceta de 17-6-1914
STS 26-10-1928	Colección legislativa, tomo 103.º, serie 141, parte 8.º, pp. 603-619.
STS 13-3-1943	(RJ\1943\308)
STS 22-2-1946	(RJ\1946\254)
STS 23-3-1946	(RJ\1946\478)
STS 3-6-1947	(RJ\1947\903)
STS 10-2-1950	(RJ\1950\194)
STS 19-5-1951	(RJ\1951\1618)
STS 5-2-1954	(RGD 1955: 951)
STS 19-5-1954	(RJ\1951\1618)
STS 29-5-1963	(RJ\1963\3589)
STS 23-2-1971	(RJ\1971\1344)
STS 5-3-1971	(RJ\1971\1203)
STS 7-12-1971	(RJ\1971\5154)
STS 13-12-1971	(RJ\1971\5453)
STS 2-3-1972	(RJ\1972\894)
STS 7-6-1975	(RJ\1975\3263)
STS 9-6-1981	(RJ\1981\2518)
STS 8-10-1984	(RJ\1984\4765)
STS 17-6-1985	(RJ\1985\3277)
STS 20-6-1986	(RJ\1986\4558)
STS 7-7-1986	(RJ\1986\4416)
STS 7-11-1986	(RJ\1986\6217)
STS 13-10-1987	(RJ\1987\6937)
STS 15-12-1989	(RJ\1989\8832)
STS 9-5-1990	(RJ \1990\3696)

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

STS 30-11-1990 (RJ\1990\9290)
STS 22-3-1991 (RJ\1991\2428)
STS 6-6-1991 (RJ\1991\4421)
STS 27-6-1991 (RJ\1991\4631)
STS 13-2-1992 (RJ\1992\842)
STS 25-5-1992 (RJ\1992\4378)
STS 29-9-1992 (RGD 1993, 588: 9254-9255)
STS 16-3-1995 (RJ\1995\2659)
STS 25-1-1996 (RGD 1996. 621: 7238-7241)
STS 21-5-1997 (RJ\1997\4235)
STS 27-6-2000 (AC 1041/2000)
STS 21-4-2003 (AC 513/2003)
STS 7-7-2003 (RJ\2003\3079)
STS 28-9-2005 (RJ\2005\154)

SAP de A Coruña de 23-3-1985 (AC 1954/1866)
SAP de Asturias de 30-9-2004 (EDJ 2004/150999)

STSJ de Galicia de 29-1-2000 (RJ\2000\4236)
STSJ de Asturias de 16-5-2001 (JUR\2001\213665)
STSJ de Galicia de 26-3-2002 (RJ\2002\6976)
STSJ de Navarra de 19-5-2011 (RJ\202\5915)
RDGRN de 24-5-1930 (RJ\1930\8065)
RDGRN de 19-5-1947 (RJ\19471044)
RDGRN de 25-5-1971 Carretero García *et al* (1067: 257)
RDGRN de 19-9-2002 (RJ\2002\9937)
RDGRN de 9-3-2009 (RJ\2009\1861)
RDGRN de 13-4-2009 (BOE núm. 109, de 5-5-2009)

BIBLIOGRAFIA

Adame Martínez, Miguel Ángel (1995): "Sentencia de 20 de diciembre de 1994", *C.C.J.C.* 38: 653-665.

— (1996): *Asunción de deuda en Derecho civil,* Granada: Editorial Comares.

Aizpún Tuero, Rafael (2010): "El pacto sucesorio en el Derecho Civil navarro", *Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés,* www.derechoaragones.es

Albaladejo García, Manuel (1969): *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán),* Madrid: Editorial Tecnos.

— (1998): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 12.°, vol. 1.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial RDP.

Albaladejo García, Manuel (2003): *La mejora*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad.

Albiñana García-Quintana, César (1999): "La *Empresa familiar: Notas in-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

troductorias", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 12: 7-20.

Algarra Prats, Esther (2005): "Capítulo V De*l régimen de participación",* Régimen Económico del Matrimonio (Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial), coordinados por Joaquín Rams Albesa y José Antonio Moreno Martínez, Madrid: Editorial Dykinson.

Alonso Espinosa, Francisco José (2012): "La empresa familiar como problema", *BIB 2012\749,* www.westlawes.es*,* pp. 1-23.

Alonso Pérez, Mariano (2003): "Sobre el legado y sus rasgos esenciales", Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo, coordinado por Antonio Cabanillas Sánchez *et al,* tomo 4.°, Derecho Civil, Derecho de Sucesiones y otras materias, 1.ª edición, Navarra: Thomson Cívitas.

Alonso Sánchez, Beatriz (1989): "La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988)", *A.D.C.* 42 (fascículo 3.º): 979-1021.

Alpañés, Enrique (1953): "La delegación de la facultad de mejorar", *R.G.L.J.* 194: 273-331.

Álvarez Joven, Arturo: "El aspecto contractual de la asunción de deuda", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura,* 1: 291-326. www.dialnet.unirioja.es/servlet/ficheroarticulo (12-7-1012).

Álvarez Lata, Natalia (2010): "Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación", *La familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro,* coordinado por Ángel Luis Rebolledo Varela, Madrid: Editorial Dykinson.

Amorós Guardiola, Manuel (1963): "La garantía patrimonial y sus formas", *R.G.L.J.* 232: 561-592.

Asúa González, Clara I. (1996): "Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco". ww.navarra.es /appsext/descargafichero.

Azurza, P.J. (1950): "Notas sobre novación", *R.D.P.* 34 590-615.

Badenas Carpio, Juan Manuel (2001): "Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar", *A.C.* 3: 1-19.

Badosa Coll, Fernando (1970): "La intercesión de la mujer casada catalana. Comentario al art. 322 de la Compilación", *R.J.C.* 69: 477-527.

Barcelló Doménech, Javier (2005): "Capítulo IV De la sociedad de gananciales*. Sección primera. Disposiciones generales",* Régimen Económico del Matrimonio (Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial), coordinados por Joaquín Rams Albesa y José Antonio Moreno Martínez, Madrid: Editorial Dykinson.

Bayod López, María del Carmen (2011) "Pactos sucesorios en Aragón", *Tratado de Derecho de Sucesiones. (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco),* dirigido por María del Carmen Gete-Alonso Calera y coordinado por Judith Solé Resina, tomo 1.º, 1.ª ed., Pamplona: Thomson Reuters.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Bello Janeiro, Domingo (2006): "Los pactos sucesorios en el Derecho Civil Gallego", *Galicia: Derecho,* coordinado por Francisco Rodríguez Iglesias, vol. 50.º, Universidad de la Coruña.

Bermejo Pumar, María Mercedes (2001): *El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge)*, Madrid: Colegio Notariales de España.

Binder, Julius (1953): *Derecho de Sucesiones*, traducido de la 2.ª edición alemana y anotado conforme al Derecho español, por José Luis Lacruz Berdejo, Barcelona: Editorial Labor.

Biondi, Biondi (1961): *Los bienes,* traducción de la 2.ª edición italiana, revisada y ampliada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Broseta Pont, Manuel (1965): "La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil", *R.C.D.I.* 444-445: 603-630.

— (1968): "La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento", *R.D.M.* 107: 59-106.

Busto Lago, José Manuel (2007): "Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de julio, de Derecho civil de Galicia", *R.C.D.I.* 706: 517-578.

Calvo Alfageme, Álvaro (1943): "La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", *A.A.M.N.* 1: 511-558.

Calvo Meijide, Alberto (2001): "Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos", *A.C.* 4: 1261-1275.

Cámara Lapuente, Sergio (2011): *Código Civil Comentado*, dirigidos por Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, coordinado por Sergio Cámara Lapuente *et al,* vol. 1.º, Navarra: Thomson Reuters

Camy Sánchez-Cañate, Buenaventura (1975): "De la Dirección general de los Registros y del Notariado", *R.D.P*. 49: 71-74.

Cano Martínez de Velasco, José Ignacio (2003): *La asunción de deuda,* Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Cardona Guash, Olga Patricia (2011): "Los Pactos Sucesorios en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares", *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco),* dirigido por María del Carmen Gete-Alonso Calera, coordinado por Judith Solé Resina, Pamplona: Thomson Reuters.

Carrasco Perera, Ángel (1992): *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía,* Madrid: Distribuciones La Ley.

Carrasco Perera, Ángel, Cordero Lobato, Encarna y Marín López, Manuel Jesús (2008): *Tratado de los Derechos de Garantía,* 2.ª edición, Pamplona: Thomson Aranzadi.

Casillas Bueno, José Carlos y Vázquez Sánchez, Adolfo (2005): *"Órganos de gobierno de la empresa familiar* II*", Manual de la Empresa Familiar,* Juan Corona (Editor), Barcelona: Ediciones Deusto.

Chico y Ortiz, José María (1994): "La publicidad efecto y la publicidad noticia", *R.D.P.* 78: 145-155.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Celaya Ibarra, Adrián (1997): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 26.°, Madrid: Editorial RDP.

— (1998): *Curso de Derecho Civil Vasco,* Bilbao: Universidad de Deusto.

Cerdá Albero, Fernando (2004): "La empresa familiar: una noción relativa", *El buen Gobierno de las Empresas Familiares,* Francisco Vicent Chuliá *et al,* 1.ª edición, Navarra: Thomson-Aranzadi.

Cristóbal Montes, Ángel (1973-74): "La llamada novación modificativa en el Derecho Civil español", *Temis,* 1167-1217.

Curiel Lorente, Fernando (2010): "La sucesión de la empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos sustantivos", [ponencia] componentes María Ángeles Parra Lucán y Juan Antonio Yuste González de Rueda, www.derechoaragones.es.

Dávila García, Julián (1959): "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. (Aspectos más importantes)", *A.A.M.N.* 3: 569-596.

De Cossío y Corral, Alfonso (1940): "La Teoría del Patrimonio", *Separata de la Universidad Hispalense,* 125-156*,* Sevilla.

— (1943): "La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular", *A.A.M.N.* 1: 187-206.

De la Cámara Álvarez, Manuel (1964): *Centenario de la Ley del Notariado, Sección tercera (Estudios jurídicos varios)*, vol. 1.º, Madrid.

— (1983): "El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de mayo de 1981", *A.R.A.J.L.* 11: 127-171.

De la Rica y Arenal, Ramón (1976): *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario,* tomo 2.°, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios.

De los Mozos, José Luis (1962): "La adquisición de la posesión en los legados", *A.D.C.,* 15 (fascículo 4.°): 865-920.

De Rovira Mola, Alberto (1958): voz: *Fianza, N.E.J.* 9: 689-736, Barcelona.

Del Pozo Carrascosa, Pedro (2011): "Pactos Sucesorios en Cataluña" *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco),* dirigidos por María del Carmen Gete-Alonso Calera, coordinado por Judith Solé Resina, Pamplona: Thomson Reuters.

Del Vas González, Juana María (2010): "Régimen económico matrimoniales y Empresa familiar", *Régimen jurídico de la Empresa Familiar,* coordinado por Mercedes Sánchez Ruiz, 1.º edición, Madrid: Thomson Reuters.

Díaz Bautista, Antonio (1980): "Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación justinianea", *A.H.D.E.* 50: 683-698.

Díaz Cruz, Mario (1951): *Los legados,* Madrid: Instituto Editorial Reus.

Díaz Fuentes, Antonio (1995): "Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa", *A.D.C.* 28 (fascículo 4.°): 877-909.

Díez Ballesteros, Juan Alberto (1997): *La empresa individual en el régimen de gananciales,* Madrid: Editorial Montecorvo.

Díez Picazo, Luis (1980): "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", Estudios de Derecho Privado, Madrid: Editorial Cívitas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Díez Picazo, Luis (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias,* 6. ª edición, vol. 2.º, Navarra: Thomson Cívitas.

Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1992): *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* vol. 4.°, 2.ª reimpresión, 6.ª edición, Madrid: Editorial Tecnos.

Díez Soto, Carlos Manuel (2010a): "El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar", *R.E.F.* 1: 24-33.

— (2010b): "El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica", *Régimen jurídico de la Empresa Familiar,* coordinado por Mercedes Sánchez Ruiz, 1.º edición, Madrid: Thomson Reuters.

— (2010c): "La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones", *Régimen jurídico de la Empresa Familiar,* coordinado por Mercedes Sánchez Ruiz, 1.º edición, Madrid: Thomson Reuters.

Domínguez Luelmo, Andrés (1989): *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Madrid: Editorial Tecnos.

Domínguez Reyes, Juan Faustino (2010): *La transmisión de la herencia*, Barcelona: Editorial Atelier.

Domínguez Rodrigo, Luis María (1982): "El artículo 831 del C.C. ante la doctrina de la ratio *decidendi"*, *R.G.D.* 459: 1813-1824; (1983): 460-461: 3-11; 462: 298-314; 463: 522-533; 464: 762-776; 466-467: 1274-1279; 468: 1516-1522.

Doral García, José Antonio (1996): "Posesión y Empresa", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez,* tomo 1.º, 1.ª edición, Madrid: Editorial Cívitas.

D'Ors, Álvaro (1992): *Derecho Privado Romano,* Pamplona: Ediciones Universitarias de Navarra, S.A.

Egea Fernández, Joan (2007): "Protocolo familiar y pactos sucesorios", *InDret,* www.indret.com,1: 2-36.

Egea Ibáñez, Ricardo (1982): "Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del Código Civil", *R.C.D.I.* 552: 1281-1308.

Espín Cánovas, Diego (1979): "La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil español", *R.D.P.* 63: 309-318.

Fairen Martínez, Manuel (1962): "Patrimonio y responsabilidad patrimonial", *R.D.N.* 36: 241-313.

Fernández del Pozo, Luis (2008): *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral,* 1.ª edición, Madrid: Thomson Civias.

Fernández-Tresguerres García, Ana (2002): "Protocolo familiar; un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar", *R.D.S.* 19: 89-113.

— (2004): "La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (I) y (II). La sociedad limitada nueva empresa", *R.J.E.* 1: 1666-1676 y 1: 1678-1689.

Fernández-Tresguerres García, Ana (2008): *Transmisión mortis causa de*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar, 1.ª edición, Navarra: Thomson Aranzadi

Fernández Gimeno, José Pascual (1999): *Problemas de la transmisión de la empresa familiar,* Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernández Gimeno, José Pascual y Reyes López, María José (2000): *La empresa familiar,* Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernández-Novoa, Carlos (1965): "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", *R.D.M.* 93: 7-40.

Ferrara, Francisco (1948): "Naturaleza jurídica de la hacienda mercantil", traducción J. Navas, *R.D.P.* 32: 957-981.

Ferrer Vanrell, María Pilar (2009): "Los Protocolos Familiares y la Ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios (1)", 12: 1375-1406.

Florensa i Tomás, Carles Enric (2005): "La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 813 del C.C. Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia.

Font i Segura, Albert (2009): "La ley aplicable a los pactos sucesorios", *InDret (Revista para el análisis del Derecho),* 2: 1-28, www.indret.com

Fosar Benlloch, Enrique (1963): "La explotación agrícola y el párrafo 2.° del artículo 1.056 del Código Civil", *A.D.C.* 16 (fascículo 2.°): 377-422.

— (1971): "Más sobre el artículo 1.056,2 del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar", *R.C.D.I.* 483: 225-271.

Fuentes Martínez, Jesús Julián (2010): "La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio", *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales,* coordinado por Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estevil, tomo 1.º, 1.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.

Gálvez Criado, Antonio (2006): "Líneas históricas de la novación subjetiva por el cambio de deudor con especial referencia al Derecho Castellano", *Revista de estudios históricos-jurídicos,* 28: 159-185.

— (2007): *La asunción de deuda en el Derecho Civil. Asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos,* Valencia: Tirant lo Blanch.

Gallego Domínguez, Ignacio (2012): "La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica", *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de empresa familiar,* 14: 1-44, Universidad de Córdoba.

Gallo, Miguel Ángel (1995): "Órganos de gobierno de la empresa familiar", *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP,* dirigido Víctor Manuel Garrido de Palma, Navarra: Editorial Cívitas.

García Cantero, Gabriel (1973): "Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil", *R.C.D.I.* 497: 789-810.

— (1974): "Asunción de deuda acumulativa o de refuerzo (Sentencia de 3 de diciembre de 1971: R.A. 5154)", *R.G.L.J.* 65: 780-781.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

García Cantero, Gabriel (1988): "Sentencia de 30 de diciembre de 1987", *C.C.J.C.* 16: 81-90.
— (1995): "Transmisión *mortis causa* de la empresa familias", *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP,* dirigido Víctor Manuel Garrido de Palma, Navarra: Editorial Cívitas.
— (2001): "Venta en garantía, retracto convencional y conversión del negocio (Comentario a la STS de 16 de abril de 2001)", *R.J.N.* 39: 353-365.
García-Arango y Díaz-Saavedra, César (1967): "Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón", *R.C.D.I.* 462:1291-1340.
García Garrido, Manuel (1957-58): "El senadoconsulto Veleyano", *A.H.D.H.* 27-28: 1268-1271.
García Goyena, Florencio (1974): *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Zaragoza.
García-Granero, Juan (1949): "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora", *R.D.P*. 33: 805-830.
García-Granero Fernández, Juan (1998): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 37.º, vol. 1.º, Madrid: Editorial RDP.
García Herrera, Vanessa (2011): "La sucesión en la empresa familiar", *R.C.D.I*. 726: 1927-1959.
García-Bernardo Landeta, Alfredo (2006): *La legítima en el Código Civil*, 2.ª edición, Madrid: Colegio Notariales de España.
García Pérez, Carmen L. (2010): "Notas al artículo 831 del Código Civil", La familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro, coordinado de Ángel Luis Rebolledo Varela *et al,* Madrid: Editorial Dykinson.
García Rubio, María Paz *(1989): Distribución de toda la herencia en legados (Un supuesto de herencia sin heredero),* 1.ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
— (2000): "El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego*", A.D.C.* 53 (fascículo 4.º): 1397-1481.
— (2008): "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", *A.D.C.* 61 (fascículo 1.º): 58-112.
García Valdecasa, Guillermo (1969): "La sucesión en las deudas a título singular", Estudio de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas, tomo 2.º, Pamplona: Editorial Cívitas.
Garrido de Palma, Víctor Manuel (1976): "Visión notarial del artículo 831 del Código Civil", Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre, tomo 3.º (365-392), Barcelona: Editorial Bosch.
— (1978): "Oportunidad de un Derecho Sucesorio agrario", vwvw.magrama.qob.es/ministerio, págs. 51-72. (12-4-2012).
— (2004): "Los nuevos artículos 831 y 1056, 2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones", Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

coordinado por José M. González Porras y Fernando P. Méndez González, tomo 1.º (2021- 2030), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Garrido de Palma, Víctor Manuel (2006): "La familia empresaria. Su protocolo", *A.A.M.N.* 44: 97-123.

— (2010): "La familia empresarial ante el Derecho. Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa y Estudios sociales*", *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales,* coordinado por Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estevil, tomo 1.º, 1.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.

Garrigues, Joaquín (1962): "La empresa desde el punto de vista jurídico", separata del libro "La empresa", Madrid: *Instituto de Estudios Políticos,* págs. 115-138.

Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (1989): "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria", Homenaje al profesor Juan Roca Juan, Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad.

— (1990): "Sentencia de 4 de noviembre de 1990", *C.C.J.C.* 24: 1179-1191.

Gil Nogueras, Luis (2002): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 34.º, vol. 1.º, Madrid: Editorial RDP.

Giménez Duart, Tomás (1994): *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre,* coordinado por Lluis Jou i Mirabent, tomo 2.º, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Ginés Castellet, Nuria (2011): "Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación", *A.C.* 5: 1-62, www.laleydigital.es

Girón Tena, José (1946): "Jurisprudencia comentada, STS 23 de marzo de 1946", *R.D.M.* 3: 475-492.

Gomá Lanzón, Ignacio (2010): "El protocolo familiar", *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales,* coordinado por Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estevil, tomo 1.º, 1.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.

González Bou, Emilio (2005): "Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa", El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, dirigidos por Martín Garrido Melero y Josep M.ª Fugardo Estevill, tomo 2.º, Barcelona: Editorial Bosch.

González Palomino, José (1946): "El acrecimiento de la mejora", *A.A.M.N*. 2: 501-573.

Guilarte Zapatero, Vicente (1990): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel Albaladejo García, tomo 23.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial RDP.

Gutiérrez Jerez, Luis Javier (2004): "La adquisición y la renuncia de los legados", Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, coordinado por José M. González Porras y Fernando P. Méndez González, tomo 1.º (2317-2233), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Hernando Cebriá, Luis (2001): "La transmisión de la empresa a través de distintos contratos (Especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2000", *R.D.M.* 242: 1871-1942.

Huerta Trólez, Antonio (2004): "La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio", *R.J.N*., 50: 93-138.

Iglesias, Juan (1992): *Derecho Romano. Historia e Instituciones,* 10.ª edición revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo, Barcelona: Editorial Ariel.

Iglesias Redondo, Julio Ignacio (1999): "Pactos sucesorios", *Manual de Derecho Civil gallego,* coordinado por José Manuel Lete del Rio *et al,* Madrid: Editorial Colex.

Imaz Zubiaur, Leire (2006): *La Sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco,* Madrid: Marcial Pons.

— (2010): "Pacto sucesorio". *Auñamendi Eusko Entziklopedia, Bernardo Estornés Lasa Fondoa,* www.euskomedia.org/aunamendi/152182/137371.

Infante Ruiz, Francisco (2004): *Las garantías personales y su causa,* Valencia: Tirant lo Blanch.

Jordano Barea, Juan Bautista (1953): "Asunción de deuda. Sentencia de 10 de febrero de 1950", *A.D.C.* 3 (fascículo 3.º): 1372-1382.

Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang (1963): *Derecho Privado Romano,* traducción de la 2.ª edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona: Editorial Labor.

Lacruz Berdejo, José Luis (1953): *Anotaciones del Derecho de Sucesiones de Julius Binder,* traducción de la 2.ª edición alemana y anotada conforme al Derecho español, Barcelona: Editorial Labor.

Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís (1988): *Elementos de Derecho civil V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona: Editorial Bosch.

Lacruz Berdejo, José Luis *et al* (2009): *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones,* 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Editorial Dykinson.

Laguna Ibáñez, Fernando (1958): "La delegación en el Derecho Civil español" *Temis,* 3: 157-178.

Lasierra Gómez, Ignacio (2004): "La legítima en el Derecho civil aragonés", 1: 1-17, *Cuadernos Lacruz Berdejo,* www.derecho-aragones.net.

Latorre, Ángel (1970): "Algunas observaciones sobre los arts. 321 y 322 de la Compilación. Senadoconsulto Veleyano y Auténtica *si qua mulier*", *R.J.C.* (extraordinario): 115-135.

Lois Puente, José Manuel (1996): *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995,* Madrid: Consejo General del Notariado.

López Beltrán de Heredia, Carmen (1989): *La conmutación de la legítima*, Madrid: Editorial Tecnos.

— (2005): "El artículo 831 del Código civil", *A.D.C*. 58 (fascículo 3.°): 1116-1152.

López Frías, María Jesús (2007): "La delegación de la facultad de mejorar

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del artículo 831 del Código Civil", Protección del patrimonio familiar, coordinado por Francisco Javier Sánchez Calero *et al,* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

López Jacoiste, José Javier (1961): *La mejora en cosa determinada*, Madrid: Editorial RDP.

López Sánchez, Manuel Ángel (1983): "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981", *R.J.C.* 3: 51-83.

Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro (1980): "La forma anónima y su adaptación a la pequeña y mediana empresa", *A.A.M.N.* 24: 147-191.

Lucas Fernández, Francisco (1997): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 20.º, vol. 1.º B, 3.ª edición, Madrid: Editorial RDP.

Manresa y Navarro, José María (1973): *Comentarios al Código Civil español*, 8.ª edición revisada y puesta al día por Luis Martínez Calcerrada, tomo 6.º, vol. 2.º, Madrid: Editorial Reus.

Marín Castán, Francisco (2000): *Comentario del Código Civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 5.º, Barcelona: Editorial Bosch.

Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos *et al,* (2011): *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones,* 3.ª edición, Madrid: Editorial Colex.

Martínez Cortés, Jesús (2005): "La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés", El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, dirigidos por Martín Garrido Melero y Josep M.ª Fugardo Estevill, tomo 4.º, Barcelona: Editorial Bosch.

Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis (1992): "El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencial del Tribunal Supremo", *La Ley* 3: 817-832.

Miguélez del Rio, Carlos (2011): "La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión", www.dialnet.uniroja.es/servlet/fichero-archivo, 12: 71-89.

Millán Salas, Francisco (2003): "La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código civil", *A.C*. 4: 1179-1197.

— (2006): "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil", *R.G.L.J*. 3: 403-434.

Miñambres Puig, Cesar (1995): voz: *Empresa, E.J.B.* tomo 2.º, 1.ª edición (págs. 2724-2727), Madrid.

Molina Manchón, Hipólito y Rienda García, Laura (2005): *"Órganos de gobierno de la empresa familiar* I*", Manual de la Empresa Familiar,* Juan Corona (Editor), Barcelona: Ediciones Deusto.

Monasterio Azpiri, Itziar (1988): "La sucesión contractual", *Cuarta Jornada Vizcaya ante el Siglo XXI,* tomo 2.º, Diputación Provincial de Vizcaya.

— (1994): *Los pactos sucesorios en el Derecho Vizcaino. Colección de textos Forales,* vol. 4.º, Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia.

— (2007): "Pactos sucesorios y Sucesión intestada", *B.A.V.D.* 4:127-145.

Morell, José (1893): *"Mejoras" R.G.L.J.* 83: 259-288, 557-583; (1894): "Mejoras" *R.G.L.J.* 84: 143-157, 314-325.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Nanclares Valle, Javier (2008): "Aspectos jurídicos de la sucesión en la empresa familiar"", www.revistajuridicaonline.com, págs. 1-22.

Navas Navarro, Susana (2009): "El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya", *InDret (Revista para el análisis del Derecho),* 2: 1-35, www.indret.com.

O'callaghan Muñoz, Xavier (1971): "La inoficiosidad legitimaria", *R.J.C.* 1: 255-302.

— (1988): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo 29.º, vol. 1.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial RDP.

— (2008): *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*, 6.ª edición, Madrid: La Ley.

Oertmann, Paul (1923): "Transmisión de obligaciones", traducción del alemán por W. Roces, *R.D.P.* 10: 99-117.

Oliver Sola, María Cruz (2002): "La fianza. Estudio comparativo en Derecho romano, en el Código Civil español y en el Fuero Nuevo de Navarra", *Boletín de la Facultad de Derecho de Navarra* 19: 95-134.

Ordóñez Armán, Francisco *et al* (2007): *Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de julio y Ley 10/2007, de 28 de mayo,* Francisco Ordóñez Armán, Victor Peón Rama y Victor Vidal Pereiro, 1.ª edición, vol. 1.º, Madrid: Consejo General del Notariado.

Ossorio Morales, Juan (1957): *Manual de Sucesión Testada,* Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Palazón Garrido*, María Luisa (2003): La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil,* Valencia: Tirant lo Blanch*.*

Pantaleón Prieto, Fernando (1984): "Título 3.°, Capítulo 2.° De la Herencia (arts. 841-847)", *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, dirigidos por Manuel Amorós Guardiola *et al*, vol. 2.°, Madrid: Editorial Tecnos.

Parra Lucán, María Ángeles (2009): "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *A.F.D.U.D.C*. 13: 481-554.

Pau Pedrón, Antonio (2001): *Esbozo de una Teoría General de la Oponibilidad,* Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Paz-Ares, Cándido (2003): "El *enforcement* de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez,* 5: 19-43.

Pelayo Hore, Santiago (1967): "Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón", *A.D.C.* 20 (fascículo 4.º): 819-865.

Peña Bernaldo de Quirós, Manuel (1991): *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Paz-Ares, Bercovitz, Diez Picazo y Salvador Coderch, tomo 2.°, Secretaría General, Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

Pérez Giménez, María Teresa (2008): "El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria", www.westlaw.es *BIB 2008\2691,* 18: 1-11.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Polo, Eduardo (1972): "La transmisión *"mortis causa"* de la empresa en el Derecho Catalán. Sus diferencias respecto del Código Civil", Separata de la *R.D.M*., 7-39.

Polo Díez, Antonio (1943): "Jurisprudencia del T.S., Sentencia de 13 de marzo de 1943", *R.D.P.* 27: 317-321.

Puig Brutau, José (1954): *Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Ludwig Enneccerus,* 11.ª edición revisada por Henrich Lehmann, traducción de la 35.º edición alemana. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blás Pérez González y José Algüer, vol. 1.º, Doctrina general, 2.ª edición al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

— (1956): *Fundamentos de Derecho Civil,* tomo 2.º vol. 2.º, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

— (1960): "El testamento del empresario", *R.D.P.* 44: 845-858.

— (1978): voz: *Mejora, N.E.J.* 16: 248-270, Barcelona.

— (1991): *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo 5.º, vol. 3.º, 5.ª edición, revisada y puesta al día, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Puig Ferriol, Lluis (1996): "Asunción de deudas", *Derecho de obligaciones,* dirigidos por Jesús Corbal Fernández, 1: 325-358, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Rams Albesa, Joaquín (1989): "La empresa en la sociedad de gananciales", *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia: Servicio de Publicaciones.

— (1992): *La sociedad de gananciales,* Madrid: Editorial Tecnos.

Real Pérez*, Alicia (1988): Intangibilidad cualitativa de la legítima,* Madrid: Editorial Cívitas.

Rebolledo Varela, Ángel Luis (2008): *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de julio,* coordinado por Ángel Luis Rebolledo Varela *et al*, Pamplona: Editorial Aranzadi.

Reverte Navarro, Antonio (2004): "Sucesión *"mortis causa"* en la empresa y sucesión legitimaria (Notas al nuevo artículo 1056.II del Código Civil)", Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

Rey Portalés, Juan Manuel (1982): "Comentario a "vuelapluma" de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de felicitación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (CONCLUSIONES)", *R.C.D.I.* 550: 569-599.

— (1983): "Resoluciones y Sentencias. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *R.C.D.I*. 557: 969-987.

Reyes López, María José (2003): "Retomando las ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar", Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Diez-Picazo, coordinado por Antonio Cabanillas Sánchez *et al,* tomo 4.º, Derecho Civil, Derecho de Sucesiones y otras materias, 1.ª edición, Navarra: Thomson Cívitas.

— (2010):"El patrimonio del empresario familiar individual", *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales,* coordinado por Mar-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estevil, tomo 1.º, 1.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.

Reyes López, María José y Buigues Oliver, Gabriel (1996): "Notas para un estudio histórico crítico de la fianza", *A.D.C.* 49 (fascículo 3.º): 1451-1508.

Rivas Martínez, Juan José (1992): *Derecho de Sucesiones. Común y Foral,* tomo 2.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.

Rivero Fernández, Manuel (2011): *Código Civil Comentado*, dirigidos por Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, coordinado por Sergio Cámara Lapuente *et al,* vol. 1.º, Navarra: Thomson Reuters.

Robles Álvarez de Sotomayor, Alfredo (1947): "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", *R.C.D.I.* 233: 585-599.

— (1956): voz: *Empresa, N.E.J.,* 8: 404-417, Barcelona.

Roca Guillamón, Juan (2004): "Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil. Ley 41/2003" Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, coordinado por José M. González Porras y Fernando P. Méndez González, tomo 2.° (4279-4301), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Roca Sastre, Ramón María (1952): "La unidad de la empresa en el impuesto de derechos reales", *RDFHP*, 5: 359-384.

— (1976): Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Theodor Kipp, *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo 5.°, vol. 1.°, traducción de Helmut Coing, 2.ª edición al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

— (1988): "El patrimonio", *Estudios varios,* Madrid: Instituto de España.

Roca Sastre, Ramón María y Puig Brutau, José (1948): "Responsabilidad por débito ajeno", *Estudios de Derecho Privado I, Obligaciones y contratos,* vol. 1.º, Madrid: Editorial Revista RDP.

Roca Sastre, Ramón María *et al* (2008): *Derecho Hipotecario*, 9.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.

Roca-Sastre Muncunill, Luis (1980a): "La vida jurídica de la empresa individual", *R.D.N.* 107: 145-253.

— (1980b): "Adaptación de forma societaria por las pequeñas y medianas empresas", *A.A.M.N.* 24: 47-85.

— (1994): *Derecho de Sucesiones*, tomo 3.°, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Rodríguez Aparicio, Jorge Alberto (2004): "Protocolo familiar", *El buen Gobierno de las Empresas Familiares,* Francisco Vicent Chuliá *et al,* 1.ª edición, Navarra: Thomson-Aranzadi.

Rodríguez Aparicio, Jorge Alberto y Agustín Torres, Carmelo (1999): "*La Empresa familiar y el Derecho Civil: Aspectos matrimoniales y sucesorios*", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 12: 39-104.

Rodríguez Díaz, Isabel (2007): "El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitarias y española al Real Decreto 117/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares", *R.D.M.* 266: 1123-1157.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Rojo, Ángel (2001): *Curso de Derecho Mercantil,* Estudio colectivo realizado por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez *et al,* tomo 1.º, Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial, reimpresión, Madrid: Editorial Cívitas.

Romero Vieitez, Manuel Antonio (1936): *La mejora*, Madrid: Editorial RDP.

Royo Martínez, Miguel (1951): *Derecho Sucesorio "mortis causa",* Sevilla: Editorial Edelce.

Ruano Borrella, Juan Pablo (1986): "Resolución de 19 de marzo de 1986 (B.O.E. de 23 de abril)", *R.C.D.I.* 575: 1241-1248.

Rueda Esteban, Luis (2003): "La modificación del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil", *C.D.C*. 39: 105-140.

— (2005): "La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil", El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, dirigidos por Martín Garrido Melero y Josep M.ª Fugardo Estevill, Barcelona: Editorial Bosch.

Ruggiero, Roberto (1979): *Instituciones de Derecho Civil,* traducción de la 4.ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, tomo 1.º, Introducción y parte general, Madrid: Instituto Editorial Reus.

Saiz López, Victoriano (1996): "Las garantías personales en Derecho romano justinianeo", *Anales de la Universidad de Alicante,* 6: 197-216.

Sánchez Calero, Francisco Javier (1991): *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Paz Ares, Bercovitz, Díez Picazo y Salvador Coderch, tomo 1.°, Secretaría General, Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio del Ministerio de Justicia.

Sánchez-Crespo Casanova, Antonio J. y Sánchez Sánchez, Alberto Marcelino (2001): *La empresa familiar: Manual para empresarios,* Bilbao: Ediciones Deusto.

Sánchez Ruiz, Mercedes (2010): "Introducción. Una aproximación jurídica a las empresa y las sociedades familiares", *Régimen jurídico de la Empresa Familiar,* Carlos Manuel Díez Soto *et al,* 1.º edición, Madrid: Thomson Reuters.

Sancho Rebullida, Francisco de Asís (1962): "La novación de las obligaciones en el Derecho español", *R.C.D.I.* 404-405: 1-22.

Sanz Fernández, Ángel (1945): "La reforma de la Ley Hipotecaria", *R.D.P.* 29: 1-29.

Sáenz de Santa María Tínture, Ignacio (1950): "Notas sobre los albaceas y contadores partidores. Analogías y diferencias", *A.D.C*. 3 (fascículo 2.°): 385-440.

Scaevola, Quintus Mucius (1945): *Código civil. Comentado y concordado extensamente y totalmente, revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca,* tomo 15.° 4.ª edición, Madrid: Instituto Editorial Reus.

Schulz, Fritz (1960): *Derecho Romano Clásico,* traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Seco Caro, Enrique *(1960): Partición y mejora encomendadas al cónyuge*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

viudo (Estudio sobre el artículo 831 del C.c. español), Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Segura de Lassaletta, Ramón (2004): "Gobierno estable de la empresa familiar", *El buen Gobierno de las Empresas Familiares,* Francisco Vicent Chuliá *et al,* 1.ª edición, Navarra: Thomson-Aranzadi.

Serrano Cañas, José Manuel (2010): *"Los protocolos familiares en el Real Decreto 171/2007 ¿Hacia la eliminación de los tipos societarios?, Morosidad, Aplazamiento de pago y Empresa familiar,* dirigidos por Juan Ignacio Font Galán y Luis María Miranda Serrano, Sevilla, Academia Sevillana del Notariado.

Serrano de Nicolás, Ángel (2010): "Planificación sucesoria: el testamento en la sucesión anómala y las transmisiones parasucesorias", *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales,* coordinado por Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estevil, tomo 1.º, 1.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.

Sierra Pérez, Isabel (2007): "La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003, 2695", *Revista de Derecho Patrimonial*, 19: 89-124.

Simó Santoja, Vicente L. (1980): "Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa", *A.A.M.N.* 24: 125-146.

— (2005): *La planificación sucesoria, un medio para evitar conflictos empresariales. El testamento: una herramienta básica, 2.° encuentro de la empresa familiar*, Instituto Valenciano para el estudio de la empresa familiar *IVEFA*, 2.ª edición, Valencia.

Sopena Tomás, Joaquín (1954): "El pacto sucesorio en el Alto Aragón", *R.D.P.* 37: 734-783.

Storch de Gracia y Asensio, José Gabriel "Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español", *R.J.E.* 4: 1089-1116.

Torralba Soriano, Vicente (1984): "Capítulo 4.° De la Sociedad de gananciales (arts. 1344-1374)", *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, dirigidos por Manuel Amorós Guardiola *et al*, vol. 2.°, Madrid: Editorial Tecnos.

Torres García, Teodora (2006): "Una aproximación al artículo 1.056.II Código Civil (Posible sucesión mortis causa de la empresa)", Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, vol. 2.°, 1.ª edición, Navarra: Thomson-Cívitas.

Vallet de Goytisolo, Juan (1947): "Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1056 y del art. 863 del Código Civil", *R.G.D*. 27: 673-676.

— (1948a): "Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1056 y del art. 863 del Código Civil", *R.G.D*. 28: 2-6.

— (1948b): "Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios", *R.D.P*. 32: 315-348.

— (1954): "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", *A.A.M.N.* 8: 7-140.

— (1970): "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", *A.D.C*. 23 (fascículo 1.°): 9-121.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1973): "El complemento de la legítima", *A.D.C.* 26 (fascículo 1.°): 3-120.
— (1982a): *Panorama del Derecho de Sucesiones I, Fundamentos*, Madrid: Editorial Cívitas.
— (1982b): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, tomo 11.°, 2.ª edición revisada y aumentada, Madrid: Editorial RDP.
— (1991a): *Comentario del Código Civil*, dirigidos por PAZ ARES, BERCOVITZ, DIEZ PICAZO y Salvador CODERCH, tomo 1.°, Secretaría General, Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio del Ministerio de Justicia.
— (1991b): "Constitución testamentaria de sociedad anónima entre los descendientes del causante en el Derecho Común español", *A.A.M.N.* 30: 565-603.
VALLET MAS, Luis María (1980): "El empresario creador y el futuro de su empresa", *A.A.M.N.* 24: 195-279.
VATTIER FUENZALIDA, Carlos (1983): "El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudio de los artículos 841 y 844 del Código Civil", *R.D.P*. 53- 478.
VÉLAZ NOGUERUELA, José Luis (2005): "Especial problemática de la empresa familiar", *BIB 2005\1279,* www.westlawes.es, pp. 1-4.
VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra (2003): *La mejora en el Código Civil español*, Madrid: Editorial Dykinson.
VERDERA SERVER, Rafael (2003): "Algunas consideraciones sobre el incumplimiento del modo testamentario impuesto al heredero: una comparación entre el Código Civil y el Codi de Successions", Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo, coordinado por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ *et al*, tomo 4.°, Derecho Civil, Derecho de Sucesiones y otras materias, 1.ª edición, Navarra: Thomson Cívitas.
VICENT CHULIÁ, Francisco (2000): "Organización jurídica de la sociedad familiar", *R.D. Patrimonial.* 5: 21-48.
— (2008): "La publicidad del protocolo familiar", *R.J.C.* 1-51-90.
VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (1979): "Algunos aspectos de la regulación de la sucesión "mortis causa" en el Código Civil español, que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias", *R.D.P.* 63: 546-558.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LA DACIÓN EN PAGO Y OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO; EN PARTICULAR, LA EXPROPIACIÓN TEMPORAL DE USO DE LA VIVIENDA HABITUAL

Irene Aznar Sánchez-Parodi
Graduada en Derecho
Universidad de La Laguna

Resumen: La crisis económica ha afectado especialmente a los particulares que no han podido asumir el pago de las cuotas de su préstamo hipotecario. Por ello, es necesario que se implanten medidas encaminadas a garantizar la protección de los deudores. La dación en pago plantea diversos inconvenientes; estas dificultades han hecho necesario buscar nuevas alternativas que se basan en la expropiación temporal del derecho de uso de la vivienda habitual. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional deben de reputarse compatibles con nuestra Constitución.

Abstract: The economic crisis has affected especially the property owners who have not been able to pay the monthly loan rate in the cases in which the loan was guaranteed with a mortgage over a house. Due to this reason, it has been necessary to establish some kind of measures to ensure the debtors'protection. The *datio in solutum* implies several problems and such difficulties have led to the search for new alternatives, which consist on the possibility to temporarily expropriate the right of use over a house. In the eye of the Constitutional Court jurisprudence this mechanism should be considered compatible with our Constitution.

Palabras clave: protección del deudor hipotecario, dación en pago, expropiación temporal de uso

Keywords: debtor's protection, *datio in solutum*, temporary expropriation of the right of use

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

I. SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO ANTE LA CRISIS ECONÓMICA

II. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN
1. Dación en pago: ventajas e inconvenientes
1.1. Introducción
1.2. Ventajas
1.3. Inconvenientes
A) La pérdida de la vivienda habitual
B) Limitaciones de carácter objetivo y subjetivo
C) Disponibilidad de las partes: ausencia de imperatividad
D) La subsidiariedad
E) Inexistencia de mecanismos específicos que garanticen la tutela jurisdiccional
F) Posible aumento de morosidad
G) Irretroactividad
1.4. Recapitulación
2. Otras posibilidades
2.1. Introducción
2.2. Antecedentes
2.3. Contenido de las medidas propuestas
2.4 Reparos de constitucionalidad

III. CONCLUSIONES

I. SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO ANTE LA CRISIS ECONÓMICA

La crisis económica se ha asentado en casi la totalidad de los sectores del país, afectando especialmente a los particulares, que han perdido o se ven amenazados por la posible pérdida de su vivienda habitual como consecuencia de impago de las cuotas del préstamo hipotecario.

Esta situación es de sobra conocida no solo a través de los medios de comunicación, sino que también ha quedado patente en numerosos foros y estudios realizados por la doctrina, no olvidando

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

asimismo los datos ofrecidos por el CGPJ y el INE. Así, nos encontramos con un panorama que ha convulsionado los cimientos de la concepción del Estado de Bienestar que ha caracterizado las sociedades occidentales europeas luego de la última posguerra, lo que supone un claro riesgo de involución del grado de cohesión de las condiciones de vida de los ciudadanos.

En este contexto ha de apuntarse que el impacto de la crisis financiera se extiende sobre casi la totalidad del mercado inmobiliario y con especial crudeza sobre la vivienda habitual. Las causas de esta crisis económica son ya conocidas y pueden condensarse en dos ideas clave: por un lado el estallido de la burbuja inmobiliaria, con el consecuente desplome del sistema financiero, y por otro las malas prácticas bancarias a través de la oferta de productos financieros de alto riesgo como participaciones preferentes (1), swaps o el establecimiento de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario. Ello no es más que un reflejo de la actuación de mala fe de las entidades bancarias, que no solo especularon a costa del pequeño inversor, sino que se aprovecharon del hecho de que los particulares desconocían el funcionamiento de los productos bancarios y el futuro desarrollo de la economía mundial.

(1) Según Pulido Begines, ADICAE establece que entre 1999 y 2011 bancos y cajas españoles vendieron cerca de 30000 millones en esas participaciones a sus clientes sin informarles de las consecuencias que podría ocasionar su inversión. Pulido Begines, J. L., "El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MiFID", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 130/201, Madrid, 2013. Este fenómeno queda reflejado en recientes pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales españoles. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2014 (JUR 2014\59089) determina que resulta inocua la calificación concreta del negocio jurídico concertado entre las partes, pues lo relevante es que el test de conveniencia o de idoneidad se ha verificado de una forma puramente ritual y formularia que no es suficiente para entender que se ha suministrado una información veraz y objetiva que abarcase todos los riesgos de la operación que se contrata. También podría citarse la sentencia JPI de Villalpando de 7 de enero de 2014 (AC 2013\2035), que pone el acento en la necesidad de una actuación diligente por parte de las entidades bancarias estableciendo que la diligencia exigible a la entidad bancaria es la propia de un empresario ordenado y, no se olvide, la de un representante leal a la hora también de defender los intereses de sus clientes, por lo que resulta difícil predicar dicha lealtad de quien realiza recomendaciones inadecuadas al interés de sus clientes.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A ello ha de añadirse la propia actuación de los particulares. La compra de un inmueble supone la principal decisión de inversión de la unidad familiar española (2), recurriendo en casi la totalidad de las ocasiones a la solicitud de un préstamo bancario que les permita obtener una vivienda. Si bien durante las últimas décadas los españoles suscribieron de forma progresiva un volumen importante de préstamos hipotecarios, lo que dio lugar a un sobreendeudamiento disfrazado que, de algún modo, se destapó con la crisis que asola a nuestro país desde el año 2008, sin embargo, ha de recalcarse que en cierta medida esta conducta fue potenciada por las propias entidades bancarias, con el fin de obtener financiación a través de la titulización hipotecaria, recurriendo para ello a la facilidad de concesión de préstamos a un interés no muy alto, a personas cuya capacidad para afrontar su devolución no siempre se estudiaba a fondo y a una agresiva publicidad para destacar artificiosamente sus atractivos al español de clase media.

Esta situación ha dado lugar a diversas consecuencias entre las que cabe destacar: la restricción en la concesión de nuevos préstamos, lo que supone la caída libre del sector inmobiliario y de otra parte, el sobreendeudamiento en el que se encuentran los particulares-consumidores afectados (3), lo que desemboca en la pérdida de la vivienda habitual por impago del préstamo hipotecario.

Por lo que se refiere a la restricción de la concesión de préstamos, debe de tenerse en cuenta que supone un auténtico bloqueo de los mercados bancarios, ya que las entidades bancarias se han visto desnaturalizadas al no cumplir su vocación final, que es la de conceder préstamos que permitan el mantenimiento del aparato financiero. Este fenómeno se presenta como una barrera que dificulta la recuperación de los mercados, situación que incluso ha empeora-

(2) Así lo determina el Libro Blanco sobre integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE que establece que "Los mercados de crédito hipotecario constituyen una parte significativa de la economía de Europa, como demuestra el hecho de que el saldo vivo de crédito hipotecario para la adquisición de vivienda represente el 47 % del PIB de la UE". http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0807:ES:NOT (página visitada por última vez el 10 de febrero de 2014).

(3) Álamo González, D. P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias: el control judicial del equilibrio contractual* , Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 14.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

do a lo largo del año 2013 (4). Se observa, pues, que a pesar de la necesidad de restringir la temeridad de las entidades bancarias en sus operaciones financieras para crear un sistema sólido, seguro y responsable (5), no hay que olvidar que es necesario garantizar la apertura o, al menos, el correcto funcionamiento del mercado con el fin de no agravar la situación en la que nos hallamos.

Desde hace ya un tiempo se venía advirtiendo la nociva incidencia de la elevación del umbral de endeudamiento de las familias sobre el sistema financiero, ya que el mayor endeudamiento supone un aumento de la carga financiera, y reduce la capacidad de respuesta del sector financiero frente a diversas variaciones de tipos de interés, su renta o del valor de sus activos (6). En este contexto se ha producido un alto porcentaje de impagos que tiene su origen directo en la crisis económico-financiera o, más bien, en los efectos producidos por la misma [el paro (7) y la caída en picado de la Bolsa

(4) El Informe de Estabilidad Financiera del Banco de España de mayo de 2013 establece que se ha producido una caída de los créditos concedidos a las personas físicas del 5,6 % en tasa interanual, frente a una caída del 3,6% en 2012 durante el mismo mes. http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinanciera/13/IEF-Mayo2013.pdf (página visitada por última vez el 10 de febrero de 2014).

(5) Comunicado de prensa de la Comisión Europea de 29 de enero de 2014 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-85_es.htm (página visitada por última vez el 10 de febrero de 2014).

(6) A. DEL RÍO, *El endeudamiento de los hogares españoles*, Banco de España, Servicio de Estudios Documento de Trabajo núm. 0228, p. 3.

(7) Aunque la crisis haya comenzado en el año 2008, la situación de paro se ha agravado por momentos y no ha experimentado recuperaciones de carácter significativo. Según el Informe del Instituto Nacional de Estadística del cuarto trimestre de 2013, la ocupación baja en 65000 personas este trimestre hasta un total de 16758200 y la tasa de paro ha subido cinco centésimas hasta 26,03 %. Aunque, afortunadamente, Canarias se encuentra entre las Comunidades Autónomas que ha crecido la ocupación con respecto al anterior trimestre (22000). Fuente: INE http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0413.pdf (página visitada por última vez el 10 de febrero de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

más grave conocida desde el crack del 29], unido a otra serie de factores como enfermedades, fallecimiento de alguno de los sujetos de la unidad familiar, crisis familiares (8) o el acogimiento de personas mayores o dependientes (9).

Todo ello ha supuesto la puesta en marcha de un alto porcentaje de procedimientos de ejecución (10) que han desembocado, en el peor de los casos, en la adjudicación de la vivienda habitual del deudor (11) o que concluyen en la dación en pago de la vivienda

(8) En el marco de la crisis ha sido objeto de discusión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia la naturaleza de las cuotas hipotecarias en los casos de divorcio. Hemos tenido que esperar a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011\939), que sienta doctrina determinando que las cuotas hipotecarias no constituyen una carga del matrimonio sino que se trata de una carga de la sociedad de gananciales, por lo que las cuotas hipotecarias deberán de satisfacerse al acreedor hipotecario por mitad, aunque no es difícil encontrar sentencias en las que los magistrados de las Audiencias han intentado atemperar el peso que supone esta obligación para uno de los cónyuges.

(9) Tomillo Urbina, J. L. , "Algunas soluciones jurídicas a las crisis económicas de las familias", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 811/2010.

(10) Según datos extraídos del informe del CGPJ de junio de 2013, en el año 2012 se registraron 65.778 certificaciones de inicio de procedimientos de ejecución hipotecaria sobre vivienda relativos a titulares personas físicas, el 74,8 % de ellos correspondientes a primeras viviendas. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/Datos_de_la_Justicia/Conciliacion_de_datos_sobre_ejecuciones_hipotecarias_y_desahucios__N_35__junio_2013_ (página visitada por última vez el 11 de febrero de 2014).

El informe de los Registradores de la Propiedad relativo al Panorama registral de los impago hipotecarios de vivienda de 2012 establece que ese año se expidieron 65.778 certificaciones de inicio de procedimiento de ejecución hipotecaria sobre vivienda relativos a titulares personas físicas. Las comunidades autónomas con mayor número de procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados en el 2012 fueron Andalucía (13,177), Cataluña (12.123), Comunidad Valenciana (11.607) y Comunidad de Madrid (6.885), es decir, las que tradicionalmente tienen mayor actividad http://www.registradores.org/detalle_nota_prensa.jsp?DS48.PROID=21679 (página visitada por última vez el 30 de abril de 2014).

(11) La estadística del CGPJ refleja que 2012 se registraron 38.976 adjudicaciones por ejecución de hipoteca sobre vivienda relativas a titulares personas físicas, correspondiendo el 77,1 % a primera vivienda.http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/Datos_de_la_Justicia/Conciliacion_de_datos_sobre_ejecuciones_

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

(12) para la extinción de la obligación. Esto supone la pérdida de la vivienda habitual de buena parte de los deudores, que no han podido hacer frente al pago de las cuotas de su préstamo hipotecario, y que, en el caso de que no haber podido podido cubrir la totalidad de la deuda, se ven encadenados a una obligación de larga duración debido a la responsabilidad universal que prevé el artículo 1911 CC, que en este caso se concreta en el artículo 105 de la LH.

Ante esta situación excepcional, se requieren medidas excepcionales, lo que ha supuesto la actuación inmediata de los poderes públicos desde una perspectiva nacional, comunitaria y supranacional encaminada a garantizar la estabilidad financiera, reconstruir el modelo de Estado de Bienestar y, lo que es más importante, evitar que la crisis económica se convierta en una crisis social, garantizando así el derecho a la vivienda que proclama el artículo 47 de la Constitución Española y que va más allá de un concepto individualista de propiedad, configurándose como un derecho inherente a la

---

hipotecarias_y_desahucios__N_35__junio_2013_ (página visitada por última vez el 11 de febrero de 2014). En cambio, el Banco de España a través de un vanguardista informe (nunca el Banco de España había elaborado una estadística relativa a los procedimientos de ejecuciones hipotecarias) de mayo de 2013 determina que las viviendas habituales entregadas durante el 2012 serían 32.490, de las cuales 14.165 serían entregas judiciales. http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/es/notabe10-05-13.pdf (página visitada por última vez el 12 de febrero de 2014).

Según el Colegio de Registradores de la propiedad en 2012 se registraron 38.976 adjudicaciones por ejecución de hipoteca sobre viviendas relativas a titulares personas físicas. La comparación con la cifra de procedimientos de inicio de ejecución hipotecaria (65.778) muestra la evolución en el paso de una situación a otra, que no tienen por qué estar vinculadas de forma automática. Así, http://www.registradores.org/detalle_nota_prensa.jsp?DS48.PROID=21679(página visitada por última vez el 30 de abril de 2014).

(12) Las daciones en pago de vivienda durante el año 2012 fueron 14.229. Las daciones en pago ofrecen el mismo panorama geográfico de mayor impacto en Madrid, Cataluña, Andalucía y Valencia, poniendo de manifiesto que han representado una solución en un número suficientemente significativo de casos como para pensar que se utilizan de forma más o menos habitual a lo largo del territorio español. http://www.registradores.org/detalle_nota_prensa.jsp?DS48.PROID=21679 (página visitada por última vez el 30 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

existencia humana (13). Así, se observa que la respuesta, más o menos afortunada, ante esta situación ha sido total y con total nos referimos a que nadie ha quedado indiferente ante este fenómeno.

Por parte de los Estados y organizaciones supranacionales la respuesta ha sido inmediata. No es objeto de este trabajo realizar un estudio exhaustivo de la política llevada a cabo por el orden internacional público en materia de regulación de los mercados, si bien es necesario tener en cuenta que en el mundo de globalización en el que nos hallamos es de vital importancia tomar en consideración la intervención internacional en esta materia para lograr así una mejor contextualización de la situación en la que se encuentra el deudor hipotecario español. Así, desde una perspectiva internacional, las principales medidas acordadas para hacer frente a la situación económica en la que nos hallamos versan sobre el control del mercado, lo que en una palabra podría resumirse en el término supervisión. La Unión Europea se ha adjudicado el papel fiscalizador en el ámbito comunitario, lo que resulta una auténtica novedad, pues hasta ahora el control era ejercido aisladamente por los Estados miembro (14). Su labor culmina con la publicación del Informe Larosiere de 25 de febrero de 2009 (15), que tiene como principal fin determinar un ámbito de control de los mercados. Por lo que respecta a Estados Unidos, el presidente estadounidense Barack Obama ha apostado igualmente por una técnica de control, sobre todo a partir de la reforma operada por la denominada Dodd-Frank Act en el año 2010, que tiene como principal fin garantizar la integración financiera y establecer cauces de protección de los consumidores de productos financieros. Para el logro de este último objetivo se ha producido la

(13) Carácter que destaca García Martínez, A. en 2003 en el comentario al artículo 47 de la Constitución Española del Portal del Congreso de los Diputados. Actualizado por Sieira, S. en 2011 http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=47&tipo=2 (página visitada el 12 de febrero de 2014).

(14) De Hoces Íñiguez, J. R., "La nueva arquitectura europea para la regulación y la supervisión financiera" Monografías Coediciones Aranzadi. *Las reformas de las sociedades cotizadas y del sistema financiero 2008-2009*. Enero de 2014.

(15) http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/09/May/Fic/ief0316.pdf (página visitada por última vez el 12 de febrero de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

creación de una nueva agencia reguladora llamada *Bureau of Consumer Financial Protection* (BCFP), cuya finalidad última es la consecución de la protección de los consumidores de servicios financieros (16).

Por lo que respecta a las entidades bancarias, de forma paradójica han sido las principales causantes de la crisis y han participado de forma activa en los remedios que se han previstos por las autoridades nacionales y supranacionales. Ello se debe a los intereses en juego, ya que las entidades bancarias son vitales para el sostenimiento de nuestro sistema económico, lo que significa que en el fondo dependemos de las mismas. De ahí, el "rescate" del que tanto hemos oído hablar en los diversos medios de comunicación y que no es otra cosa que lo que indica el propio término: el rescate de las entidades bancarias del desplome y, con ello, el rescate de nuestra economía (17).

En lo que atañe a la respuesta social, no debemos de olvidar que esta crisis es una crisis económica, pero una crisis económica que afecta de manera muy directa a la sociedad. Así, se han creado una pluralidad de asociaciones en aras de paliar o combatir, desde el punto donde se mire, los signos más crudos de la situación. Entre estas entidades hay que destacar la labor humana realizada por Plataforma de Afectados por la Hipoteca (18) y Stop Desahucios,

---

(16) Accesible a través del siguiente enlace: http://www.consumerfinance.gov/ (página consultada por última vez el 1 de junio de 2014).

(17) En estos momentos existe una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y de empresas de inversión, y por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/37/CE, 2011/35/CE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 , Bruselas, 06.06.2012, COM (2012) 280 final, 20120159 (COD). Esta propuesta tiene tintes muy similares a la Dodd-Frank Act americana. http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=201699 (página visitada por última vez el 14 de febrero de 2014).

(18) Su actividad ha supuesto que se le haya concedido el Premio Ciudadano Europeo 2013. http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/content/20130920AVI20414/html/Entrega-del-Premio-Ciudadano-Europeo-2013 (página visitada por última vez el 15 de abril de 2014). Puede consultarse la página Web de la Plataforma en el siguiente enlace http://afectadosporlahipoteca.com/ (página visitada por última vez el 24 de febrero de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que han intentado ofrecer la mejor ayuda y asistencia a las familias afectadas por el estallido de la burbuja inmobiliaria.

Tampoco hay que olvidar en este contexto la labor desempeñada por diversas entidades de consumo, que han conseguido lograr una actuación cohesionada y conjunta para combatir los efectos de la crisis y garantizar la protección del consumidor. Entre ellas podemos destacar Ausbanc Consumo (19), que se muestra como la entidad líder en materia de protección de consumidores de productos financieros en la actualidad.

II. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

1. Dación en pago: ventajas e inconvenientes

1.1. Introducción

Una vez que queda constatada la gravedad de la situación en la que se hallan los deudores hipotecarios a la luz de los datos estadísticos expuestos más arriba, es necesario realizar un análisis de las distintas soluciones que ofrece nuestro ordenamiento jurídico a esta realidad, centrándonos en las medidas aportadas en el plano del Derecho Civil. Es cierto que algunos autores consideran que no es tarea del Derecho Privado evitar que el deudor incida en la marginalidad (20), si bien otro grupo entiende que desde este sector del ordenamiento es necesario brindar una solución que garantice la protección de los consumidores (21).

Desde esta óptica, las medidas que se pueden adoptar para tratar de paliar o, en el mejor de los casos, solventar la situación del deudor hipotecario son tanto de índole preventiva como reparadora. Las pri-

(19) Asociación conocida por haber iniciado el pleito que dio lugar al fallo de la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013\3088) por el cual se determina la nulidad de la cláusula suelo y que ha sido nuevamente confirmado en el auto de 6 de noviembre de 2013 (JUR 2013\355553).

(20) Busto Lago, Álvarez Lata y Peña López, en *Reclamaciones de consumo desde la perspectiva del consumidor,* Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

(21) Sánchez Jordán, M.ª E., "El reto de la protección de los particulares ante la crisis", en *El Derecho ante la crisis: Nuevas reglas del juego* (dir. A. González Sanfiel), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 157 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

meras son aquellas que intervendrían con anterioridad a la conclusión del contrato, lo que supone en definitiva garantizar un mayor conocimiento para lograr un mejor consentimiento. No ha de tomarse a la ligera la aplicación de esta clase de medidas, ya que una de las principales razones por las que nos hallamos en esta situación se debe a la presión ejercida por las entidades bancarias sobre los consumidores, que finalmente sucumbieron ante su publicidad agresiva contratando préstamos hipotecarios con un deficiente conocimiento sobre el contenido o, más bien, el alcance y consecuencia de los mismos. Esta situación ha intentado ser abordada desde el ámbito comunitario a partir de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como MiFid (*Markets in Financial Instruments Directive*), que aunque reserve su ámbito de aplicación a los productos financieros (22), tiene un claro signo proteccionista sobre los consumidores. También ha de destacarse en este ámbito la Directiva 2008/48/CE, relativa al crédito al consumo; si bien ha de tenerse en cuenta que estas Directivas excluyen de su ámbito de aplicación los préstamos hipotecarios, que son, sin duda alguna, la principal causa del sobreendeudamiento de las familias españolas.

Resulta de algún modo una paradoja el hecho de que se produjera la entrada en vigor de este tipo de medidas en los albores de la crisis económica cuando ya, de alguna forma, no podían cumplir la vocación con la que nacieron, que fue precisamente la de evitar que el engaño masivo a los consumidores a través de las malas prácticas bancarias pudiera desembocar en el nuevo "crack" de la economía mundial.

(22) Aunque la Directiva MiFid no pueda aplicarse al préstamo hipotecario en sí mismo, recientemente la STJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013\193) ha establecido que también los Swaps están sometidos a dicha Directiva. Las causas de su inaplicación a este producto financiero era que no se consideraba un producto de inversión sino de cobertura. El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, que estaba conociendo de el litigio existente entre Genil 48 SL y Comercial Hostelera de Grandes Vinos SL frente a Bankinter S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE, que finalmente determinó que los Swaps son productos complejos, por lo que es necesario brindar la información necesaria al cliente para que preste un consentimiento informado, además de requerir para ello el correspondiente asesoramiento individualizado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Desde la perspectiva interna, este tipo de protección *ex ante* se dispensa a partir de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

En cualquier caso, en este trabajo vamos a centrarnos en el estudio y análisis de las otras medidas a las que aludíamos antes: las medidas reparadoras y, más en concreto, la dación en pago y sus posibles alternativas. Es cierto que las respuestas de carácter preventivo van, en buena parte, a corregir la práctica bancaria, si bien en la situación en la que nos hallamos es recomendable fijar la mira en las soluciones a una situación ya producida.

Existen diversas medidas de carácter reparador en nuestro ordenamiento jurídico, pero la que sin duda ha adquirido protagonismo es la figura de la dación en pago. Así, se ha rescatado la vieja figura romana de la *datio* para trasladarla a la más reciente actualidad económica financiera, convirtiéndose en el centro de atención para los afectados por las ejecuciones hipotecarias y para los organismos públicos. Tal ha sido la relevancia que se ha dado a la figura que la Comisión de Vivienda la asumió como propuesta de solución para las ejecuciones hipotecarias, e influyó de manera notable en la reforma acometida en el año 2011 a partir del Decreto-Ley 2011 de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios.

Con posterioridad se acometería una nueva reforma para garantizar la protección de los deudores hipotecarios a partir del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, que establece la posibilidad de aplicar la dación en pago en las ejecuciones hipotecarias, si bien su adhesión es voluntaria para las entidades bancarias. A este compendio de normativa reguladora de la figura de la dación en pago debe de añadirse la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, que surge de la inicial tramitación del RDL 27/2012 como proyecto de ley y a cuya tramitación se unió la Proposición de Ley de la dación en pago, de paralización de desahucios y alquiler social, unificándose dichas iniciativas. Esta Ley ha sufrido posteriores modificaciones operadas por la Ley 8/2013 de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas y por el Real Decreto-Ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación.

A la luz de lo expuesto puede observarse la complejidad y, sobre todo, la magnitud del problema ante el que nos hallamos. En este

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

trabajo nos proponemos llevar a cabo un estudio de la normativa existente, para determinar la posibilidad de aplicar la dación en pago a las ejecuciones hipotecarias, y para explorar otras medidas alternativas que ayuden a paliar las consecuencias patrimoniales derivadas del impago de las cuotas de los préstamos hipotecarios.

1.2. Ventajas

Como hemos adelantado, la dación en pago ha sido proclamada por un sector de la sociedad y de los órganos públicos como una de las respuestas más efectivas frente a la situación de los deudores hipotecarios. La naturaleza de esta figura ha sido controvertida y ha dado lugar a una gran discusión doctrinal, ya que, como algún autor apunta, no se trata de una forma estricta de pago o cumplimiento (23). Toda esta problemática se debe a la mutabilidad que se produce en la prestación, pues la dación en pago viene a ser en definitiva la entrega de una cosa diferente de la debida con finalidad y efectos de pago, aceptada por el acreedor (24). Este concepto choca pues diametralmente con la propia institución del pago entendido como la realización de la prestación debida por parte del deudor, que comporta al propio tiempo la extinción de la obligación. Por tanto, podemos afirmar que aunque exista el *animus* de pago (25), no se trata de un auténtico cumplimiento de la obligación primitiva. Es la naturaleza jurídica de la dación en pago la que ha despertado un mayor debate doctrinal, surgiendo diversas posiciones al respecto entre las cuales podemos destacar la teoría de asimilación con la compraventa (26); la tesis de la novación, de acuerdo con la cual

(23) Pascual Estevill, L. *El Pago*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 277.

(24) Lacruz Berdejo, J. L. *Derecho de Obligaciones* Dykinson, Madrid, 5.ª ed., 2011, Volumen I, p. 154.

(25) Para que se dé la figura de la dación en pago es necesaria la existencia del denominado *animus solvendi,* pues como establece Pascual Estevill, apoyándose en una cita de Latour Brotóns, es necesaria la intención de pagar para extinguir una obligación, pues podría resultar un acto sin causa si no fuera comprensible el motivo del acto solutorio. Pascual Estevill, L. "La dación en pago", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, p. 1129.

(26) Serrano Chamorro se posiciona en contra de esta tesis ya que entiende que la dación en pago y la compraventa persiguen finalidades diversas, pues en el primer lo que se pretenda alcanzar es la extinción de la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lo que las partes realizan es una novación de la obligación primitiva (27) y la teoría del negocio jurídico complejo (28), entre otras (29). Sabiendo que no es posible llegar a una conclusión unitaria en lo que se refiere a la naturaleza de la figura, lo que es claro es que se trata de un modo de pago y, por tanto, sus efectos son los mismos que se derivan del cumplimiento de la obligación o pago: extinción de la obligación, satisfacción del acreedor y liberación del deudor (30).

Por lo que respecta al primero de los efectos, es claro que la principal ventaja que puede hallarse en la dación en pago es la de la extinción de la obligación: así, el deudor hipotecario puede ver extinguida su deuda a partir de la entrega del bien inmueble a la entidad bancaria, que ve satisfecho su crédito con la entrega del bien sobre el cual pesaba la garantía. El efecto extintivo es la consecuencia más relevante de la dación en pago, no solo por el resultado que produce, sino también porque permite diferenciarla de otras figuras afines como puede ser la cesión de bienes, ya que en la *datio* hay una transmisión de la propiedad de los bienes al acreedor con la directa extinción de la obligación, mientras que en la cesión el deudor solo transmite la posesión de los bienes a los acreedores (31), con el mandato de proceder a su venta y aplicar el importe

---

obligación, mientras que en el segundo nace una nueva obligación una vez se perfecciona el negocio jurídico de compraventa (Serrano Chamorro,M. E., *Entrega de cosa distinta de la pactada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 62).

(27) Teoría criticada por Díez-Picazo, ya que entiende que las partes no desean llevar a cabo una extinción de la obligación inicial, sino injertar en ella un convenio acerca del modo de cumplirla (Díez Picazo, L., *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos, Madrid, 2012, Volumen II, p. 184).

(28) Esta tesis ha sido principalmente desarrollada por la jurisprudencia, pudiendo encontrar diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto (SSTS de 13 mayo 1983. RJ 1983\2820 y de 15 diciembre 1989. RJ 1989\8832).

(29) Para un mayor estudio véase Serrano Chamorro,M.E., *Entrega de cosa distinta de la pactada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 78-89.

(30) Siguiendo la clasificación que ofrece Lacruz Berdejo, en *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 127-128.

(31) Algún autor habla más técnicamente de abandono de los bienes por el deudor en provecho de sus acreedores. Bas y Rivas, F. "La dación, adjudicación y cesión de bienes en función de pago de deudas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 208,1945, p. 593.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de lo obtenido a satisfacer el crédito (32). Se configura, pues, como una *datio pro soluto*, es decir, un *dare* (33) con fines solutorios que produce el efecto típico del pago: la extinción de la obligación (34), teniendo en cuenta, claro está, que este efecto solo se produce por medio del cumplimiento de la nueva prestación que sustituye a la anterior (35). En el caso que nos ocupa, el RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, introduce la figura de la dación en pago como una forma de cancelación total de la deuda garantizada, así como de las responsabilidades que puedan haber asumido terceros por razón de la deuda, incluida la fianza (36). Así, el deudor hipotecario cumple con la obligación a través de la entrega del inmueble sobre el cual se había constituido el derecho real de hipoteca.

La figura de la dación en pago como forma de extinción de la deuda hipotecaria no es una total novedad, ya que se hallaba recogida, de algún modo (37), en la propia Ley Hipotecaria en su art. 140 como forma de extinción de obligación pactada de forma convencional, debiendo darse los siguientes requisitos: el pacto debe de realizarse en el momento de constitución de la hipoteca, debe de tratarse de una hipoteca voluntaria y el pacto debe de constar en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad para producir efectos frente

(32) Fínez Ratón, J. M. "La dación en pago", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 4, 1995, p. 1472.

(33) Según Lasarte el término dación no ha de identificarse con una obligación de dar, ya que existe incluso la posibilidad de que esa datio se erija como auténtica obligación de hacer o,aunque mucho más raramente, como una obligación de no hacer (Lasarte, C., *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, 2011, pp. 132-133.

(34) Marín López, M. J., "Comentario al art.1166", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, tomo VI, p. 8563.

(35) Martínez de Aguirre Aldaz, C., *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2008, p. 181.

(36) Soler Pascual, L. A. "Tres cuestiones sobre la dación en pago de la vivienda habitual establecida en el Código de Buenas Prácticas del punto 3º del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos", El Derecho Editores/*Revista de Inmobiliario El Derecho*, núm. 6, 2013.

(37) No se habla de dación en pago en el sentido estricto, por lo que algunos autores prefieren referisre al precepto como un pacto de concreción de responsabilidad (en este sentido, Castillo Martínez, C. C., *Responsabilidad Personal y Garantía Hipotecaria,* Aranzadi, Pamplona,1999, p. 52).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a terceros. Nótese, no obstante, que el RDL 6/2012 permite de algún modo que se imponga la dación en pago aunque no haya sido prevista por las partes en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria, aunque con las matizaciones que serán objeto de estudio en otro apartado de este trabajo.

Debe de tenerse en cuenta que el efecto extintivo deriva del pago de la obligación, debiendo descartar la hipótesis de que la extinción que produce la dación en pago pueda deberse a un supuesto de confusión. Ello es así porque en el plano obligacional no se reúnen en una misma figura acreedor y deudor, puesto que la prestación se ha cumplido y la deuda ha sido satisfecha: lo único que ha cambiado es la prestación, pues la devolución del préstamo ha mutado en la entrega del inmueble con vocación solutoria. Por lo que se refiere al plano real, también se produce la extinción de la garantía, por cuanto tiene un carácter accesorio y, con el pago, la garantía deviene inoperante (38).

Por lo que respecta al segundo de los efectos del pago (la satisfacción del acreedor), no ha de perderse de vista el hecho de que la relación sinalagmática entre acreedor y deudor supone, al mismo tiempo, la existencia de una deuda y de un crédito, y para extinguir la relación o, mejor dicho, para extinguir la obligación existente entre las partes es necesario que se satisfaga el crédito del acreedor. Por ello, la dación en pago, al igual que cualquier otra forma de pago, tiene como consecuencia directa la satisfacción de crédito del acreedor. Esta opción suele ser más atractiva para el banco en aquellos casos en los que el efectivo cobro del crédito sea muy dudoso al no poder hacer frente el deudor a la obligación de *dare* y al no existir otros sujetos que puedan responder como ocurre en el caso de la fianza (39). Aunque lamentablemente, dados los problemas que afronta el mercado inmobiliario, la mayor parte de las entidades crediticias prefieren tener activos líquidos, lo que supone que la

(38) Adán García, M.ª E., *Jornadas sobre hipoteca ante la crisis económica*, Fundación Registral Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, p. 524.

(39) De la Fuente Núñez de Castro, M.ª S., "La dación en pago: ¿una solución eficaz a la situación socio económica del deudor inmobiliario?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4/2012.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dación en pago no sea en la mayor parte de las ocasiones la opción preferida por dichas entidades.

Todo ello supone que una vez que se produce la dación en pago la obligación se ve extinguida y el crédito satisfecho, por lo que no existiría la posibilidad de que la entidad bancaria pudiese reclamar con posterioridad la prestación que se había pactado de forma inicial, es decir, que no se podrá exigir el pago de las cuotas hipotecarias una vez producido el pago a partir de la dación. Esto se debe a que es la voluntad de las partes la que permite satisfacer el crédito a partir de una prestación distinta a la que se había determinado de forma inicial.

A esta tradicional concepción del efecto de satisfacción hay que unir el hecho de que con la dación en pago se cubren otros intereses distintos de la pura satisfacción crediticia del acreedor. Para los ciudadanos supone una segunda oportunidad y al mismo tiempo desincentiva la economía sumergida; para las entidades bancarias significa una gran campaña publicitaria, pues reflejaría que la banca es solidaria y, por último, para el ejecutivo supone estar más cerca de la población que de las entidades bancarias (40).

Por lo que se refiere al efecto liberatorio, debe nuevamente resaltarse el hecho de que una obligación siempre ha de estar compuesta por dos polos representados por acreedor y deudor y es a partir del pago cuando se satisface el crédito de uno para liberar al mismo tiempo al otro de la deuda, que se ve extinguida. Se rompe, por tanto, la relación existente entre las partes que constituyen el eje de la obligación, lo que convierte al pago en la principal vía de liberación de la deuda, además de los otros medios que se mencionan en el art. 1156 CC. De ahí que la dación en pago se configure como una limitación a la responsabilidad personal a la que aluden los arts. 1911 CC y 105 LH. La existencia de toda relación obligatoria supone la responsabilidad personal del deudor, desde que la obligación nace hasta que se extingue (41); por ello, la propia dación

(40) Esta tesis la secunda Gonzalo Bernandos, según puede leerse en su trabajo publicado en *El País*, disponible en http://elpais.com/diario/2011/06/26/sociedad/1309039203_850215.html (página visitada por última vez el 13 de abril de 2014).

(41) Castillo Martínez, C. C., *Responsabilidad Personal y Garantía Hipotecaria,* Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 37.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a partir de su efecto extintivo permite garantizar la liberación de la deuda de forma completa y a diferencia de lo que ocurre en aquellos procesos de ejecuciones hipotecarias en los cuales existe un exceso no cubierto con la adjudicación. Así, el principio de responsabilidad personal o, mejor dicho, el principio de responsabilidad patrimonial, partiendo de la base de que la responsabilidad por deudas alcanza únicamente a los bienes del deudor, se ve totalmente desdibujado por la entrada en juego de la institución de la dación en pago, que operaría como una forma de pago garantizando la extinción de la obligación y, por ende, la liberación de la deuda.

Una vez analizados los efectos que produce la dación en pago, queda clara la existencia de ventajas en relación con esta controvertida figura, que permite a los deudores aludidos en el RD-Ley 6/2012 extinguir la deuda hipotecaria frente a la banca.

1.3. Inconvenientes

A) La pérdida de la vivienda habitual

Como ya se ha anunciado, la figura de la dación en pago es de caracteres controvertidos, pues aunque se configure como una "vía de escape" para los deudores hipotecarios, presenta importantes defectos materiales y estructurales que restringen su finalidad o vocación inicial.

El primero y el más evidente de los inconvenientes es que el deudor pierde la vivienda. Claro está que se extingue la obligación y la deuda concebidas como tales, si bien no hay que olvidar que se produce de forma paralela la pérdida de uno de sus principales activos de los particulares, que es la vivienda habitual. Ello se debe a que la nueva prestación se configura como la dación de la vivienda en pago de la deuda que sostiene el deudor con la entidad bancaria, lo que supone la pérdida de la misma y la desaparición de su condición de *dominus* sobre el bien inmueble.

Esta consecuencia supone una auténtica paradoja, ya que el resultado es similar al que se derivaría de un proceso de ejecución llevado a sus últimas consecuencias, siendo el único punto discordante entre ambos tipos de figuras el hecho de que en la dación en pago se produce la extinción de la deuda, mientras que en el proceso de ejecución, lo que ocurre es que se produce la pérdida de la vivienda habitual, pudiendo subsistir la deuda en el caso de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que el bien inmueble no sea suficiente para cubrir el crédito, en una interpretación sistemática de los artículos 1911 CC y 105 de la LH. Por tanto, se observa que los efectos de la dación en pago y de la ejecución hipotecaria guardan un punto en común y es la pérdida de la vivienda habitual, lo que no puede obviarse ni pasarse por alto, ya que el derecho a la vivienda es un valor proclamado en nuestro texto constitucional como un mandato que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (42). A ello se le suma el hecho de que la vivienda suele ser un espacio donde no solo se desarrolla el ser humano, sino donde tiene lugar la convivencia familiar y, por tanto, lo que se trata de proteger en este caso no es tanto el interés económico de la persona, como su protección como tal persona integrante de un núcleo de convivencia que se basa en relaciones de sangre y afecto (43).

De ello puede deducirse que la dación en pago tiene como efecto principal la desaparición de la deuda, si bien ésta tiene un alcance mucho más amplio que la_extinción de una obligación entre el deudor y el banco, y es que paralelamente se produce el cese_del derecho de propiedad del titular de la vivienda, como consecuencia de la transmisión de la misma, que pasa al haber de la entidad. El propio Código de Buenas Prácticas prevé, no obstante, la posibilidad de que en el caso de que el deudor así lo solicite en el momento de pedir la dación, pueda permanecer durante un plazo de dos años como arrendatario de la vivienda satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación, medida que es considerada por algún sector como una medida que de algún modo permite al deudor "coger oxígeno" para satisfacer su necesidad de vivienda (44), si bien debe de considerarse que dicha medida es insuficiente, pues crea un ambiente de estabilidad falso de cara a la ciudadanía, ya que por un lado el deudor hipotecario cambia su rol únicamente a efectos teóricos, pues en la práctica

(42) STC 59/1995, de 17 de marzo (RTC 1995,59) [F.3.]

(43) Manzano Fernández, M. M., *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 151.

(44) Magro Servet, V. "La restructuración de la deuda hipotecaria en el Real Decreto- Ley 6/2012,9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos" El Derecho Editores /*Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, núm. 89.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sigue siendo deudor del banco, pero ahora en concepto de arrendatario; por otro lado, satisface la necesidad de vivienda de manera precaria y con un ámbito temporal que, si se observa el panorama actual, resulta a nuestro entender escaso.

Tomando este mismo efecto, es decir, teniendo en cuenta la pérdida de la vivienda habitual, nos encontramos con un defecto adicional y es que la dación en pago alcanza de forma única y exclusiva a los inmuebles que se hayan encuadrado bajo este rótulo: viviendas que pertenecen a deudores hipotecarios que se configuran como viviendas habituales, no pudiendo por tanto el deudor recurrir a la dación en pago ni a sus efectos liberatorios y extintivos en aquellos casos en los que el bien inmueble sea de otra naturaleza, como podría ser una segunda residencia o un local comercial.

En primer lugar debe de dejarse claro el concepto de vivienda habitual que resulta cuanto menos ambiguo o, en palabras del Tribunal Supremo, "es un concepto jurídico indeterminado" (45). Desde una perspectiva tradicional, por vivienda habitual hay que entender el lugar habitable en que se desarrolla actualmente, y con habitualidad, la convivencia familiar (46), si bien no debemos de olvidar la nueva realidad social en la que existen sujetos que constituyen una unidad familiar en el sentido estricto, por lo que puede existir vivienda habitual sin necesidad de que exista familia (*v.gr.*, vivienda de un soltero) (47). Independientemente de su concepción, lo que queda claro es que la vivienda que se pretende proteger se caracteriza por dos notas: habitualidad y permanencia (48).

(45) Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) Sentencia de 5 junio 1992. RJ 1992\5371.

(46) Martínez de Aguirre Aldaz, C., *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2011, p. 204.

(47) Serrano Alonso, E., "La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico matrimonial y en el derecho sucesorio" en *El hogar y el ajuar de la familia en la crisis matrimoniales (Bases conceptuales y criterios jurisprudenciales)* Viladrich, Pamplona, 1896, p. 90 citado en Tamayo Carmona, J. A., *Protección jurídica de la Vivienda Habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 29**.**

(48) Domínguez Luelmo, A. y Toribios Fuentes, F*., Ejecución hipotecaria de vivienda: Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 69.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Es clara la necesidad de dotar de una mayor protección a la vivienda habitual frente a otro tipo de inmuebles, idea que ha quedado patente a partir de diversas reformas, la primera de ellas operada por la Ley 41/2007 de diciembre, que autoriza al deudor hipotecario a liberar la vivienda en el proceso de ejecución mediante la consignación de lo adeudado por principal e intereses, aún sin consentimiento del acreedor cuando se den los requisitos del art. 693.3 Lec. También podemos encontrar varios ejemplos de protección de la vivienda habitual en la más reciente Ley 1/2013, entre las cuales se puede destacar la modificación que acomete su artículo 3, que añade un tercer apartado al artículo 21 de la LH, que determina que deberá de hacerse constar en la escritura de préstamo hipotecario el carácter o no de la vivienda habitual, presumiéndose además, salvo prueba en contrario, que en el momento de ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución. Ello supone de algún modo una mayor protección de los inmuebles considerados vivienda habitual tanto desde una perspectiva material como procesal.

Asimismo y en otro orden de cosas podemos observar nuevamente el tratamiento paternalista de la vivienda habitual brindado por la Ley 1/2013, que la dota de un mayor número de garantías, como se desprende de la reforma operada sobre el art. 579.2 de la Lec, que determina la limitación de la responsabilidad en caso de insuficiencia en la ejecución de la vivienda habitual (49).

De lo expuesto se desprende que la vivienda habitual está cubierta por un halo de mayor protección frente a otro tipo de inmuebles, si bien ante la situación de crisis en la que nos hallamos tampoco hay que perder de vista la realidad social que rodea a la configuración de las instituciones y de las propias normas de nuestro ordenamiento jurídico. Así, de la propia proyección de la situación social se desprende que es necesario no acotar los términos única y exclusivamente a la dación en pago sobre vivienda habitual.

(49) El principio de responsabilidad universal del deudor se ve matizado en este caso en el que se permite la liberación del deudor si lleva a cabo el pago del 65% en un plazo de cinco años o el 80 % en un plazo de 10 años.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

B) Limitaciones de carácter objetivo y subjetivo

A todo ello hay que sumar que, aunque se parta de que cabe la dación en pago respecto de la vivienda habitual, este ámbito se ve incluso más restringido pues no se puede llevar a cabo la dación en pago con respecto de cualquier tipo de vivienda habitual, ya que la aplicación del Código de Buenas Prácticas entra en juego única y exclusivamente respecto de las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los valores a los que hace alusión el art. 5 del RDL 6/2012. Ello supone una nueva limitación de la operatividad de la institución de la dación en pago, ya que impide su despliegue efectivo sobre gran parte de los inmuebles garantizados con hipoteca en nuestro país (50).

Además de esta desventaja que se revela en su vertiente objetiva no puede olvidarse que también existe una limitación del alcance de la institución de la dación en pago desde una perspectiva puramente subjetiva, y es que tan solo unos determinados sujetos pueden cancelar su hipoteca a través del mecanismo de la dación en pago. Así, en el plano hipotecario los deudores pueden ser agrupados en: deudores especialmente vulnerables, definidos en el art. 1 de la Ley 1/2013, que pueden verse beneficiados por la suspensión del lanzamiento sobre su vivienda habitual en determinadas condiciones; los deudores en situación de exclusión que aparecen definidos en el art. 3.1 del RDL 6/2012, que pueden beneficiarse de las medidas establecidas en el RDL y en el apartado primero del Código de Buenas Prácticas; y los deudores que se encuentran en una situación total de desprotección que se definen en el art. 3.2 del RDL 6/2012 y que permite a los deudores beneficiarse de forma adicional de las medidas establecidas en los apartados 2 y 3 del Código de Buenas Prácticas. Ello supone que a pesar de alcanzar los requisitos previstos en el apartado primero del art.3 del RDL 6/2012, el deudor tan solo podrá optar, de algún modo, a la reestructuración de la deuda existente entre éste y la entidad bancaria, lo que daría lugar a que para que se le pudiesen aplicar la quita o, en su caso, la dación en pago deberían de darse los requisitos adicionales del apartado 2

(50) En este sentido, Sánchez Jordán, "El reto de la protección de los particulares ante la crisis", en *El derecho ante la crisis*, cit., pp. 176 y 177.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del art. 3 del RDL. Ello limita claramente la posibilidad de aplicar la dación en pago como medio extintivo de la obligación, que parece ser relegada a un plano puramente teórico o, mejor dicho, de escasa aplicación práctica, ya que para ello sería necesario que el deudor se encontrase en una situación de total de desprotección, que es difícil de alcanzar por no cumplirse los requisitos establecidos en el articulado del RDL 6/2012. Un sector de la doctrina apunta además que el umbral de exclusión se basa en criterios de carácter inestable, ya que los deudores pueden hallarse o no hallarse en el umbral para posteriormente pasar a estar incluidos en el mismo (51).

También ha de tenerse en cuenta que el propio RDL 6/2012 aparta del umbral de exclusión a aquellas deudores cuyo préstamo o crédito contaba con algún otro tipo de garantía real o personal, aunque admite las garantías de carácter personal cuando en los garantes concurran las circunstancias que se precisan en las letras b) y c) del art. 3.1 del citado texto normativo. Ello acota gravemente la aplicación de la dación en pago, pues no permite extender el umbral de exclusión a otros sujetos que se puedan ver afectados por la deuda, siendo necesario que en estos concurran circunstancias adicionales a las que se exigen al deudor.

C) Disponibilidad de las partes: ausencia de imperatividad

Otro de los inconvenientes que presenta la dación en pago es que se hace depender de la voluntad de las partes, es decir, que esta institución se hace depende del concurso de voluntades entre deudor y acreedor. Así, el deudor no puede obligar a su acreedor a recibir una prestación distinta de la debida (*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*), y el acreedor no puede a su vez obligar al deudor a realizar una prestación diferente de la debida (*aliud pro alio invito debitore non potest*) (52). En el caso que nos ocupa, lo más frecuente es que exista el *animus* de extinguir la deuda por parte del deudor, es decir, que el obligado frente a la entidad banca-

(51) Carrasco Perera, A. "Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 842/2012, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.

(52) Fernández Rodríguez, C. R., "Naturaleza jurídica de la dación en pago", *Anuario de Derecho Civil* 1957, p. 784.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ria desee eliminar su posición como deudor frente al banco, si bien este *animus* que concurre en el lado pasivo de la relación jurídica no suele darse de forma paralela en la posición activa, es decir, en la situación en la que se halla la entidad bancaria. Lo más frecuente es que la entidad desee que se mantenga la prestación inicial convenida entre ella y el particular-consumidor por cuestiones relacionadas principalmente con la liquidez, ya que desde un punto de vista económico no se puede comparar el pago de una cantidad monetaria frente a un pago en especie que vendría representado por el propio inmueble.

Ante este panorama de pesos y contrapesos entre el deudor y la entidad bancaria nos encontramos con el denominado Código de Buenas Prácticas, introducido por el RDL 6/2012, y que contempla la posibilidad de cancelar de la deuda hipotecaria a través de la dación en pago siempre y cuando la parte acreedora se trate de una entidad bancaria adherida a dicho Código, es decir, que haya asumido el Código de Buenas Prácticas de forma que quede vinculado por el mismo. Todo ello queda reflejado en el art. 5.4 del RDL 6/2012, que determina que el Código de Buenas Prácticas será obligatorio para aquellas entidades que se adhieran al mismo y una vez se acredite la situación de que se encuentra en el umbral de exclusión. A partir de este precepto se observa, pues, la necesidad de que concurra tanto el consentimiento del acreedor como del deudor para que pueda operar la dación en pago. Ahora bien, por lo que respecta al consentimiento del acreedor es cierto que es disponible, como bien se deduce del tenor del art. 1166 CC, pero esta disponibilidad sobre el mismo no se proyecta de forma directa sobre el cambio de la prestación concreta que se le plantee, sino que su consentimiento ha de proyectarse sobre la adhesión o no al propio Código de Buenas Prácticas, y una vez se produce dicha adhesión no existe posibilidad de rechazar la aplicación de la dación en pago para cancelar una deuda hipotecaria concreta. Otro caso distinto es que la propia entidad bancaria de forma potestativa desee extender la aplicación del Código de Buenas Prácticas a deudores que no se encuentren directamente comprendidos en el art. 3 del RDL 6/2012, lo que supone una mejora de las previsiones que en el texto normativo se contemplan.

Como se ha apuntado, el régimen establecido en el Código de Buenas Prácticas se aplicará tan solo a las entidades bancarias que se hayan adherido al mismo, quedando así un prolijo listado de en-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tidades que aparecen reflejadas en la Resolución de 10 de enero de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y de Apoyo a la Empresa (53). Todo ello representa una clara desventaja para el deudor hipotecario, ya que el consentimiento del sometimiento al Código de Buenas Prácticas queda totalmente en manos de las entidades y, aunque estás se adhieran al mismo, su aplicación puede no entrar en juego por la limitación de los criterios subjetivos, es decir, por la no concurrencia de los requisitos establecidos en el art. 3 del RDL 6/2012. De ahí que debamos de rechazar la tesis sostenida por algún autor de que la dación en pago a la que se alude en el RDL 6/2012 se asemeje a la dación en pago necesaria (54), puesto que no se deroga la voluntad de las partes a la hora de atribuir efecto extintivo al *aliud*, ya que la adhesión al Código es totalmente voluntaria. No se trata, por tanto, de una dación en pago necesaria en el sentido estricto, aunque tampoco pueda encuadrarse de forma total en el supuesto al que alude el art.140 de la Ley Hipotecaria.

Todo ello nos revela que no basta con la concurrencia del consentimiento de adhesión al Código de Buenas Prácticas por parte de la entidad y el correlativo consentimiento del deudor con ánimo de pago, pues si no se dan los requisitos subjetivos que proclama el RDL 6/2012, no podría aplicarse la dación en pago extintiva. Claro está que, como ya se dijo con anterioridad, la propia entidad podría extender el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas a deudores que no se hallen en situación de desprotección, si bien parece poco probable que sea la propia entidad la que prefiera sustituir el pago de una deuda monetaria por la entrega de un bien inmueble en el escenario en el que se encuentra el sector inmobiliario en la actualidad. Esta posición es ampliamente criticada por la mayor parte de la doctrina, que entiende que si las entidades bancarias pudieron especular con un bien de primera necesidad, ahora deberían

(53) Puede ser consultada en el siguiente enlace http://www.tesoro.es/doc/SP/legislacion/normativa/resoluciones/RES%204%C2%BA%20TRIMESTRE-2013%20PUBLICADA%20EN%20BOE.pdf (consultado por última vez el 25 de marzo de 2014).

(54) Belinchón Romo, M. A., "La protección del deudor hipotecario: El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo de 2012, sobre medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos", en *Ejecución hipotecaria: solución a tiempos de conflicto* (coord. Salas Carceller, A.), Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 168.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de poder asumir el stock de pisos y terrenos, buscando soluciones para dar salida al excedente con la debida supervisión pública (55).

D) La subsidiariedad

Como otro punto negativo de la dación en pago o, mejor dicho, de la configuración de la misma en nuestro derecho positivo, puede destacarse el carácter subsidiario de su aplicación. La dación en pago no se plantea como una primera opción, es más, se erige como una *ultima ratio*: solo en el caso de que las medidas de aplicación anterior a la dación en pago no sean fructíferas entrará en juego la misma. Así, podríamos decir que ante la imposibilidad de afrontar las cuotas del préstamo hipotecario las medidas que se ofrecen en el RDL 6/2012 son la reestructuración de la deuda; la quita, como medida de carácter complementario; y la dación en pago como una medida de naturaleza sustitutiva.

Por lo que se refiere a la reestructuración de la deuda, la misma se contempla en el art. 1 del Código de Buenas Prácticas estableciendo que existen diversos tipos de medidas de reestructuración: carencia de la amortización de capital de cinco años; ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo; y reducción del tipo de interés aplicable a Euribor +0,25 por cien durante el plazo de carencia. Parece un poco difícil sostener la hipótesis de que en una situación que el propio articulado del texto normativo califica como de "exclusión social", éstas se tornen como las medidas idóneas para combatir la posición en la que se encuentra el deudor hipotecario en la actualidad. De ahí que sea una medida insuficiente o, mejor dicho, deficiente debido a que la finalidad de protección del deudor se ve claramente afectada, ya que la reestructuración de la deuda supone, como bien indica el término, una modificación de aspectos que rodean a la deuda recomponiendo su estructura, pero no dibuja unos márgenes amplios que permitan a los afectados por la hipoteca resolver el problema del impago de las cuotas hipotecarias. Se trata pues de una auténtica postergación de lo que en cierta medida se sabe que acontecerá: una antesala de la ejecución hipotecaria.

(55) Jiménez Segado, C., "Vivienda digna y dación en pago", *Claves de Razón Práctica* 2013, núm. 228, pp. 52-61.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ante este panorama se ha previsto la existencia de una medida de carácter complementario que se basa en la quita sobre el capital pendiente de amortización, si bien dicha medida es una mera y teórica posibilidad que se ve constreñida nuevamente por el consentimiento del acreedor; es decir, que es la entidad bancaria la que ante la solicitud por parte del deudor de la aplicación de la misma considera si ha lugar a su despliegue efectivo. Ello de algún modo nos permite apuntar que la adhesión al Código de Buenas Prácticas y su aparente vinculación con respecto a las entidades bancarias no refleja una especial sujeción frente a las mismas, ya que el articulado del texto es efectivamente flexible, pero dicha flexibilidad no beneficia al deudor, sino al acreedor. Así, las entidades bancarias que se han adherido al Código pueden en gran medida sortear un buen número de las normas del mismo por no cumplirse requisitos de carácter subjetivo, objetivo o, lo que es peor, por dejar la propia norma al acreedor la facultad de su aplicación, a pesar de su teórica o aparente obligatoriedad una vez asumido. Asimismo, podemos observar la ineficacia de esta medida, ya que el criterio empleado para determinar la inviabilidad de la reestructuración y, en consecuencia, la entrada en juego puramente teórica de la quita, es que se establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar, situación que desafortunadamente se cumple en la mayoría de los casos que se plantean. Parece poco acertado que ante la más que frecuente inviabilidad de la reestructuración de la deuda se deje en manos de la entidad bancaria la total potestad de determinar la aplicación de la quita, máxime cuando la vocación del RDL 6/2012 y, por ende, el Código de Buenas Prácticas que encuentra inserto en el mismo, es la de garantizar de forma efectiva la protección del deudor. Es bien cierto que el propio Código Civil en su art. 1166 impide el cambio de prestación sin consentimiento del acreedor, pero al ya haber existido un consentimiento previo de adhesión al Código de Buenas Prácticas parece innecesario hacer depender del nuevo y doble consentimiento de la entidad para determinar el despliegue eficaz de las normas que han sido configuradas con el único y exclusivo fin de aliviar la carga del deudor hipotecario, teniendo en cuenta además la necesidad de flexibilizar las normas, tanto en la interpretación de las ya existentes como en la configuración de las nuevas con el fin de buscar fórmulas que permitan favorecer a los deudores.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Tal vez el único punto que se aprecia a favor de la quita es que extiende la posibilidad de aplicación a aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se haya producido el anuncio de subasta, al igual que a aquellos deudores que aunque se encuentren el umbral de exclusión no han podido optar por la dación en pago porque presenta la vivienda cargas constituidas con posterioridad a la hipoteca.

Una vez declaradas la inviabilidad de la reestructuración de la deuda y de las medidas complementarias previstas al efecto será cuando pueda darse, en su caso, la aplicación de la dación en pago, teniendo en cuenta claro está que la operatividad de esta medida se ve constreñida por los restrictivos requisitos de carácter subjetivo y objetivo que se enunciaron más arriba. De todo ello se observa que la dación en pago se trata de una figura que opera de forma subsidiaria, cuando las demás vías que propone el RDL 6/2012 se encuentran agotadas. Es cierto que el cambio en la prestación de una obligación no debería de configurarse como la primera opción a tomar en caso de imposibilidad de cumplimiento, pero no pueden olvidarse los presupuestos de los cuales se parte, de los dos binomios que configuran este especial tipo de deuda: una crisis económica mundial y un bien de primera necesidad como es la vivienda. Partiendo de ello, esta medida no debería de haberse configurado con unos contornos tan restringidos que, en definitiva, elevan su aplicación a un plano puramente teórico en la mayoría de las ocasiones. Así, la previsión de la aplicación de forma subsidiaria de la dación es una consecuencia lógica del principio *pacta sunt servanda*, por el que las partes quedan vinculadas a lo obligado por las mismas incluyendo contrato de préstamo hipotecario (56), y del principio *aliud pro alio*, ya mencionado con anterioridad, si bien aplicación subsidiaria no equivale o, por lo menos, no debería equivaler a la última opción, máxime teniendo en cuanta la situación en la que nos encontramos.

(56) García Aburuza, Mª. P., "Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula *rebus sic stantibus"* en *Ejecución hipotecaria: solución a tiempos de conflicto*, (coord. Salas Carceller, A.), Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p.108.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

E) Inexistencia de mecanismos específicos que garanticen la tutela jurisdiccional

A los inconvenientes anteriormente expuestos ha de añadirse el hecho de que el RDL 6/2012 no ofrece de forma efectiva la tutela del deudor desde una perspectiva jurisdiccional**,** es decir, no existen mecanismos específicos encaminados a garantizar la tutela jurisdiccional de los deudores-consumidores. Única y exclusivamente se contempla la posibilidad en el art. 6 del propio RDL de que los interesados puedan reclamar ante el Banco de España el incumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades de crédito, aunque dicha reclamación carece de carácter vinculante para la entidad bancaria. Ello nos revela una nueva deficiencia técnica del texto normativo, que ha desaprovechado la oportunidad de establecer medidas específicas de protección en el ámbito del procedimiento judicial, siendo éste quizás el espacio en el cual el deudor se ve más necesitado de protección.

La necesidad de establecer mecanismos de protección frente al incumplimiento de las entidades de crédito hace que la Ley 1/2013 modifique el RDL 6/2012, estableciendo un régimen sancionador para el caso de que exista un incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo se observa como la propia Ley de Enjuiciamiento Civil no responde a la realidad social actual en el ámbito de la tutela jurisdiccional, no incluyendo en su art. 695 como causa de oposición en el procedimiento de ejecución especial hipotecaria la situación de exclusión por parte del deudor. Afortunadamente, algunas de las deficiencias del sistema de ejecución hipotecaria han sido abordadas a partir del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (57). No obstante, la dureza del pronunciamiento comunitario se ha visto únicamente traducida en la inclusión de un nuevo apartado en el art. 695 de la Lec, en virtud de la cual puede fundarse la oposición a la ejecución hipotecaria en el carácter abusivo de una cláusula contractual.

(57) TJUE (Sala Primera), sentencia de 14 marzo 2013 (TJCE 2013\89).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

F) Posible aumento de la morosidad

Otro de los efectos perniciosos de la dación en pago es que, como pone de relieve la firma Oliver Wyman, puede dar lugar a un aumento de la morosidad hipotecaria, lo que derivaría en el encarecimiento de los préstamos hipotecarios en hasta un 0,8 %, por lo que el incremento de la cuota mensual media sería de unos 60 euros (58), aunque siguiendo a un sector de la doctrina (59), entendemos que esta afirmación debe de tomarse con cautela, ya que dichas conclusiones se deben más a la falta de capacidad de pago que a la voluntad de no pagar.

G) Irretroactividad

Asimismo debemos de tener en cuenta que el RDL 6/2012 sigue el esquema general de la irretroactividad, al igual que el resto de normas de nuestro ordenamiento jurídico, que se impone de manera férrea salvo en el caso de las disposiciones sancionadoras favorables en una interpretación del art. 9.3 de la Constitución Española. Es cierto que el principio de irretroactividad se encuentra directamente vinculado con el de seguridad jurídica, dotando de coherencia al ordenamiento jurídico, si bien este principio impide en cierta medida la aplicación de la dación en pago a buena parte de los deudores hipotecarios. Esta idea de aplicar la dación en pago de manera retroactiva era la principal inspiradora de la Iniciativa Legislativa Popular (60) promovida por la Plataforma de Afectados

(58) http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/16/suvivienda/1321432259.html (página visitada por última vez el 13 de abril de 2014). Tesis compartida por un sector de la doctrina: Millares Marcelo, J. L., "Sistemas hipotecarios y dación en pago", *Boletín de la Real Academia de Extremadura de las Letras y las Artes*, tomo 21, 2013, pp. 298 y 299.

(59) Álamo González, D. P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias: el control judicial del equilibrio contractual*, cit., p. 103.

(60) http://www.ccoo.es/comunes/recursos/99922/doc102802_Proposicion_de_Ley_reguladora_de_la_dacion_en_pago_retroactiva,_de_paralizacion_de_los_deshacios_de_alquiler_social.pdf (página visitada por última vez el 15 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por la Hipoteca, que sin embargo sería retirada (61), ya que según el colectivo, tal y como pretendía aprobarla el Gobierno vulneraba su espíritu y sus demandas. En efecto, la Ley 1/2013, que se basaría en un primer momento en la Iniciativa Legislativa Popular, hoy presenta pocos caracteres que se asimilen a la misma.

La retroactividad no es una idea utópica sino una realidad que puede materializarse como ha ocurrido en la Comunidad Autónoma de Galicia que, en su Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia hace una mención específica a la dación en pago, que esta vez y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito estatal, sí cuenta con carácter retroactivo. Así, su Disposición Transitoria tercera determina que *"lo establecido en el apartado 2 del artículo 64, por considerarse una norma favorable, se aplicará retroactivamente a las viviendas protegidas calificadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley".* Si analizamos el art. 64.2 de la citada ley observamos que hace referencia a la posibilidad de que una entidad de crédito pueda adquirir a través de la dación en pago una vivienda protegida siempre que con respecto a dichas viviendas *"hubiesen formalizado préstamo hipotecario, con el fin de evitar mayores gastos a los propietarios, con la obligación de destinarlas exclusivamente a la finalidad y a los destinatarios que determine el régimen jurídico aplicable a ellas, de conformidad con lo previsto en su calificación como viviendas protegidas".* Por lo tanto nos encontramos ante un supuesto de dación en pago con carácter retroactivo por entender la ley que se trata de una norma de carácter favorable.

1.4. Recapitulación

Los argumentos expuestos a lo largo de este epígrafe reflejan, de algún modo, los pros y los contras, las ventajas y desventajas que plantea la aplicación de la dación en pago como medio extintivo de la deuda hipotecaria en el actual marco de crisis económica. Es cierto que, como se ha analizado, la dación en pago es una buena opción teórica para el problema del impago de los préstamos hipotecarios, si bien en el plano práctico es de muy difícil, por no decir de utópi-

(61) http://politica.elpais.com/politica/2013/04/18/actualidad/1366286166_399072.html (página visitada por última vez el 15 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ca aplicación debido a las graves deficiencias estructurales (62) que presentan las normas que la regulan, como se ha podido constatar (63), y que paradójicamente son la principal causa de que la dación en pago no pueda desplegar el efecto de protección del deudor que se le pretende atribuir. La necesidad de reformas en esta materia es clara, ya que tras la promulgación de la Ley 1/2013 que modifica el RDL 6/2012, ya analizado, se ha observado una mejoría notable (64), lo que constata el hecho de que el legislador ha pasado por alto determinados puntos a la hora de regular la figura de la dación en pago.

A todo ello ha de sumarse que la Ley 1/2013, norma que trataba de solventar los errores del RDL 6/2012, ha sido objeto de una cuestión de inconstitucionalidad (65) presentada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Avilés, ya que se entiende que la ley priva al ejecutado de la posibilidad de recurrir la resolución que resuelva los motivos de oposición, a diferencia de lo que ocurre con el ejecutante. De ahí que se haya planteado que es necesario alcanzar un grado de igualdad entre las partes frente a la posibilidad de recurrir, que solo se alcanzaría suprimiendo el recurso para ambas partes o bien otorgando la oportunidad de recurrir a ambas partes, tal como se recoge en el supuesto del art. 560 de la Lec , eso sí, con unos efectos diversos tras plantear los recursos, pero permitiendo a ambas partes recurrir.

---

(62) Un sector de la doctrina apunta que los principales problemas son los rígidos requisitos y la inexistencia de una auténtica regulación imperativa: Ramón Fernández, F., "L dación en pago de la vivienda habitual como medio liberatorio definitivo de la deuda hipotecaria", *Derecho de Obligaciones: XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2013, p. 375.

(63) http://economia.elpais.com/economia/2014/01/28/actualidad/1390909956_848206.html (página visitada por última vez el 15 de abril de 2014).

(64) http://data.datadiar.com/bid/sidnoticia.asp?DR=M%20&bloque=NOTICIAS&NF=160414m1#.U1RMPfl5NqV (página visitada por última vez el 20 de abril de 2014).

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2014/CBP_Informe.pdf (página visitada por última vez el 21 de abril de 2014).

(65) http://veronicadelcarpio.files.wordpress.com/2013/11/a-jpi-7-aviles-14-11-13-cuestion-costitucionalidad-ley1-2013-ejecuc-hipotecaria.pdf (página visitada por última vez el 15 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Estas ideas enlazan directamente con el siguiente apartado de este trabajo, que se centra en buscar nuevas alternativas a la dación en pago y analizar las ya existentes.

2. Otras posibilidades

2.1. Introducción

La situación de crisis económico-financiera que está atravesando España hace necesario el establecimiento de medidas encaminadas a proteger al deudor hipotecario. Hemos analizado la figura de la dación en pago como forma de extinguir la deuda hipotecaria, pero no es el único remedio existente para contener esta situación; o creemos que no debería de serlo debido a las graves deficiencias que puede llegar a presentar, como hemos expuesto. De ahí que se hayan propuesto otras medidas de carácter alternativo para apoyar a los deudores. Estas medidas han sido desarrolladas o, en ocasiones, configuradas por diversos sectores: el poder legislativo o ejecutivo, la doctrina, los colectivos ciudadanos y los propios tribunales. Podemos decir que casi ningún sector se ha quedado de brazos cruzados frente a algunas de las consecuencias más duras de la crisis (66). Así, se está trabajando duramente contra la situación en la que se encuentran los deudores hipotecarios, intentando operar con la *lege data* y configurando nuevos supuestos de *lege ferenda*. La crisis económica ha dado lugar a una proliferación de normas que no se reducen al ámbito civil, sino que se extienden a todos los sectores de nuestro ordenamiento jurídico, en especial a la materia fiscal. Esta legislación "motorizada", si puede decirse, nos lleva a plantearnos seriamente la técnica legislativa que se aplica en los últimos tiempos.

En este epígrafe vamos a abordar el estudio de las alternativas normativas que proponen varias Comunidades Autónomas frente a las tomadas por el ejecutivo central, así como su encaje en nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de determinar su alcance y consecuencias.

---

(66) Sánchez Jordán, M. E., "Sobre el uso de las cláusulas generales legales a favor de los deudores hipotecarios sin recursos", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel González*, tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 3059 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ante la insatisfacción colectiva de la configuración de la dación en pago establecida por el legislador nacional en el RDL 6/2012, posteriormente reformado por la Ley 1/2013, varias Comunidades Autónomas se han visto abocadas a crear normas alternativas con el fin de garantizar la protección última del deudor hipotecario. Entre las actuaciones tomadas por las distintas Comunidades Autónomas la andaluza es, sin duda, la que ha despertado una mayor repercusión mediática.

En un primer momento el Gobierno andaluz aprobaría el Decreto Ley 6/2013, de 9 de abril, de Medidas para asegurar el cumplimiento de la Función social de la Vivienda. La propia Constitución en su art. 86 confiere al Gobierno la posibilidad de dictar normas con rango de ley siempre y cuando se dé una extraordinaria y urgente necesidad, que en el caso del citado Decreto Ley parece que se amparaba en la necesidad de articular una serie de medidas que "por su mayor urgencia, deben acometerse sin dilación y que por su propia naturaleza actúan como plan de choque en salvaguarda del bien jurídico protegido: el derecho a una vivienda digna" (67). El Decreto Ley fue configurado para actuar sobre las viviendas deshabitadas, ya que el Gobierno andaluz entendía que existía una notoria especulación sobre un bien de primera necesidad, tanto es así que en su propia Exposición de Motivos revela que, según estudios realizados, destacando entre ellos los del Ministerio de Fomento, existía en la fecha de promulgación del Decreto Ley aproximadamente un stock de vivienda nueva no vendida de 150.000 unidades, lo que suponía que podía estimarse que el número de viviendas vacías existentes

(67) Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 6/2013. Esta extraordinaria y urgente necesidad se ha apreciado quizás de forma abusiva por el Gobierno tanto nacional como autonómico a la hora de hacer uso de la figura del Decreto Ley. Así con respecto al RDL 6/2012 se determinó que "los efectos del desempleo sobre las familias españolas y su situación social han producido un deterioro, sobre el que la intervención pública no puede demorarse más. Es por ello por lo que la adopción de tales medidas exige acudir al procedimiento del real decreto-ley, cumpliéndose los requisitos del artículo 86 de la Constitución Española en cuanto a su extraordinaria y urgente necesidad". También podemos observar la apreciación de urgencia con respecto al RDL 27/2012, determinando su Exposición de Motivos que se requería "una intervención pública inmediata que palie las circunstancias de mayor gravedad social que se viene produciendo".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en Andalucía en aquel momento se encontrara muy por encima de las 700.000. La Exposición de Motivos continúa estableciendo que a los datos anteriormente ofrecidos se les une el hecho de que los datos de los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida reflejaban que más de 50.000 unidades familiares en Andalucía demandan una vivienda en arrendamiento.

Ante dicho panorama, el Decreto Ley 6/2013 tenía como principal función articular una acción pública de policía que se dirigiese contra dichas viviendas desocupadas. Para ello se configurarían, de un lado, medidas de carácter incentivador y, de otro, medidas de carácter sancionador y coercitivo, para potenciar así el acceso a la vivienda a través del arrendamiento a aquellos sujetos que se encontrasen en una clara situación de sobreendeudamiento.

Esta iniciativa se vería en cierto modo frustrada a partir de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (68) por parte del Presidente del Gobierno contra determinados preceptos, así como contra la disposición adicional segunda del Decreto-Ley antes citado, por entender que los mismos inciden en el derecho de propiedad cuya competencia se reserva al Gobierno central según el art.149.1.1 en relación con el art. 149.1.8 de la Constitución, siguiendo lo dispuesto en el art. 162 de la Constitución Española. No obstante, el Gobierno andaluz respondería tramitando dicho Decreto-Ley como Ley a través del procedimiento de urgencia, lo que impediría que el Tribunal Constitucional resolviera sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión de *"una disposición que no se encuentra vigente por haber sido derogada por el legislador autonómico (en el mismo sentido, AATC 354/1989, de 20 de junio, FJ único; 224/2009, de 27 de julio, FJ 1; 57/2010, de 19 de mayo, FJ único; 87/2013, de 23 de abril, FJ único)"* (69).

El siguiente paso dado por la Junta de Andalucía sería, como ya hemos indicado, la tramitación del Decreto-Ley como Ley a partir del procedimiento de urgencia, siguiendo lo establecido en el art.

(68) http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/280613EnlaceAndalucia.htm (página visitada por última vez el 16 de abril de 2014).

(69) http://www.tribunalconstitucional.es/Documents/NOTA_INFORMATIVA_74_2013/2013-04286ATC.pdf (página visitada por última vez el 20 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

86.3 de la Constitución Española, lo que daría lugar al nacimiento de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Dicha Ley sería, asimismo recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Presidente de la nación (70). Este recurso sería admitido, por el máximo intérprete de nuestro texto constitucional, lo que daría lugar a la suspensión cautelar de los apartados impugnados (71). El Tribunal Constitucional, recientemente, ha acordado mantener dicha suspensión contado con siete votos a favor, mientras que cinco magistrados firman un voto particular en el que se oponen a dicha resolución (72).

Por lo que respecta a la iniciativa del resto de Comunidades Autónomas, debemos destacar la de la Comunidad Foral de Navarra, que promulgaría la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra. Dicha ley nace con la misma vocación que las normas andaluzas anteriormente analizadas, ya que en su preámbulo se determina que *"con la presente modificación legal se pretende mejorar la definición de la función social de la propiedad de la vivienda y de las consecuencias del incumplimiento de dicha función en unos momentos que pueden ser calificados como de emergencia social y económica. Concurren, de un lado, la existencia de un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrautilizado y, de otro, una demanda insatisfecha con una oferta insuficiente y a precios no adecuados, y numerosos procesos de privación de su vivienda, en particular por desahucios provenientes de ejecuciones hipotecarias, por la imposibilidad de sus moradores de pagar el precio de adquisición o de alquiler derivada de una general disminución de ingresos por la persistente crisis económica y el elevado número de desempleados. Entre las distintas formas de desocupación de viviendas merece un mayor reproche la del conjunto de viviendas que son propiedad, en sus diferentes formas, de*

(70) https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-10909 (página visitada por última vez el 20 de abril de 2014).

(71) http://noticias.juridicas.com/actual/3554-el-tc-admite-a-tramite-el-recurso-del-gobierno-contra-la-ley-andaluza-antidesahucios-y-la-suspende-de-forma-cautelar.html (página visitada por última vez el 20 de abril del 2014).

(72) http://noticias.juridicas.com/actual/3808-el-tc-mantiene-la-suspension-cautelar-de-la-ley-antidesahucios-andaluza.html (página visitada por última vez el 20 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

personas jurídicas, en especial, entidades financieras y sus filiales inmobiliarias, entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, y entidades inmobiliarias, siendo, además, supuestos de importancia cuantitativa. La notoriedad de la utilización de las viviendas como bien de inversión que se predica en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas sustancia, junto a otros de índole económica y social, un elemento diferenciador que cualifica el incumplimiento por las personas jurídicas titulares del deber de dar efectivo destino habitacional a las viviendas. Ello justifica el establecimiento de una acción pública de policía dirigida a estas viviendas desocupadas" (73). Observamos pues, que la ley navarra se pronuncia en muy similares, por no decir sospechosamente parecidos, términos con respecto a la normativa de la Comunidad de Andalucía. Asimismo, esta ley también ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno central, lo que ha merecido un rechazo tanto por parte del parlamento navarro (74) como por los colectivos sociales (75).

También podemos destacar la iniciativa promovida por la Comunidad Autónoma de Canarias, que en parecidos términos a la Ley 4/2013 de la Comunidad de Andalucía pretende establecer un sistema de declaración de interés social a efectos de expropiación forzosa para dar cobertura a la necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social, según dispone la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, en su Disposición Adicional cuarta (76). En su día, el proyecto de ley canaria fue objeto de diversas controversias por los propios grupos parlamentarios, ya que su similitud con la ley andaluza parece que dibuja el camino que seguiría

(73) http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=32289 (página visitada por última vez el 20 de abril de 2014).

(74) http://www.parlamentodenavarra.es/UserFiles/File/Diarios/FOM8032.pdf (página visitada por última vez el 20 de abril de 2014).

(75) http://pahnavarra.org/tag/ley-242013/ (página visitada por última vez el 20 de abril de 2014).

(76) http://www.gobiernodecanarias.org/boc/2014/123/001.html (página visitada por última vez el 8 de julio de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la ley de la Comunidad Autónoma de Canarias, según apunta algún sector (77).

Por tanto, observamos que las iniciativas de las Comunidades Autónomas se han inclinado por una política de vivienda que gira en torno a las mismas ideas: de un lado, la configuración de un sistema de acción pública contra la vivienda desocupada, y, de otro, el establecimiento de un mecanismo de expropiación temporal de determinados tipos de viviendas por cuestiones de emergencia social.

Por lo que se refiere al concepto de vivienda desocupada, la legislación estatal se ha mostrado reticente a la hora de abordar dicho concepto, lo que se contrapone con la actividad realizada por el legislador autonómico, que no solo la ha definido, sino que además ha ido más allá, dándole una configuración positiva. La determinación de este concepto puede tener efectos de carácter positivo como es el fomento del alquiler de la vivienda, incentivando la disponibilidad de aquellas viviendas que, de acuerdo con la definición de la figura que se regule, se encuentren vacías y sea conveniente que salgan al mercado de alquiler. Ello se contrapone, no obstante, con el hecho de que se pueden ver afectados los intereses de los propietarios de las viviendas (78).

La Ley 4/2013 de la Comunidad de Andalucía determina que *"se presumirá que la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación"* (art. 25). Por su parte la Ley 24/2013 de la Comunidad Navarra establece que *"se presumirá que la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación."* (art. 1). El art. 34.3 de la Ley

(77) http://www.canarias7.es/articulo.cfm?id=328237 (página visitada por última vez el 21 de abril de 2014).

(78) http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/INTERIOR_JORNADAS.pdf (página visitada por última vez el 21 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

canaria de vivienda, en su nueva redacción dada por la Ley 2/2014, determina que *"se entiende que existe habitualidad en la ocupación de la vivienda cuando no permanezca desocupada durante más de seis meses en el período de un año, salvo que medie justa causa, determinada reglamentariamente."*. Observamos, pues, que las tres Comunidades Autónomas establecen un concepto muy similar, por no decir idéntico en el caso de la ley andaluza y navarra, en lo que se refiere a la vivienda desocupada. Así, las distintas comunidades han establecido una normativa que se centra en garantizar el descenso de las viviendas desocupadas, lo que se desprende de una lectura sistemática de sus respectivas Exposiciones de Motivos, que resultan bastante semejantes, estableciendo que: *"concurren, de un lado, la existencia de un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrautilizado y, de otro, una demanda insatisfecha con una oferta insuficiente y a precios no adecuados, y numerosos procesos de privación de su vivienda, en particular por desahucios provenientes de ejecuciones hipotecarias (Ley 24/2013). La no ocupación, el no destino de un inmueble al uso residencial previsto por el planeamiento urbanístico suponen, por tanto, un grave incumplimiento de su función social (Ley 4/2013). Las medidas inspectoras y sancionadoras están llamadas a operar como elemento corrector de las desviaciones en el funcionamiento del mercado de la vivienda, penalizando la no inserción en el mismo de viviendas habitables y desocupadas y que están en manos de organizaciones dotadas de personalidad jurídica (Ley 2/2014)".*

2.2. Antecedentes

A lo anteriormente expuesto debemos de añadir que aunque la constitucionalidad de estas medidas es un tema candente, no es la primera vez que se prevé una iniciativa de estas características.

En el plano internacional podemos encontrar diversos ejemplos de medidas encaminadas a disminuir el número de viviendas vacías. Así, la Ley francesa de Solidaridad y Renovación urbana establecía que todas las entidades locales con población superior a los 3.500 habitantes situadas en aglomeraciones urbanas superiores a los 50.000 tengan al menos un 20 % de vivienda social en alquiler sobre el total del parque principal. El incumplimiento de esta norma daría lugar a una retención por cada vivienda no realizada del

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

presupuesto equivalente al 20 % del potencial fiscal por habitante (79). Por lo que respecta al Reino Unido, en el año 1992 se creó la entidad sin ánimo de lucro "Empty Home Agency" (80) que se ocupa de intermediar con incentivos fiscales y penalizaciones para evitar que los propietarios mantengan vacías sus viviendas (81).

Centrándonos en el ámbito español, una de las primeras iniciativas en lo que se refiere a la expropiación del uso sería la tomada por la Ley 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria de la Comunidad de Andalucía, que determinaría en su art. 20.1 que *"el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, podrá acordar la expropiación del dominio o del uso de una finca como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra (…)".* Este precepto mantiene su vigencia en la actualidad, por lo que es un claro ejemplo de expropiación de las facultades de disposición sobre un bien inmueble, en este caso sobre una finca.

También encontramos un ejemplo similar al anterior, pero esta vez en la Comunidad de Extremadura, que en su Ley 1/1986, de 2 de mayo, sobre la dehesa en Extremadura, prevé en su art. 20 que *"la calificación de una dehesa en deficiente aprovechamiento, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, implicará el reconocimiento del incumplimiento de la función social de la propiedad y dará lugar a la exacción del impuesto regulado en la presente Ley y, en su caso, por interés social, la expropiación en uso o expropiación forzosa de la misma."* Por tanto, aquí también se aborda la posibilidad de que se lleve a cabo la expropiación del uso de una dehesa en aquellos casos en los que no se cumpla con la función social inherente al derecho de propiedad.

La ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda preveía en su art. 42.6 que *"una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración, si no se ha corregido la situación de desocupación, por causa imputable a la propiedad, la*

(79) http://habitat.aq.upm.es/boletin/n47/n47-arrod.pdf (página visitada por última vez el 27 de abril de 2014).

(80) http://www.emptyhomes.com/ (página visitada por última vez el 27 de abril de 2014).

(81) http://www.uam.es/personal_pdi/filoyletras/juvian/documentos/DOC%20Y%20PUBLIC/2008%20VIVIENDA%20DESOCUPADA.pdf (página visitada por última vez el 27 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Administración puede expropiar temporalmente el usufructo de la vivienda, por un periodo no superior a cinco años, para alquilarla a terceros". Este precepto fue derogado por el artículo 161 de la Ley 9/2011, 29 diciembre, de promoción de la actividad económica, y durante su vigencia fue objeto de críticas acerca de su constitucionalidad, y aunque existió una amenaza por parte del Partido Popular (82) de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra la misma, dicho recurso nunca llegó a materializarse. Debe de tenerse en cuenta que la inconstitucionalidad del precepto se planteó con respecto a la vulneración del art. 14 de la Constitución Española. Así, el Dictamen 282/2007 del *Consell Consultiu* de la Generalitat de Cataluña (83) establecería que esa desigualdad se producía *"por una parte, respecto de los propietarios de viviendas desocupadas incluidas en un ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada y los que, en iguales condiciones (propietarios que utilizan de forma anómala la vivienda para tenerla desocupada permanentemente), se encuentran fuera de este ámbito y no pueden ser objeto de esta medida. Y tiene lugar en tanto que el Proyecto de ley establece que la discriminación entre unos y otros se produce en función de una decisión administrativa discrecional (la calificación de un ámbito), que carece de parámetros de legalidad*" (Fundamento 4). No obstante, observamos que no se realiza ninguna reserva con respecto al título competencial de la Comunidad Autónoma catalana a la hora de llevar a cabo la regulación de la expropiación temporal del derecho de usufructo sobre la vivienda; es más, el propio *Consell* determina que *"la Generalidad dispone de competencia para llevar a cabo la regulación mediante ley"* (Fundamento 2). A ello hay que unir las aportaciones realizadas por un sector de la doctrina (84), que entiende que la expropiación temporal del derecho de usufructo que preveía la ley catalana era constitucional pues, por un lado, se

(82) http://www.20minutos.es/noticia/324749/0/vivienda/alquiler/pisos/ (página visitada por última vez el 24 de abril de 2014).

(83) Puede consultarse en el siguiente enlace:

http://leolo.blogspirit.com/media/02/02/793105807.pdf (página visitada por última vez el 24 de abril de 2014).

(84) Marín García, I. "El alquiler forzoso de la vivienda desocupada: la expropiación temporal del usufructo del art.42 del Projecte de Llei de Dret a l´Habitatge de Cataluña, de 12 de diciembre de 2006", Indret, Barcelona, 2007.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

realizaba una interpretación amplia del interés social y, en particular, del derecho a una vivienda digna; y, por otro, se respetaba el contenido esencial del derecho de propiedad, puesto que no se despojaba al expropiado de toda utilidad económica sobre el bien: la expropiación era temporal y el propietario recibía a cambio una indemnización.

2.3. Contenido de las medidas propuestas

Por lo que se refiere a la expropiación temporal del uso de la vivienda, se ha configurado tal vez como la medida más controvertida llevada a cabo por las distintas Comunidades Autónomas. El principal fin que se persigue con esta iniciativa es el de expropiar (85) temporalmente (86) el derecho de uso de una vivienda (87) que haya sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria. El derecho de uso, al que se refieren las normas estudiadas, ha de

(85) La expropiación supone por una parte un poder de la Administración de abatir y hacer cesar la propiedad y las situaciones patrimoniales de los administrados; por otro lado, su regulación se articula en muy buena medida como un sistema de garantías ofrecido a estos administrados que sufren sobre su patrimonio la violenta inmisión administrativa (García de Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo Vol. II*., Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 221).

(86) En el caso de Andalucía se prevé un plazo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente. Por lo que se refiere a la ley navarra se establece un plazo máximo de cinco años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente o, en su caso, desde que finalice el plazo de suspensión del lanzamiento establecido por Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre. La ley canaria determina un límite temporal máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente.

(87) En las tres leyes se opta por una determinación idéntica en lo que se refiere a la configuración del tipo de viviendas que pueden beneficiarse del sistema de expropiación y es que deben de tratarse de viviendas incursas en procedimientos de desahucio o apremio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ser entendido como un derecho real de goce (88) sobre la cosa ajena (89) que se concede (90), de forma estrictamente personal (91) al usuario, para que obtenga, de la cosa en cuestión (92), cuantos servicios sea capaz de prestar ésta en orden a la directa satisfacción de sus necesidades personales y familiares (93), aquí incluida la percepción de los frutos que la misma genere (94).

El derecho de uso, tal y como se concibe en las diferentes iniciativas de las Comunidades Autónomas y a la vista del art. 525 CC, no podría ni arrendarse ni traspasarse a terceros por ninguna clase de título, si bien la doctrina no es uniforme en cuanto a la consideración del art. 525 como norma de *ius cogens* (95).

Este sistema expropiatorio cuenta con un ámbito de aplicación subjetivo casi idéntico, lo que refuerza la idea de que se ha realizado una labor uniforme de las distintas Comunidades Autónomas para regular el problema de la vivienda en nuestro país. El único punto en el que se encuentra una divergencia entre las leyes en lo que respecta a los sujetos que pueden acceder al sistema de expropiación es que la Ley 4/2013 prevé la posibilidad de que se aplique a *"avalistas o personas dadas de alta en la Seguridad Social como trabajadoras por cuenta propia o autónomas."* (DA 1.ª apartado 3 b), previsión que no se contempla en las otras reglas estudiadas.

---

(88) Otorga facultades de goce y disfrute, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales de garantía.

(89) Se trata de un bien inmueble que es propiedad de una entidad bancaria, como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

(90) En este caso la facultad de disposición se atribuiría directamente a partir de la ley.

(91) Solo se permite el ejercicio de las facultades de uso del bien inmueble al usuario que, como veremos, debe de reunir una serie de condiciones de carácter subjetivo para el acceso a este derecho.

(92) El bien inmueble objeto de ejecución hipotecaria.

(93) En el caso que nos ocupa lo que se pretende es satisfacer el derecho a una vivienda.

(94) Esta definición del derecho de uso es la que aporta Rogel Vide, C., *Derecho de cosas*, J. M. Bosh Editor, Barcelona, 1999, p. 231.

(95) Pérez Álvarez, en De Pablo Contreras (coord.), Martínez de Aguirre y Pérez Álvarez, *Curso de Derecho civil (III). Derechos reales*, Colex, Madrid, 3.ª ed., 2011, p. 451.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por lo que se refiere al resto de puntos regulados en las respectivas normas (DA 1.ª de la Ley andaluza 4/2013; art. 7 de la Ley navarra 24/2013 y DA 4.ª de la Ley canaria 2/2014, de modificación de la Ley 2/2003), observamos que realizan un desarrollo del procedimiento expropiatorio que no dista en gran medida del establecido en la Ley de Expropiación Forzosa. Tal vez, el punto más novedoso es la matización del concepto de justiprecio, ya que todo beneficiario de la expropiación ha de pagar un justiprecio al sujeto expropiado, si bien, dadas las circunstancias, en el caso de expropiaciones forzosas del uso de la vivienda a favor del deudor hipotecario se establece en las tres leyes autonómicas que *"la persona beneficiaria quedará obligada al pago a la Administración expropiante de una cantidad en concepto de contribución al pago de justiprecio, en cuantía no superior al 25 por ciento de los ingresos de la unidad familiar que conviva en la misma, ni superior a la cuantía del justiprecio".* Por tanto, esta solución prevé que sea la Administración expropiante la que lleve a cabo el pago del justiprecio al expropiado, con la contribución por parte del beneficiario de una escasa cantidad de dinero. Esta es la consecuencia lógica del fenómeno que había venido advirtiendo la doctrina administrativista en lo que se refería al pago del justiprecio en tiempos de crisis, si bien hasta ahora solo se había estudiado desde el prisma de personas jurídicas beneficiarias, pero llegándose a la misma conclusión: el pago del justiprecio, si no se realiza por el beneficiario, habrá de llevarse a cabo por la Administración expropiante (96).

En los preceptos de las distintas leyes se establecen además una serie de requisitos de carácter documental para poder acceder a este sistema de expropiación forzosa. Asimismo, se dispone que *"Las solicitudes se tramitarán según el orden riguroso de incoación, salvo que, en supuestos de especial vulnerabilidad o en el caso de que el lanzamiento sea inminente, se dicte resolución motivada, de la que quedará constancia, estableciendo una preferencia distinta",* por lo que observamos nuevamente la vocación protectora de este

(96) García Gómez de Mercado, F., "¿Puede la crisis perjudicar el derecho al cobro del justiprecio?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 823/2011, Aranzadi, 2011,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tipo de normas, que garantiza la rapidez y agilidad a la hora de atender las solicitudes de los casos más extremos.

En las iniciativas también se prevé la clásica figura del derecho de reversión que caracteriza a la expropiación, es decir, que el derecho expropiado retornará a la entidad bancaria que haya sido privada del mismo en aquellos casos en los que las circunstancias de la persona beneficiaria se modificaran antes de transcurrido el tiempo establecido por la ley para el ejercicio del derecho de uso, de manera que pueda obtener el derecho a una vivienda digna y adecuada en términos análogos a los que posibilita la vivienda que fue objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria. Asimismo existirá causa de reversión cuando se pierda la condición de beneficiario (Ley 4/2013 DA 1.ª, apartado 8; Ley 24/2013 art. 7.8; Ley 2/2014 DA 4.ª, apartado 10).

La posibilidad de llevar a cabo la expropiación del uso de una vivienda que se halle incursa en un procedimiento de ejecución hipotecaria ha causado una gran conmoción mediática, ya que, como se apuntó, el ejecutivo central ha recurrido la Ley 4/2013 de la Comunidad Andaluza y la Ley 24/2013 de la Comunidad de Navarra, y parece que ese será el *iter* que seguirá la ley canaria.

2.4. Reparos de constitucionalidad

A la hora de analizar los reparos de constitucionalidad que se realizan a este tipo de iniciativas vamos a abordar, en primer lugar, el instrumento normativo por el cual se da cobertura a las medidas antes citadas. Estas iniciativas de las Comunidades Autónomas se han llevado a cabo a través de una ley, si bien no podemos olvidar que en un primer momento la Comunidad Autónoma andaluza reguló la expropiación temporal del uso de la vivienda a través del Decreto Ley 6/2013. Podemos extrapolar a este caso lo dispuesto en el dictamen del *Consell* catalán en cuanto a la ley catalana, que, recordemos, determinaba que la Comunidad Autónoma de Cataluña era competente para regular la expropiación temporal del usufructo de las viviendas desocupadas siempre y cuando tuviera una cobertura legal, de ahí que podamos estimar correctos los reparos de constitucionalidad realizados por el Gobierno, que determinaban que debería de apreciarse la inconstitucionalidad por tratarse de un Decreto-Ley que regula el contenido esencial del derecho a

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la propiedad, cuando ésta es una materia vedada a los Decretos-Leyes, según los artículos 53 y 86 de la Constitución Española. Sin embargo, no podemos olvidar que la Comunidad andaluza, en cierta medida, salvó esta cuestión a partir de la promulgación de la Ley 4/2013. Esta tesis se ve amparada por la doctrina constitucional que, en su Sentencia núm. 61/1997 de 20 marzo (RTC 1997\61) determina que *"habrá de ser la Ley –estatal o autonómica, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias– la que establezca los criterios generales del sistema de la propiedad urbana por imperativos de la reserva de ley y del principio de legalidad (arts. 33.2, 53.1 y 103.1 CE)*, Fundamento 17 c).

Por lo que respecta a la constitucionalidad desde una perspectiva material, es decir, teniendo en cuenta la posibilidad de que se haya incidido en el contenido esencial del derecho de la propiedad, debemos de traer a colación la doctrina que asienta el propio Tribunal Constitucional con respecto a la determinación de la constitucionalidad de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria de la Comunidad de Andalucía, estableciendo que *"no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho, que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas, en razón de las exigencias de la función social de la propiedad (…) Que la privación de las facultades de uso y disfrute no supone por sí misma una ablación plena de la propiedad, lo demuestra simplemente el hecho de que tales facultades son dominio volente perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables a un tercero, sin que por ello pierda aquél su señorío sobre el bien. Por lo demás, este tipo de expropiación no plena está reconocido y regulado en nuestra ordenación por la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, aparte de por otras Leyes especiales, sin que la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia dejen de reconocer y calificar como derecho de propiedad la relación que sigue mediando entre el titular y el objeto, una vez que haya sido privado singularmente*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

aquél de las facultades jurídicas de uso y disfrute"(97). Desde esta perspectiva podemos entender que la privación de las facultades de uso y disfrute no suponen una amputación total y absoluta del derecho de propiedad, teniendo en cuenta además que la ablación de ese derecho es meramente temporal, con una limitación en el tiempo. Extrapolando estos argumentos con respecto a las leyes andaluza, navarra y canaria, no podría entenderse que la regulación de la expropiación temporal del derecho de uso de las viviendas incursas en un procedimiento de ejecución hipotecaria viole el contenido esencial del derecho de propiedad. Esto enlaza con la idea de que el art. 149.1.18 de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva en legislación expropiatoria, lo que no supone que ostente competencia exclusiva para regular cualquier especie expropiatoria, es decir, para regular por completo, más allá de la legislación general de expropiación forzosa, toda expropiación especial por razón de la materia, al margen de que ostente o no competencias sobre el sector material del que se trate (98).

En los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno también se entiende que este tipo de normas establecen una serie de sanciones a los propietarios de viviendas vacías que no hayan alquilado, sin que resulte acreditado que el propietario dispuso de condiciones y oferta mínimamente razonables para alquilar, por lo que la inconstitucionalidad se basaría en que, según el Gobierno, en nuestro ordenamiento no puede establecerse una responsabilidad penal o administrativa sancionadora al margen del principio de culpabilidad, lo que vulnera el art. 130.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, de 1992. Debemos de aclarar que esta tesis choca

(97) Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 37/1987 de 26 marzo. RTC 1987\37.

(98) Sibina Tomàs, D., "Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Cataluña", *Cuadernos de Derecho local*, núm. 7, 2005, p. 64.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

totalmente con los propios pronunciamientos de nuestro máximo intérprete de la Constitución, que ha determinado en su Sentencia núm. 42/1989 de 16 febrero, RTC 1989\42, que en la teoría de la expropiación-sanción *"no se sigue que se trate de una decisión con finalidad punitiva por infracción de normas penales o sancionadoras de inexcusable observancia, imputable a la «culpabilidad» del infractor, sino de las consecuencias objetivas derivadas del estado de explotación insuficiente o nula de una finca que, por ser incompatible con la función social de la propiedad agrícola, se hace necesario remediar en atención a esa prioritaria finalidad"* (FJ 4). De ahí que podamos salvar la constitucionalidad de las leyes autonómicas en este punto.

Resta pues intentar defender la constitucionalidad de este tipo de iniciativas en lo que se refiere al principio de igualdad, ya que el Gobierno alega, asimismo, la inconstitucionalidad de las normas pues, a su entender, establecen una discriminación arbitraria entre los propietarios de viviendas incursas en procedimientos de ejecución hipotecaria, pues la mayor parte de estas normas solo expropian el derecho de uso de la vivienda a entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, y no al resto de propietarios que incurran en el mismo supuesto de hecho, vulnerando, desde su punto de vista, los arts. 14 y 9.3 de la Constitución Española. Recordemos que este problema se planteó también con el ya estudiado art. 42.6 de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, determinando el *Consell* catalán que dicho precepto adolecía de un defecto de inconstitucionalidad, por realizar una distinción discriminatoria entre los propietarios afectados por la expropiación temporal del usufructo. Asimismo, el Consejo Económico y Social de Canarias entendió que el anteproyecto de ley de modificación de la ley 2/2003, producía una doble discriminación determinando que *"de un lado se establece una suerte de cobertura privilegiada del uso de la vivienda por parte de los expropietarios frente a la de los exinquilinos. De otro lado existe también un trato discriminatorio a la hora de determinar quien se va a ver afectado por la expropiación, en la medida en que los procedimientos que desencadenarían éstas sólo han de ser instados por entidades financieras o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activo, en los cuales resulte adjudicatario alguno de ellos, si por el contrario el procedimiento derivado de una ejecución hipotecaria lo insta una*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

figura jurídica no incluida en la tipología anterior, un particular o la administración pública, no habría expropiación de uso (99)*".*

Debemos de tener en cuenta, en primer lugar, que el dictamen del *Consell* catalán con respecto al citado art. 42.6 contó con varios votos particulares que afirmaban que el precepto debía de ser reputado constitucional ya que se trataba de situaciones fácticas diversas. Pero, además, no podemos olvidar la jurisprudencia constitucional que, a propósito del estudio de la Ley de la dehesa extremeña, antes citada, determina, en su Sentencia núm. 186/1993 de 7 junio (RTC 1993\186) que los preceptos 14, 139 y 149 de la Constitución Española *"no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todas las materias y en todo el territorio del Estado. En caso contrario, semejante uniformidad, ciertamente, sería incompatible con la autonomía constitucionalmente garantizada, de manera que, en lo que se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que la Constitución impone es una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, pero no, desde luego, una absoluta identidad en las mismas.*

Desde esta consideración, la objeción planteada queda desprovista de fundamento, una vez que, más allá de la denunciada falta de uniformidad en la manera que los recurrentes la entienden, en forma alguna cabe apreciar que la Ley extremeña sea incompatible con esa igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos en relación concreta, en este caso, con el ejercicio de los derechos y correlativos deberes patrimoniales que garantiza el art. 33 de la Constitución" (FJ 3).

A la luz de lo expuesto debemos de plantearnos si en el caso de las iniciativas autonómicas existe vulneración o no del principio de igualdad o, mejor dicho, si cabe la posibilidad de que las leyes estén estableciendo una diferenciación entre las entidades bancarias y otras personas jurídicas, pues efectivamente no se trata de un mismo supuesto fáctico.

En efecto, las medidas se dirigen contra las entidades bancarias de forma específica, si bien no podemos olvidar que las expropiacio-

(99) http://www.cescanarias.org/publicaciones/dictamenes/dic_2013_02_tex.pdf (página visitada por última vez el 26 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

nes de uso que se plantean se realizan respecto de aquellas viviendas que se encuentran incursas en un procedimiento de desahucio por ejecución hipotecaria. Parece obvio que, atendiendo a la estructura de nuestro sistema financiero y a la lógica del propio mercado inmobiliario, el ejecutante será, en la mayor parte de los casos, por no decir en casi todos, una entidad de crédito. No podemos olvidar que el principal sistema de acceso a la vivienda en nuestro país es el préstamo bancario, para cuya devolución se establece una garantía hipotecaria que suele recaer sobre el propio bien inmueble que el particular desea adquirir. Siguiendo esta estructura, no parece un argumento de peso el que se plantee que se produce una discriminación con respecto a otras personas jurídicas, ya que en la mayor parte de las ocasiones no existen otras personas jurídicas que participen de una relación hipotecaria. El ejecutante, en los procedimientos de ejecución, es casi siempre una entidad bancaria. Es cierto que en la práctica nos podemos encontrar con otro tipo de sujetos en la posiciones de ejecutante, si bien estos casos tienen poca relevancia en relación con el volumen de ejecuciones hipotecarias iniciadas por las entidades bancarias. Tanto es así que el Colegio de Registradores de la Propiedad, en sus informes estadísticos, se refiere expresamente a las entidades bancarias como ejecutantes de los bienes inmuebles hipotecados, obviando cualquier alusión a otro tipo de personas jurídicas que puedan posicionarse como ejecutantes. Tampoco podemos olvidar que el RDL 6/2012, ya analizado, se orienta a establecer un Código de Buenas Prácticas al que podrán adherirse las entidades financieras. Asimismo, el peso de las entidades financieras en el procedimiento de ejecución hipotecaria es palpable en los propios medios de comunicación (100).

Todo ello revela, por tanto, que no se encuentran en una misma posición fáctica las entidades bancarias frente al resto de personas jurídicas que pueden constituirse como ejecutantes de un procedimiento hipotecario, ya que existe una serie de elementos diferenciadores entre ambos tipos de sujetos que pueden ser condensados en cuestiones de carácter cuantitativo, debido al elevadísimo número de ejecuciones hipotecarias en las cuales el ejecutante es una en-

(100) http://cincodias.com/cincodias/2013/04/11/economia/1365670921_516740.html (página visitada por última vez el 26 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tidad de crédito, y desde un punto de vista cualitativo, debido a la preeminencia de este tipo de entidades en el sector del mercado inmobiliario.

Entendemos, pues, que no se vulnera el principio recogido en el art. 14 de la Constitución, ya que no se puede tratar de forma igualitaria a situaciones que son de por sí desiguales, y la desigualdad existente entre las entidades bancarias y el resto de personas jurídicas en el plano de los procedimientos de ejecución hipotecarias es palpable tanto desde un punto de vista jurídico como social.

Además de los argumentos ya esgrimidos, ha de tenerse en cuenta que no es la primera vez que se emplea la potestad expropiatoria para garantizar la estabilidad. En los años ochenta del pasado siglo, el ejecutivo central declararía la expropiación forzosa del Grupo RUMASA a través del Decreto Ley 2/83, posteriormente convalidado por la Ley 7/1983. La Exposición de Motivos de la citada ley establecía que la expropiación forzosa mediante la técnica de expropiación legislativa se debía a la *"preocupación permanente de las autoridades monetarias que han venido manifestando formalmente su disconformidad con la política de riesgos e inversiones practicada".* La expropiación temporal del uso de una vivienda y la expropiación del Grupo RUMASA son casos diversos, pues en el primer caso la expropiación se concibe desde una perspectiva plural y con vocación de generalidad, mientras que en el caso de RUMASA, nos encontramos ante lo que se denomina una expropiación singular. No obstante, en ambos casos se persigue un mismo fin: la estabilidad. Hace unos años el Gobierno e, incluso, el propio Tribunal Constitucional, permitieron una expropiación legislativa con el fin de garantizar la estabilidad financiera. En este caso, el de las leyes autonómicas, se persigue también la estabilidad, aunque de otra índole: la estabilidad social.

Las iniciativas tomadas por las distintas Comunidades Autónomas en lo que se refiere a la configuración de un sistema expropiatorio del uso de las viviendas incursas en un procedimiento de ejecución hipotecaria presentan numerosas ventajas, que, incluso, ya han sido resaltadas por algún sector de la doctrina (101), estableciendo

(101) http://www.esade.edu/web/cat/about-esade/today/esade-opinion/viewelement/288303/1/la-constitucionalidad-de-las-expropiaciones-de-uso (página visitada por última vez el 27 de abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que, en primer lugar, es una medida adecuada para el fin propuesto y es que garantiza el acceso a una vivienda digna a personas en situación de precariedad. También se resalta el hecho de que en la actualidad representa una de las medidas que tiene un carácter menos gravoso, pues no debemos de olvidar que la regla establecida en el art. 15 de la Ley de Expropiación Forzosa determina que únicamente se adquirirán *"los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación"*, y, en este caso, parece que no es necesario recurrir a la expropiación del derecho de propiedad del bien, ya que le fin último de la expropiación se consigue a través de la privación de los derechos de uso del inmueble. Asimismo, no resulta un sacrificio excesivo para los propietarios de esas viviendas, que según hemos analizado son, en definitiva, los bancos, ya que lo más probable es que se mantuvieran dichas viviendas desocupadas y desatendidas, incluyéndose dentro de esa desatención el impago de las cuotas a las comunidades de propietarios de las viviendas que estén sometidas a un régimen de propiedad horizontal. A ello hay que añadir el hecho de que las entidades bancarias se benefician del pago del justiprecio como consecuencia de la expropiación temporal de las facultades de uso sobre el bien inmueble, en los términos expuestos con anterioridad.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto se puede concluir que las leyes andaluzas, navarra y canaria no deberían de ser reputadas como inconstitucionales, ya que superan todos los parámetros de constitucionalidad de acuerdo con lo establecido en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A todo ello hay que unir el hecho de que estas iniciativas resultan en todo modo beneficiosas tanto para los beneficiarios como para los propios sujetos expropiados.

III. CONCLUSIONES

1. La crisis económica en la que nos hallamos inmersos ha tenido un gran impacto sobre los particulares, ya que muchos de ellos no han podido hacer frente a los pagos de las cuotas del préstamo hipotecario que en su día suscribieron para adquirir su vivienda. Ello hace necesario la implantación de medidas encaminadas a proteger al deudor hipotecario en aras de la consecución la estabilidad social.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2. Desde el ámbito del Derecho Privado una de las medidas propuestas para garantizar la protección de los deudores es la dación en pago que permite extinguir la obligación existente a partir de la entrega del inmueble a la entidad bancaria acreedora.

3. La dación en pago presenta diversas ventajas, ya que permite extinguir la obligación del deudor, así como satisfacer el crédito de la entidad acreedora. Se trata, por tanto, de una limitación al principio de responsabilidad personal recogido en los arts. 1911 CC y 105 LH, lo que supone la liberación de la deuda de forma completa, a diferencia de lo que ocurre en aquellos procesos de ejecuciones hipotecarias en los cuales existe un exceso no cubierto con la adjudicación.

4. La figura de la dación en pago presenta igualmente distintos inconvenientes debido a diversas deficiencias que presenta su regulación normativa en el RDL 6/2012, que, aunque hayan sido matizadas por la Ley 1/2013, no han sido totalmente corregidas. Entre estas desventajas debemos hacer una especial mención al reducido ámbito de aplicación subjetiva y objetiva sobre el que opera la dación en pago, que impide, en muchas ocasiones, la propia vocación de la norma que es la de ofrecer una protección efectiva al deudor hipotecario.

5. Debido a los inconvenientes anteriormente apuntados, se hace necesaria la articulación de nuevas medidas que permitan paliar la situación en la que se encuentran los consumidores-deudores. Debe destacarse la iniciativa tomada por una pluralidad de Comunidades Autónomas que han impulsado distintas normas cuya principal novedad es la de regular un sistema expropiatorio de carácter temporal que se proyecta sobre las facultades de uso de la vivienda. Esta medida permitiría expropiar a las entidades bancarias temporalmente el uso sobre la vivienda, que quedaría en manos de sus anteriores propietarios, es decir, de los deudores que no pudieron hacer frente al pago de las cuotas del préstamo hipotecario y perdieron su vivienda en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

6. La iniciativa de las Comunidades Autónomas ha supuesto una gran conmoción en el ámbito jurídico, social y político, ya que se ha

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

planteado la compatibilidad de las mismas con nuestro texto constitucional.

7. La preocupación por el derecho a la vivienda ya se encuentra en el plano comparado, en el que podemos encontrar diversos ejemplos de medidas que tratan de paliar la existencia de viviendas vacías. Por lo que se refiere al ámbito interno, no es la primera vez que se propone la regulación un sistema expropiatorio de carácter temporal sobre las facultades de uso de un inmueble.

8. La constitucionalidad de las normas autonómicas que abogan por un sistema de expropiación temporal del uso ha de afirmarse a la luz de la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

9. Desde este trabajo estimamos que la mejor forma de proteger al deudor hipotecario es que tanto el legislador autonómico como el nacional garanticen una correcta producción y aplicación normativa, lo que supone una actuación conjunta y cohesionada, que permita salvaguardar el derecho a una vivienda digna y, en definitiva, a una vida digna.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ALGUNAS CUESTIONES NOTARIALES Y REGISTRALES DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Ricardo Cabanas Trejo
Doctor en Derecho
Notario

Resumen: El nuevo procedimiento notarial/registral del Acuerdo Extrajudicial de Pagos genera algunas dudas en cuestiones de tramitación, empezando por el deslinde de competencias entre ambos funcionarios. No corresponde a estos funcionarios escrutar todas las fases del expediente que son incumbencia del Mediador Concursal, y tampoco fiscalizan la conducta del deudor. Por eso se puede hablar de un procedimiento notarial/registral, pero no de una homologación notarial/registral, ya que el papel que cumplen ambos funcionarios no coincide con el que correspondería al Juez Mercantil en una eventual homologación del acuerdo. Por tal motivo la expansión de sus efectos a los acreedores no consentidores descansa realmente en la posibilidad última de impugnación judicial y en la publicidad de la que está dotado el Acuerdo y el entero expediente.

Palabras clave: insolvencia, notario, registro, acuerdo, garantía.

Abstract: The new procedure notarial/registral of the Extrajudicial Agreement of Payments generates some doubts in procedure questions, beginning between both with the demarcation of competitions officials. It doesn't correspond these officials to scrutinize all the phases of the file that are incumbency of the Mediator Concursal, and neither they investigate the debtor's behavior. For that reason one can speak of a procedure notarial/registral, but not of an approval notarial/registral, since the paper that both officials complete doesn't coincide with the one that would correspond the Mercantile Judge in an eventual approval of the agreement. For such a reason the expansion of its effects to the non indulgent creditors really rests in the last possibility of judicial objection and in the publicity of the one that is gifted the Agreement and the integer file.

Keywords: *insolvency, notary, register, agreement, guarantee.*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN, ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

II. PRESUPUESTOS DEL EXPEDIENTE
1. Presupuesto objetivo
2. Presupuesto subjetivo

III. CUESTIONES DE COMPETENCIA
1. Competencia objetiva
2. Competencia territorial

III. LA SOLICITUD Y SU ADMISIÓN
1. Control de la documentación presentada
2. Control de la legitimación del instante
3. Control del presupuesto objetivo
4. Control de las prohibiciones legales
5. Oposición y desistimiento
6. Formalización del expediente

IV. DESARROLLO DEL EXPEDIENTE
1. Nombramiento y aceptación del MC
2. Comunicaciones oficiales
3. Convocatoria para la reunión
4. Otras comunicaciones privadas
5. La reunión de los acreedores

V. ESCRITURA PÚBLICA

VI. ACTUACIONES POSTERIORES AL ACUERDO

VII. CONTROL EXTERNO
1. Control durante la tramitación del expediente
2. Control posterior de los presupuestos

VIII. UNA VALORACIÓN FINAL

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. PRESENTACIÓN, ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incorpora a la Ley Concursal mediante un nuevo Título la novedosa figura del Acuerdo Extrajudicial de Pagos –AEP–. Como no se trata de un mero acuerdo entre el deudor y sus acreedores, o sólo con algunos de ellos, ya que se imponen determinados efectos por la sola iniciación del expediente (art. 235 LC), con extensión de su contenido a sujetos no consentidores (1), se consideró necesario franquear la entrada a otras personas con función de garantía en un ámbito que inicialmente sólo habría de ser negocial (2). La singularidad de la solución española

(1) Aunque perezca insólito, no están demasiado claros en la LC dos aspectos fundamentales de la normativa. En primer lugar, no está claro quiénes son los acreedores afectados, en particular si han de ser todos los acreedores del deudor, o sólo aquellos incluidos por el deudor en su lista inicial, dejando al resto fuera de la negociación, y lógicamente de sus efectos. En segundo lugar, si el AEP vincula a todos los acreedores afectados (ya sean todos los del deudor, o únicamente los seleccionados por éste, según la opción anterior), o sólo a los firmantes/adheridos, dejando fuera a los restantes, en aplicación del principio de relatividad de los contratos, por cuanto no hay homologación judicial. En la exposición que sigue he optado por una de ellas (todos los acreedores y AEP obligatorio para todos), de ahí que muchas de las conclusiones deban tomarse *ceteris paribus*, sólo si finalmente se aceptan esas premisas. Lamentablemente, el RDL 4/2014 ha desperdiciado la oportunidad de aclararlo.

(2) El modelo inicial de 2013 era coherente con esta idea, pues en los otros mecanismos preconcursales la paralización de ejecuciones era mucho más restrictiva y demandaba una primera intervención del Secretario Judicial –SJ– (DA 4.ª.2 LC en su anterior versión). Con el RDL 4/2014 se ha flexibilizado el sistema para todos ellos, al producirse la paralización por el mero hecho de la comunicación al Juzgado Mercantil –JM–, también cuando se trata de soluciones de tipo negocial (no obstante, queda fuera el acuerdo singular del art. 71.bis.2 LC). Sin embargo, el nuevo art. 5.*bis*.4.I LC limita la prohibición de iniciar ejecuciones a los bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en lo que parece una restricción de la prohibición inicial del art. 235.2 LC, que sólo hablaba –en realidad, sigue hablando– del patrimonio del deudor, al tiempo que plantea el problema de saber quién decide ese carácter necesario. En general tengo la sensación de que en el apartado I de ese artículo se ha colado inadvertidamente la frase "o se adopte el acuerdo extrajudicial", lo que dará lugar a más de una confusión, pues provoca un conflicto entre

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

frente a otras de Derecho Comparado está en la –casi– completa huida del JM, pues no se ha considerado oportuno que el expediente dependa del mismo para su tramitación, pero tampoco se ha confiado la fase de negociación a la exclusiva soberanía de los particulares. Por eso, la intervención del JM es meramente circunstancial, sólo prevista en caso de impugnación del acuerdo, aunque su mera posibilidad, unida a la publicidad del expediente, parece suficiente justificación para la expansión subjetiva de los efectos del AEP. El modelo es fundamentalmente extrajudicial, pero no se puede considerar completamente negocial. Al contrario, estamos ante un verdadero procedimiento, aunque sea extrajudicial, y además bastante rígido, sobre todo en comparación con la alternativa del Acuerdo de Refinanciación –AR–, si bien la equivalencia no es completa en cuanto a los sujetos que pueden acudir al AEP o a una de esas alternativas (3). Dicho esto, el verdadero protagonista del expediente

---

la ley especial (art. 235.2 LC) y la ley posterior (art. 5.*bis.*4 LC) en relación con el carácter necesario del bien para la actividad. Considero más conforme con la naturaleza del expediente de AEP como procedimiento reglado que encauza una negociación con posible efectos expansivos, donde resulta posible un mínimo control de las condiciones de acceso y de tramitación por parte del Registrador Mercantil o del Notario –RM/N–, que se mantenga la paralización total –pero, temporal– de acuerdo con la norma especial, y congruentemente se prescinda de una previa declaración sobre el carácter necesario del bien (declaración que sólo podría hacer el JM, con el consiguiente retardo). Habría base, entonces, para seguir hablando de una cierta especialidad de los efectos de la iniciación del expediente de AEP frente a las otras soluciones preconcursales.

(3) Al tratar del AR de la DA 4.ª LC, destaca Pulgar Ezquerra, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, Madrid, 2012, p. 317, cómo la homologación judicial permite trascender el marco general de las obligaciones y contratos, convirtiendo el contrato en procedimiento; en relación con el AEP, la misma autora señala en "Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* número 20, 2014, pp. 43-72, esp. p. 64, que los requisitos de publicidad y la previsión de una vía de impugnación constituyen los elementos clave para la posible extensión de los efectos, aunque demanda una aclaración por el legislador (que no se ha producido en el RDL 4/2014). No obstante, como quiera que un control judicial acotado a la impugnación del acuerdo debía parecer poca garantía al legislador, se ha querido compensar con una sobrecarga del procedimiento y de los mecanismos de publicidad, según tendremos ocasión de ver.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

es un tercero, el Mediador Concursal –MC–, que desempeña no obstante un cargo de naturaleza privada, aunque de elección para nada libre (4). Participa de la naturaleza del mediador por su neutralidad y el papel activo en la consecución del acuerdo, pues no se limita a transmitir la propuesta del deudor, sino que la redacta, aunque la presenta con su consentimiento, sin perjuicio de los cambios a instancia de los acreedores, que también ha de aceptar el deudor (art. 236 LC). Pero ahora nos interesa el tercero instrumental de naturaleza pública a quien la LC encarga las cuestiones relacionadas estrictamente con la tramitación del expediente, y cuya intervención justifica en gran medida la automaticidad –o superior extensión– de alguno de los efectos vinculados a la simple iniciación. Se trata del RM/N, a quien corresponde recibir y aceptar la solicitud de AEP, hacer el nombramiento de MC, practicar las comunicaciones públicas y, en determinados casos, el notario algunas privadas, y, también, un notario proceder a la elevación a escritura pública del acuerdo (5), así como extender el acta de cumplimiento/incumplimiento del AEP a iniciativa del MC. El protagonismo de estos funcionarios en un expediente que se ha querido fuertemente –pero no, totalmente– desjudicializado, justifica que ahora podamos hablar de un procedimiento con efectos exorbitantes de la negociación y del acuerdo estrictamente privado. El presente trabajo sólo quiere llamar la atención sobre algunas cuestiones que provoca su intervención, en algún caso quizá con reflexiones de alcance muy doméstico, pues afectan realmente a la gestión interna de estas oficinas, pero no por eso carentes de interés general. De todos modos, se impone una advertencia previa sobre el alcance de esa intervención, pues la

(4) El nombramiento de MC habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del BOE (art. 233.1 LC). Para acceder a ese portal es necesario haberse inscrito previamente en la sección segunda del RMIM, haciendo que su inscripción sea excepcionalmente obligatoria (art. 18.1 RD 980/2013): por eso considera PRATS ALBENTOSA, L. "La mediación (pre)-concural", *Diario La Ley,* número 8.264, 2014, pp. 1-20, esp. p. 9, que la profesión se presenta como un ejercicio altamente regulado, que no libre.

(5) Empleo el artículo indeterminado, por la posibilidad de que sea un notario distinto al que tramite el expediente, posibilidad convertida en certeza cuando la tramitación corresponde al RM.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

figura del RM/N en ningún caso es equiparable a la del JM, del mismo modo que la del MC tampoco lo es a la Administrador Concursal –AC–. En concreto, la posibilidad de hacer valoraciones *ad casum* y de escoger entre varias alternativas, está fuertemente limitada en el caso del RM/N. Ambos funcionarios pueden comprobar muy pocas cosas y valorar casi nada. Esta limitación se traduce en decisiones que el RM/N no puede tomar, especialmente cuando respondan a un criterio de mera oportunidad o de conveniencia, y que en teoría son posibles en un procedimiento más judicializado. Pero tampoco se puede hablar de una homologación registral/notarial del AEP, como sustitutivo de una hipotética homologación judicial (v. *infra*). Por eso la justificación de algunos efectos expansivos sólo se puede buscar en la muy disminuida intervención judicial, que de forma reactiva sigue siendo posible.

Conviene empezar por los antecedentes de un procedimiento preconcursal tramitado por el RM/N, siendo de gran interés entonces el Anteproyecto ROJO de 1996, donde un arreglo similar era calificado como suspensión de pagos a disposición de cualquier deudor, fuese persona natural o jurídica. En cambio, la competencia siempre correspondía al RM, también para los sujetos no inscribibles, aunque se iniciaba con un acta notarial. El acta ya debía incluir una propuesta de convenio con espera máxima de 3 años, sin quita, además de un plan de continuación. Entre los documentos adjuntos se exigía un inventario de bienes con expresión del valor, una relación de acreedores calificados según criterios concursales, y una certificación de auditor de que el activo real es manifiestamente superior al pasivo exigible, y de que, según la contabilidad del deudor, llevada en debida forma, no exista acreedor o crédito alguno que se haya omitido en la relación adjunta. Una interesante regla de procedimiento era que los defectos subsanables impedían la apertura del expediente, sin práctica de anotación, frente al sistema registral habitual de asiento de presentación y retroacción de efectos a la subsanación o recurso. Pero lo más destacable para el tema que ahora nos ocupa era la mayor presencia del juez, ante el que se podía instar directamente el sobreseimiento por determinadas causas, la inclusión/exclusión/modificación de créditos o de su calificación, el nombramiento de un interventor a instancia de los acreedores (haciendo necesaria la autorización para determinados actos del deudor, so pena de ineficacia), y, sobre todo, la necesidad de aprobación judicial del convenio.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Posteriormente en el tiempo, durante la tramitación de la reforma de la actual LC en el año 2011, hay que referirse a las enmiendas de CIU (números 159 y 202) a propósito de un procedimiento notarial destinado a la liquidación patrimonial por sobreendeudamiento de las personas naturales, con independencia de su actividad (consumidor o empresario), por medio de un letrado colegiado en quien se delegaba su negociación, que llegaron a aprobarse en el Senado, pero se rechazaron en el Congreso a cambio de un compromiso futuro. Si pasamos ya a la gestación del vigente sistema de la Ley 14/2013, el cambio de orientación entre una primera y una segunda versión del Anteproyecto resulta bastante significativo. No sólo porque en un texto de marzo de 2013 se incluía cualquier persona natural en situación de sobreendeudamiento, también, en lo que ahora nos interesa, porque la tramitación era exclusivamente a cargo del RM, aunque con elevación del acuerdo a escritura pública (6).

Si examinamos también de forma breve los modelos de Derecho comparado, resulta muy difícil encontrar alguno semejante al español, al menos por los sujetos que intervienen para su control y eventual dirección. Hay sistema en los que se acude a la figura de un mediador o equivalente para facilitar la aproximación entre el deudor y sus acreedores, pero otros terceros que deban intervenir, distintos del juez, rara vez encarnan en el responsable de un registro público o en un notario. En términos generales los sistemas basculan entre una acusada indiferencia por la negociación anterior al concurso, sin perjuicio de establecer después reglas especiales una vez declarado el concurso, y la configuración de un procedimiento específico preconcursal, en ocasiones con la intervención de organismos dispuestos a tal fin. Pero en todos ellos el registro cumple una función de mera publicidad, y en cuanto a los notarios, allí donde pueda detectarse una cierta equivalencia funcional con nuestro país, intervienen en el ejercicio de sus funciones habituales, sin perjuicio de que puedan

(6) Con posterioridad han seguido las iniciativas en esta materia, así la proposición de Ley del GP socialista sobre un procedimiento extrajudicial previo al concursal para determinadas personas físicas de naturaleza notarial (Boletín del Congreso de los Diputados de 13/12/13, número 152-1, pp. 1-7); sobre otra propuesta anterior del mismo GP, v. Lara González, R., "El procedimiento extrajudicial (notarial) proyectado para el supuesto de la insolvencia no dolosa del consumidor", *Diario La Ley,* número 8.002, 2013, pp. 1-12.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

desempañar alguna tarea específica en relación con el expediente, pero nunca asumir la dirección del mismo. En este sentido en Francia se han configurado unos mecanismos de alerta mediante la adhesión a unas agrupaciones de prevención que analizan de modo confidencial la información de la empresa y que permiten al presidente del tribunal de comercio convocar a los directivos para que tomen medidas que reconduzcan la situación. También puede nombrar un mandatario *ad hoc,* fijando su misión, que bien puede ser la preparación de la siguiente fase. El nivel o fase siguiente es el procedimiento de conciliación donde el presidente del tribunal designa un conciliador que ha de favorecer el acuerdo con los principales acreedores. El resultado de la conciliación es un acuerdo amistoso, con efecto puramente contractual, que puede ser meramente constatado por el tribunal permaneciendo secreto, o bien homologado por el tribunal dotándolo de publicidad para protegerlo contra las acciones revocatorias y dar preferencia de cobro a los nuevos prestamistas en un eventual procedimiento colectivo posterior. El siguiente nivel es un instrumento judicial de prevención, la llamada salvaguarda. Es un procedimiento colectivo judicial que dura de media aproximadamente un año, a veces más (período de observación), al término del cual el tribunal puede admitir un plan de continuación de la empresa que permita su reorganización por el deudor. Son posibles diferentes nombramientos: mandatario judicial, controladores, redactor del inventario (puede ser un notario, art. L621-4 *CCom*). Similar al francés es el sistema imperante en Bélgica, donde se distinguen tres fases o mecanismos. Una primera fase sería de recogida de datos e investigación comercial, con la intervención de la sala de investigación del tribunal y la posibilidad de que ésta designe, a instancia del deudor, un mediador de empresa para facilitar la reorganización. También podrá nombrar uno o más administradores judiciales cuando haya amenaza para la continuidad de la empresa, precisando el alcance de su función. Una segunda fase es el convenio amistoso que el deudor puede proponer a todos o sólo algunos de sus acreedores, sin obligar a terceros, que tampoco son informados. La tercera fase es la reorganización judicial de la empresa en crisis con tres posibles opciones: por acuerdo amistoso (constatado por el tribunal y que obliga a las partes); por acuerdo colectivo (la homologación hace el acuerdo obligatorio para todos los acreedores afectados, que son los anteriores a la apertura del procedimiento); por transmisión de la empresa bajo

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

control del juez. También resulta de interés el sistema vigente en Portugal, por la existencia de un proceso especial de revitalización que se inicia por manifestación del deudor y, por lo menos, uno de sus acreedores, de iniciar las negociaciones, ante el tribunal competente para la insolvencia. Se nombra un administrador judicial provisional que orienta y fiscaliza las negociaciones y que no sustituye al deudor en la gestión de su actividad, pero cuya autorización puede ser necesaria para actos de especial relieve. El plan aprobado por los acreedores debe ser homologado por el juez y vincula a todos los acreedores, aunque no hayan participado. Como alternativa, el deudor puede negociar extrajudicialmente con una parte sustancial de sus acreedores un acuerdo de recuperación que presente después de su aprobación para homologación judicial. El sistema en Italia está caracterizado por la pluralidad de supuestos y de procedimientos. Prescindo ahora del *concordato preventivo* (arts. 160 y ss. *LF*), de los *accordi di risanamento* (art. 67.III.d *LF*) y de los *accordi di ristruturazione* (art. 182.*bis LF*), para aludir simplemente a la novedad legal más reciente (Ley 3/2012 y sus avatares posteriores) referida a la crisis de sobreendeudamiento cuando se trata de consumidores o empresarios no sujetos a los procesos concursales ordinarios. Son dos los instrumentos que ahora interesan, gestados con el auxilio de los denominados Organismos de Composición de la Crisis –OCC– (es muy amplio el catálogo de profesiones e instituciones que pueden constituir estos organismos, entre ellos los notarios y sus corporaciones). En primer lugar estaría el acuerdo de reestructuración de deudas y de satisfacción de créditos sobre la base de un plan de contenido amplio, cuya propuesta es objeto de depósito en el tribunal y con el Decreto de audiencia se dispone, entre otros extremos, la publicidad de la misma. El acuerdo mayoritario está sujeto a homologación judicial, siendo necesaria una certificación del OCC sobre su viabilidad. El otro instrumento es el plan del consumidor, que puede ser objeto de homologación sin el acuerdo de los acreedores. Por último, el Derecho alemán no regula un procedimiento extra/pre-concursal, y mucho menos extrajudicial. Se supone que esos acuerdos lo son, precisamente, por quedar en el ámbito de la autonomía de la voluntad, sin sujeción a un procedimiento estricto y con el único fundamento de las normas generales. No obstante, aunque encuadradas en un procedimiento de insolvencia, la *InsO* regula dos figuras especiales que pueden cumplir una función claramente preventiva. La primera está en

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

relación con la que podríamos denominar como "propia administración" (*Eigenverwaltung*). Al solicitar el concurso el deudor puede pedir que se le mantenga en la gestión de la propia empresa y que en lugar de un AC (*Insolvenzverwalter*) se nombre un controlador o síndico (*Sachwalter*), con funciones mucho más acotadas. En tal caso, si la situación sólo es de insolvencia inminente o de sobreendeudamiento, y así lo pide el deudor, el juez puede otorgar un plazo para la presentación de un plan de insolvencia no superior a tres meses, sin que se decida sobre la apertura del concurso hasta el final de ese plazo. El deudor ha de acompañar una certificación técnica justificada (*mit Gründen*) sobre el presupuesto objetivo que excluya la insolvencia actual y sobre la viabilidad del saneamiento (la calificación profesional para emitir esa certificación es muy abierta –asesor fiscal, auditor, abogado– y en última instancia se deja al control del juez). La finalidad de este plazo es conceder una pantalla protectora (*Schutzschirm*) al deudor, pues el juez puede disponer como medidas provisionales el nombramiento de una comisión de acreedores, la prohibición de ejecuciones, o la generación de créditos contra la masa por el mismo deudor. También es posible que el juez ordene a solicitud de los acreedores que la eficacia de ciertos actos del deudor quede sujeta a la autorización del síndico, lo que deberá indicarse en el Registro de la Propiedad. El plan se termina aprobando según las reglas generales una vez acordado el concurso. Pero ha de quedar claro que esta solución se enmarca en un procedimiento de insolvencia que se termina declarando, no constituye una alternativa al concurso, sino que permite entrar en el mismo con la negociación del plan de saneamiento ya adelantada. La intervención judicial constituye así la justificación de la pantalla protectora. El otro supuesto singular se encuentra en el procedimiento de insolvencia del consumidor, aunque extensivo al empresario persona física que ha ejercido –en pasado– una actividad económica de muy reducidas dimensiones. Aunque se trata de un procedimiento concursal, hay que presentar con la solicitud un certificado de persona o de institución adecuada que acredite haber intentado sin éxito dentro de los seis meses anteriores un acuerdo previo con los acreedores sobre la base de un plan de saneamiento (que debe adjuntarse) y que destaque las causas del fracaso (los *Länder* han de establecer qué profesionales están autorizados para expedir esa certificación; se considera que en todo caso están los abogados, notarios y asesores fiscales). Ningún requisito estable-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ce la ley sobre esta negociación extrajudicial, ni de forma, ni de contenido, ya que el deudor puede acometerla con la más amplia libertad, siempre que lo haga seriamente. Fracasada esta negociación previa necesaria, sobre cuya utilidad práctica muestra dudas la doctrina, con ocasión de solicitar la insolvencia se presenta un nuevo plan de saneamiento, ahora bajo supervisión judicial, y mientras se decide sobre el mismo, por un plazo máximo de tres meses, se suspende la apertura del concurso. El plan se aprueba por todos los acreedores, pero con la posible sustitución de los discrepantes por el juez para evitar la obstrucción (necesaria entonces mayoría favorable de pasivo y de personas), confirmándose el resultado por el juez. Su eficacia es la de una transacción y se entiende retirada la solicitud de concurso. El fracaso en la consecución del acuerdo no impide aplicar en el concurso inmediato las normas sobre la propia administración (*Eigenverwaltung*) y el plan de insolvencia, que con anterioridad a la reforma 2013 se excluían expresamente en el llamado procedimiento sumario.

II. PRESUPUESTOS DEL EXPEDIENTE

1. Presupuesto objetivo

Aunque considerado un expediente preconcursal, la anticipación del AEP no se refiere propiamente al presupuesto objetivo del concurso, ya que se hace coincidir con la insolvencia (7). No creo que tengan mayor importancia algunas diferencias semánticas aparentes entre la persona física y la jurídica en el art. 231 LC, como hablar sólo cumplimiento de regular, sin alusión a la puntualidad en el pago. En particular, el hecho de hablar sólo de insolvencia para la persona jurídica no ha excluir para ésta la insolvencia inminente (8). El supuesto ha de ser común para ambas clases de sujetos, y ninguna razón hay para apartarse del tipificado con ese *nomen* en

(7) Mientras el Anteproyecto de marzo de 2013 hablaba de sobreendeudamiento y de situación de desequilibrio.

(8) Expresa sus dudas por la forma en que se expresa el precepto, Gallego, E., "La mediación concursal", *Anuario de Derecho Concursal,* número 31, 2014, pp. 11-63, esp. p. 37.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la LC, en sus dos modalidades. Por ello un deudor en situación de insolvencia actual también puede solicitar el AEP, con la esperanza de que una mera reorganización del pasivo, y la posibilidad de pagar algunas de sus deudas mediante una cesión de bienes, permita la recuperación de la solvencia. La función no sería entonces preventiva de la insolvencia, sino que busca realmente su remoción (9). La preconcursalidad puede operar así en un sentido estrictamente procedimental, sólo porque el deudor consigue bloquear durante algún tiempo la declaración de concurso, aunque se encuentre ya en situación de insolvencia actual.

2. Presupuesto subjetivo

El expediente de AEP no está al alcance de todos los deudores, en particular no está a disposición de todas las personas físicas, en lo que constituye una primera diferencia con el AR. Por otro lado, también el volumen de actividad, medido según diferentes parámetros, constituye un límite por arriba.

a) Persona física: en este caso se ha de satisfacer un requisito adicional objetivo por razón de la actividad para acudir al AEP, ya que se exige ser empresario, aunque en un sentido muy amplio, que desvirtúa su genuina acepción técnico/mercantil, un poco como ocurre también con la nueva noción de "emprendedor" (art. 3 Ley 14/2013). Por eso a los efectos del AEP se considerarán empresarios personas naturales, no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil (únicos sujetos a inscripción –voluntaria– y deber de contabilidad, importante por lo que después se dice), también quienes ejerzan actividades profesionales (tradicionalmente excluidas del ámbito mercantil) o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad

(9) Como señala Pulgar Ezquerra, J., *Preconcursalidad..., cit.,* p. 286, corresponde al deudor en el marco de la autonomía de la voluntad ante una situación de insolvencia actual o inminente escoger entre refinanciar su deuda preconcursalmente (ahora, también con la opción el AEP, pero sólo algunos deudores) o solicitar su declaración de concurso.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Social (10), así como los trabajadores autónomos (11), siempre que el pasivo no supere los cinco millones de euros (pero de todo el pasivo, no sólo el vinculado a la actividad). Ciertos sujetos como los agricultores o los artesanos entran por estas últimas vías, lo que nos conduce a una noción de empresario muy amplia, identificable con cualquier forma de participación en el mercado en nombre propio, con independencia de que la actividad sea mercantil en sentido estricto, o pueda considerarse como civil. El sujeto parece solaparse así con el que puede acceder a la condición de Empresario de Responsabilidad Limitada –ERL–, aunque no se emplea en este Título el término emprendedor (art. 7 Ley 14/2913). En todo caso, queda fuera el consumidor que sólo sea trabajador por cuenta ajena o funcionario, que sí se beneficia del nuevo régimen de exoneración de las deudas en la liquidación (art. 178.2 LC), pero dentro del Concurso Ordinario –CO–, por el que ha de pasar inexorablemente. Pero obsérvese que siendo suficiente con tener la condición de empresario a los efectos de la SS, un particular también lo sería por el mero hecho de tener una empleada de hogar –art. 10 RD 84/1996, que expresamente deja fuera el ánimo de lucro–, aunque no desempeñe actividad económica alguna.

El momento de referencia es el de la solicitud del AEP, aunque haya deudas generadas antes del inicio de la actividad, es decir,

(10) Pero el concepto de empresario en la SS presupone recibir servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, de personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el sistema de la SS (art. 10 RD 84/1996, sobre inscripción de empresas y afiliación).

(11) Según el art. 1 de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo, entrarían en este concepto, "las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena"; con estos requisitos, también se incluyen, entre otros, los familiares de los anteriores trabajadores, los socios industriales de sociedad regular colectiva/comanditaria, los comuneros, los socios de sociedad civil irregular, los directivos que posean el control de una sociedad mercantil capitalista cuando ejerzan las funciones directivas a título lucrativo y de forma habitual. Este concepto residual de trabajador autónomo permite incluir aquellos sujetos que desempeñando una actividad económica no mercantil, queden fuera del grupo anterior por no tener personal a su servicio.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

previas al inicio de la actividad que legitima el recurso al expediente. Pero esta observación nos lleva a preguntarnos sobre la inclusión de todas las deudas del solicitante, o sólo de las generadas por razón de la actividad. En otras palabras, si deben quedar fuera las deudas meramente personales, cuestión que enlaza con la más amplia de la determinación de quiénes son los acreedores afectados por el expediente. En particular, si excluidos los que expresamente quedan fuera por declaración legal (art. 232.2.I LC), todos los demás están incluidos, o por el contrario el deudor puede regularlo *ad gustum*, mediante elegir libremente a los acreedores que incluye en su lista inicial, dejando al resto fuera de la negociación, y lógicamente de sus efectos (12). En mi opinión, el deudor tiene la obligación de incluir a todos los acreedores, pues todos están afectados, salvo las excepciones legales, y todos han de ser convocados por el MC. Por eso los efectos de la iniciación del expediente también son generales. Consecuentemente, las deudas personales del consumidor/empresario también se incluyen en el expediente, y deben computar a efectos del límite máximo de pasivo, aunque no resulten de su contabilidad

b) Persona jurídica: cuando no se trata de persona natural, basta con el dato de la personalidad jurídica para entrar en el círculo de beneficiarios del AEP, sea o no sociedad de capital, sea o no sociedad mercantil (cooperativa), desarrolle o no una actividad económica (fundación, asociación), aunque se fija un límite superior por remisión al art. 190 LC, pues exige que un hipotético concurso que se declarase en ese momento, no hubiera de revestir especial complejidad en los términos de ese precepto (13).

En cualquier caso el expediente de AEP necesariamente es individual, como ocurre también con el concurso de acreedores, pero

(12) Admite la posibilidad de acuerdos parciales, que ofrecen al deudor la posibilidad de delimitar el grupo de acreedores afectados, Sanjuán Muñoz, E., "Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos", *Diario La Ley,* número 8.196, 2013, pp. 1-10, esp. p. 6.

(13) Bastará con que concurra uno de los tres criterios recogidos en el art. 190.1 LC, pero necesariamente ha de concurrir al menos uno de ellos (en este sentido los JM de Madrid, "Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo mercantil sobre criterios de aplicación de la reforma de Ley de apoyo a los Emprendedores, sobre cuestiones concursales", *Revista de*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sin posibilidad de tramitar varios AEP conexos, aunque el concurso posterior pueda serlo. Consiguientemente, no son posibles las propuestas condicionadas para varios AEP (cfr. 101 LC). La remisión a las normas de nombramiento de expertos independientes (art. 233.1.III LC) no sirve para dar cabida a los acuerdos de grupo, de forma similar a lo que ocurre con el AR y ciertos actos susceptibles de protección frente a la rescisión (art. 71.*bis*.4 LC), y mucho menos al nombramiento de un MC para todas las sociedades del grupo (14). Otra cosa es que su tramitación sea paralela, y que en la práctica el resultado de un acuerdo dependa del otro, aunque sólo sea por el desistimiento del deudor que continúe en segundo lugar, por haberse malogrado el primero (15).

III. CUESTIONES DE COMPETENCIA

1. Competencia objetiva

No resulta fácil delimitar las competencias del registrador mercantil y del notario. En correspondencia con el art. 231 LC parecería que el criterio básico atiende a la condición personal del deudor, de tal modo que si se trata de una persona natural incumbe al notario, y cuando sea una persona jurídica al registrador. Pero el art. 232.3 LC suscita dudas al hablar de empresarios inscribibles en relación con el registrador, pues el empresario individual es de inscripción voluntaria (salvo naviero y ERL), lo que dejaría la competencia del notario apenas limitada a profesionales, artesanos, ganaderos,

Derecho Concursal, número 20, 2014, pp. 471-489, esp. p. 477); en consecuencia, para un persona jurídica sería posible superar los cinco millones de pasivo, cuando, por ejemplo, tenga menos de 50 acreedores.

(14) No obstante, alude a "solicitantes del grupo", Rodríguez Conde, C., "El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013", *Revista Jurídica de Catalunya*, número 4, 20103, pp. 55-89, esp. 75.

(15) El problema es cómo desistir de la propuesta aceptada por el deudor, cuando sólo está pendiente de su aprobación en la reunión, o haya logrado, incluso, las adhesiones necesarias con anterioridad; en un caso así parece que sólo queda la salida de instar el concurso voluntario, y no muy claro que deba ser entonces CC (v. *infra*).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

agricultores y todos los que impropiamente puedan considerarse empresarios civiles (16). Y lo que es más grave, prácticamente pulverizaría el carácter voluntario de la inscripción de los empresarios mercantiles cuando quieran negociar un AEP, a pesar de que sólo se ha previsto como impedimento la falta de inscripción, cuando se trate de "los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación" (art. 231.3.2.º LC). Por otro lado, tampoco hay necesidad de acudir a esta inscripción para garantizar la publicidad del expediente, pues ya existen mecanismos suficientes para ello, y en todo caso se puede hacer público el expediente a través del RM sin necesidad de consolidar la inscripción en el mismo y manteniendo la competencia para la tramitación en el notario. Bastaría con que el notario comunicara al RM el inicio del expediente, igual que lo hace a otros registros públicos, y que aquel procediera a la apertura de una hoja, sólo para servir de soporte a la comunicación. Una vez concluido el expediente se comunicaría al RM para el cierre de la hoja, haciéndose pública a través del Registro Público Concursal –RPC– la identidad del notario competente. Una situación no muy distinta a la que se dará con las personas jurídicas inscritas en otros registros, pues sólo se les abrirá hoja en el RM a los efectos de este expediente, pero deberá cerrarse una vez concluido el expediente, pues no se convierten por mor del AEP en sujetos inscribibles en el RM. Por la misma razón, el empresario individual que no quiera inscribirse en el RM, tampoco soporta la carga de tener que hacerlo por el hecho de instar un AEP, pues no está pidiendo la inscripción de ningún documento en el RM, ni pretende aprovecharse de sus efectos legales (art. 19 CCom). El expediente de AEP no es un procedimiento que busque la práctica de un asiento en el RM, con los efectos propios de la publicidad registral, y buena prueba de ello es que también existe como procedimiento notarial.

Se demarca con ello una clara línea de separación entre la situación concursal y la meramente preconcursal. En un concurso el sujeto inscribible ha de ser objeto de previa inscripción para que la hoja abierta sirva de soporte al largo historial de resoluciones que se dictan en el mismo (arts. 24.2 LC y 320 RRM), y que puede acabar,

(16) Sobre las dificultades de delimitación, *v.* Bonardell Lenzano, R., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario,* Madrid, 2012, pp. 74 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

incluso, con una sentencia de calificación que le inhabilite. Completamente distinta es la situación en el AEP, pues el RM/N intervienen en su condición de funcionarios para cimentar un procedimiento extrajudicial que se ha querido autónomo, donde la publicidad final se consigue a través de la puesta a disposición del expediente en el RM/N, y para ello, y mientras tanto, se da publicidad al AEP mismo y a su tramitación mediante el BOE, el Registro Civil –RC– y el RPC, por no hablar de los registros de bienes (aunque esto último me parece un exceso del legislador, no deja de estar ahí), sin perjuicio de las comunicaciones directas a los propios acreedores interesados. El preconcurso para nada demanda la carga de la inscripción previa necesaria, salvo que interesadamente se quiera utilizar sólo como excusa para conseguir nuevas inscripciones.

Por eso, en mi opinión corresponden al registrador todas las personas jurídicas inscribibles, aunque lo sean en un registro público distinto del RM, y al notario todas las naturales, quizá con la excepción de aquellos empresarios que ya figuren inscritos en el RM, bien con carácter necesario (ERL), bien por haberlo sido voluntariamente con anterioridad, o por solicitud en ese mismo momento (17). Quedan en un terreno difuso las personas jurídicas que no se inscriben en algún registro público, como las sociedades civiles (salvo las profesionales), aunque tengan personalidad jurídica y aparezcan como deudoras. Como quiera que la atribución de competencia al notario no está ceñida estrictamente a las personas naturales, sino que aparece definida por exclusión de la previamente atribuida al RM, cabe entender que se extiende a las personas jurídicas que no sean inscribibles en algún registro jurídico (18).

De optar por la otra solución se estaría atribuyendo al RM la competencia sobre todos los empresarios mercantiles, dejando en nada

(17) En esta línea Bergéz Angós, I., "El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley de Apoyo de los Emprendedores", *Diario La Ley,* número 8.214, 2014, pp. 1-6, esp. p. 3, cuando atribuye al RM los casos en que el solicitante tenga la obligación de inscripción y al notario los demás casos.

(18) Pensemos en supuestos donde la personalidad jurídica resulta problemática, especialmente en el ámbito concursal, como una UTE (Bonardell Lenzano, R., "Las uniones temporales de empresas y el concurso de acreedores", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* número 17, 2012, pp. 51-65), o que sólo se inscriban en un registro administrativo (SAT).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el carácter voluntario de su inscripción cuando acudan a este expediente, y vacía en la práctica la competencia del notario (19). Por eso, aunque la competencia aparentemente se formule en disyuntiva, tampoco veo tan problemático que el empresario no inscrito, pero hipotéticamente inscribible (20), pueda escoger entre uno u otro, y sólo cuando lo haga por el RM se deba entender que solicita su inscripción conforme a las reglas generales, mientras que si lo hace por el notario, es simplemente porque quiere seguir fuera del RM (21). Con esto se insufla también un poco más de flexibilidad en un procedimiento demasiado rígido. A esto se habrá de añadir la posibilidad de escoger entre los varios notarios del domicilio, opción más problemática respecto del RM sustituto, pues la conformidad de los cotitulares puede agotar la competencia territorial de esa oficina (art. 18.8 CCom), lo que haría depender la decisión sobre la admisión de un registrador que ya no sería el RM del domicilio. De todos modos, aunque se admitiera por el sustituto, el expediente siempre volvería al RM de origen, por ser el encargado de su tramitación (sobre sustituto, v. RD 1039/2003).

Del mismo modo, sólo cuando sean personas jurídicas inscribibles en el RM será necesario pedir la inscripción previa (sociedad irregular, resultante de una fusión, beneficiaria de una escisión), lo que puede retrasar mucho el proceso si se pide simultáneamente, pues el RM no admitirá la solicitud hasta aquella inscripción. Cuando

(19) En definitiva, como señala Prats Albentosa, L. c*it.*, p. 3, constituiría una prueba más de la deriva de la estrategia de política legislativa –que quedará como marca del Legislador en la presente legislatura–, de "registralizar" nuestra vida. Quién sabe, a lo mejor el propósito del Anteproyecto de marzo de 2013 de incluir en el AEP al deudor persona natural, sin más añadidos, quizá se malograra porque no permitía convertir a todas las personas en sujetos inscribibles en el RM, y de hecho el expediente previsto –exclusivamente registral– se tramitaba sin necesidad de abrir una hoja en el RM, trámite por completo innecesario cuando sólo hay que dar número al expediente para su ulterior publicidad.

(20) Antes habría que tener clara la naturaleza civil o mercantil de la actividad, abriendo un absurdo debate teórico, sólo porque el interesado solicita de un notario el nombramiento del MC.

(21) En este sentido se podría entender la pretensión del Borrador de RRM cuando dispone que por la solicitud de AEP se entenderá solicitada la inscripción "conforme a las reglas generales"; bastaría con no solicitar el AEP del RM y hacerlo con un notario para evitar su aplicación.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la entidad no sea inscribible en ese registro, se le abrirá no obstante una hoja en el RM, pero se ha de entender que a los solos efectos de publicidad del AEP e identificación del expediente, pues no se inscribe como nuevo sujeto en dicho RM, ya que no le corresponde. Por eso, cuando termine el RM cerrará el expediente y deberá cancelar la hoja que hubiera abierto, independientemente de las comunicaciones que procedan al otro registro. No obstante, tampoco excluyo que el RM deba tramitar el expediente, dándole el correspondiente número, sin necesidad de abrirle hoja personal, pues la entidad será inscribible, y estará inscrita, pero en otro registro, siendo el RM incompetente para practicar la inscripción (pensemos en una cooperativa), en cuyo caso se debe limitar a comunicar de oficio la apertura del expediente al registro que corresponda, dando por supuesto que la publicidad del AEP se hará desde el RM. Incluso, la entidad podría no estar inscrita en su correspondiente registro, pues el condicionante de la inscripción previa está limitado al RM (art. 231.3.2.º LC), siempre que la inscripción en el otro registro no sea constitutiva de la personalidad jurídica, pues esta falta impediría el AEP (22). Ninguna razón hay para que el RM se niegue a tramitar el AEP de una entidad dotada de personalidad jurídica, aunque no esté inscrita en su registro natural (si no lo tuviera, entonces el notario), y sin que deba por eso inscribirla en el RM. El expediente se puede tramitar sin la necesaria apertura de una hoja, pues la exigencia se debe entender limitada a los empresarios y entidades inscribibles en dicho RM, y para los primeros sólo cuando voluntariamente acudan al RM pidiendo el nombramiento de MC, ya que tendrían también la posibilidad de hacerlo por notario, y sin la obligación de inscribirse.

Un problema habría con el ERL que acreditara el título (acta notarial), pero sin estar inscrito aún en el RM. Como esa condición se adquiere mediante la constancia en el RM (art. 9.1 Ley 14/2013), realmente no lo sería al tiempo de la solicitud, sin que se pueda considerar a estos efectos como incumplidor de una obligación de inscripción que cerrara el paso al expediente. Por tanto, puede acudir al notario, pero no como ERL. Si se diere el caso de obtener después

(22) Pensemos en una asociación, pues el art. 5.2 Lorda dispone que adquiere la personalidad jurídica, "con el otorgamiento del acta fundacional".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la inscripción aquella competencia debe permanecer, pues tampoco es una circunstancia materialmente relevante para el AEP.

2. Competencia territorial

Rige el domicilio del deudor, que puede no coincidir exactamente con el centro de intereses principales. Es irrelevante que haya habido un cambio de domicilio social en los seis meses anteriores (*cfr.* art. 10.1.II LC). Pueden surgir algunas dudas cuando nos encontremos con un traslado del domicilio social a una provincia distinta que aún no esté inscrito en el RM. Aunque la inscripción no sea constitutiva, por razón de tracto antes será necesario que se haya inscrito el cambio en el registro de destino. Con mayor razón aún cuando tenga carácter constitutivo, como ocurre con el traslado del domicilio al extranjero, en cuyo caso se podrá acudir al RM español, aunque ya se hubiera expedido la certificación previa con efecto de cierre provisional, siempre que no esté inscrito aún en el de destino (arts. 102 y 103 LME). También es irrelevante la integración de la sociedad en un grupo, aunque esta circunstancia afecte después a la competencia del JM (art. 25 LC). Por razón del domicilio registral en España la nacionalidad de la sociedad que acuda al AEP ha de ser española. En todo caso es conveniente exhibir un certificado de empadronamiento para comprobar el domicilio persona física, que no ha de ser española. Surgen problemas prácticos cuando haya bienes o acreedores en el extranjero, pues se incluye todo el patrimonio, sin entrar en cómo habría de calificarse un concurso en España, si como principal o territorial.

III. LA SOLICITUD Y SU ADMISIÓN

1. Control de la documentación presentada

El deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un AEP debe solicitar el nombramiento de un MC. Para ello presentará una instancia suscrita por él mismo (no es necesario abogado/procurador, ni se disfruta de los beneficios de la justicia gratuita) (23), donde

(23) Fernández Seijó, J. M., "Legislar a *Contra Coeur.* La incidencia de la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

habrá de indicar el nombre del cónyuge y el régimen matrimonial, salvo casado en separación de bienes (también en participación en ganancias) (24). La instancia, y en su caso los anejos, debe detallar:

— Aunque el art. 232 LC no lo destaque expresamente, debe indicar en el escrito que se encuentra en insolvencia actual, o si la prevé como inminente.

— Información real: el efectivo y los activos líquidos (por fácilmente realizables); se trata del saldo de los Bancos más el de la caja, al día anterior, y los activos líquidos de que dispone según sus cuentas de activo corriente deducidas del balance de sumas y saldos (25). Aquí se puede plantear un problema con las cuentas indistintas, pues no cabe aplicar sin más el artículo 79 LC, ante la ausencia de AC (para la distinción entre titularidad de una cuenta y de un fondo de inversión, v. SAP de León [1] 04/12/13 rec. 285/2013), y por eso se habrá de estar a su propia declaración; bienes y derechos de los que sea titular, sin necesidad de valoración, pero con datos registrales para la comunicación a los registros de bienes (inventario coincidente con el balance de comprobación trimestral, art. 28 CCo), con inclusión de todos los bienes gananciales, aunque sean presuntivos (26); y una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, que habrá de incluir a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público (por lo dicho antes, son todos los acreedores, también los particulares en caso de persona física). No se exige expresamente el domicilio de los acreedores, pero parece necesario para la convocatoria del MC, sin perjuicio de que el acreedor indique después una dirección de correo electrónico de conformidad con el art. 235.4 LC

Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal", *Actualidad Aranzadi Doctrinal,* número 7, 2013, pp. 1-17, esp. p. 8.

(24) En el caso de un empresario individual inscrito, tampoco sobraría una mención expresa del posible consentimiento/oposición/revocación que figure inscrito (art. 11 CCo).

(25) Rodríguez Conde, C., *cit.,* p. 75.

(26) Recuerda el sistema original de la LC, donde los bienes gananciales entraban en el activo, pero las deudas gananciales del otro cónyuge no lo hacían en el pasivo (ahora, en cambio, v. art. 49.2 LC).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

(27). También una relación de contratos vigentes. De todos modos, en relación con los acreedores no se ha previsto especialidad alguna para este reconocimiento, lo que exige incluir créditos que en un hipotético convenio concursal no disfrutarían del voto (sometidos a condición suspensiva y litigiosos, art. 87.3 LC), y aún más complejo cuando se trate de créditos que tuvieran por objeto prestaciones no dinerarias o prestaciones futuras, pues el cómputo por su valor en la fecha de la solicitud obligará a una fijación unilateral por parte del deudor (art. 88 LC).

— Información hipotética: ingresos regulares previstos y gastos mensuales previstos.

Si el solicitante estuviere obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios. Conviene poner en relación este mandato con la prohibición de formular la solicitud para alcanzar un AEP que recae sobre las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas a ello, no hubieran llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales (art. 231.3.3.º LC). Todos los empresarios individuales mercantiles, sin excepción, deben llevar contabilidad conforme a lo previsto en los arts. 25 y ss. CCom, y de conformidad con el PGC o el PGC PYMES vigentes. Asimismo deberán formular sus cuentas anuales (art. 34 CCom) al cierre del ejercicio, pero no deberán ser auditadas, salvo que así se acuerde por un juez, si se acoge la petición fundada de quién acredite un interés legítimo (art. 40.1 CCom). Por último, no están obligados a depositarlas en el RM, salvo que voluntariamente opten por hacerlo (art. 365 RRM) y siempre que se hayan inscrito previamente. Los empresarios no mercantiles y los profesionales ni están obligados a llevar contabilidad, por quedar excluidos del ámbito de los arts. 25 y ss. CCom, ni están obligados a auditar sus cuentas anuales, si las elaboraran. Pero, además no pueden proceder, en su caso, a depositarlas en el RM (art. 365.3 RRM), puesto que no

(27) Para comunicaciones en el expediente, parece que sólo sirve esta dirección comunicada *ex profeso* por el acreedor, aunque ya le constara al deudor con anterioridad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pueden inscribirse en el RM. Respecto de fórmulas organizativas no mercantiles habrá que estar a su normativa específica, como es el caso de las asociaciones, donde todas deben llevar una contabilidad apropiada, pero sólo las de utilidad pública vienen obligadas al depósito de sus cuentas (arts. 14 y 34 Lorda). Siendo así, cuando se trate de un empresario persona física, no será exigible el depósito de las cuentas de los tres ejercicios inmediatamente anteriores, ni siquiera cuando durante ese tiempo hubiese estado voluntariamente inscrito en el RM, menos aún si no lo hubiera estado. Cuestión distinta es que deba presentar al RM/N las cuentas de esos tres ejercicios junto con la solicitud. Cuando el sujeto no esté obligado a llevar contabilidad conforme al CCom parece que ningún tipo de soporte contable habría de presentar, y todo se limita entonces a lo que declare el deudor en la correspondiente instancia. Sin embargo, la regulación del ERL obliga a plantear si dicha obligación contable también puede cumplirse cuando el empresario o profesional tribute por el régimen de estimación objetiva, mediante los deberes formales establecidos en su régimen fiscal (art. 11.4 Ley 14/2013) (28).

(28) En función del método de determinación de rendimientos por el que fiscalmente se haya optado, se establecen diferentes obligaciones formales por parte del contribuyente. Así, quien determine el rendimiento por el método de estimación directa, estará obligado a llevar la contabilidad ajustada a lo dispuesto en el CCom, pudiéndose exceptuar de esta obligación a aquellos cuya actividad no sea mercantil o a aquellos que determinen sus rendimientos netos por la modalidad simplificada del método de estimación directa (art. 104.2 LIRPF), si bien en esta norma se deja expresamente determinado que es "a efectos de esta Ley". En desarrollo de esta Ley, el RIRPF determina que quienes desarrollen actividades empresariales en la modalidad normal del método de estimación directa, deberán llevar contabilidad conforme al CCom (art. 68.2 RIRPF), aunque si la actividad no tiene carácter mercantil "de acuerdo con el Código de Comercio", las obligaciones contables se limitarán a llevar varios libros registros (venta e ingresos; compras y gastos; bienes de inversión), según determina el art. 68.3 RIRPF. Esta última posibilidad podrá ser aplicable a quienes desarrollen actividades empresariales, en la modalidad simplificada del método de estimación directa (art. 68.4 RIRPF). Pero si se trata de actividades profesionales, el método que necesariamente habrá de utilizarse es el de estimación directa, exigiéndoles la llevanza de varios libros (ingresos; gastos; bienes de inversión; provisiones de fondos y suplidos) de conformidad con lo previsto en el art. 68.5 RIRPF. Por último, para aquellos empresarios, mercantiles o no, que determinen el rendimiento neto por método de estimación objetiva

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Se ha destacado acertadamente que la existencia, en el marco del Derecho tributario, de un régimen específico de obligaciones formales, inicialmente sólo tiene efectos fiscales, sin que ello implique que los tenga para el Derecho mercantil (29). No obstante, parece que el ERL puede mantener el beneficio de la limitación de responsabilidad –por muy alicorto que resulte– mediante la simple conservación de las facturas y el depósito de un modelo estándar, con presumible información escasa y de poca utilidad (30). En tal caso ¿también le servirá para acceder a un AEP? yendo un poco más lejos, y pensando en un eventual concurso futuro ¿podía esquivar la aplicación del concurso culpable *ex* art. 164.2.1.º LC? La respuesta quizá debe ser negativa, pues claramente habría incumplido sus deberes contables, y estos se instalan en el presupuesto mismo del expediente de AEP (31). Ahora bien, y por la razón inversa de no haber propiamente

---

sólo se les exige, como obligaciones formales, contables y registrales que conserven "numeradas por orden de fechas y agrupadas por trimestres, las facturas emitidas… Igualmente, deberán conservera los justificantes de los signos, índices o módulos aplicados de conformidad con lo que, en su caso, prevea la Orden Ministerial que los apruebe" (art. 68.6 RIRPF). Si se deducen amortizaciones deben también llevar un libro de bienes de inversión, así como si el rendimiento neto se determina en función del volumen de operaciones, también un libro de ventas e ingresos (art. 68.7 RIRPF). Como resume Muñoz García, A., "Pérdida del beneficio reconocido al Emprendedor de Responsabilidad Limitada", *Diario La Ley,* número 8.230, 2014, pp. 1-15, esp. p. 6: "por tanto, para los empresarios individuales mercantiles, o no mercantiles, caben dos métodos de estimación de rendimientos (directa y objetiva) y en el primero caben dos modalidades (normal y simplificada). Y para los profesionales caben las dos modalidades de la estimación directa. Y sólo es exigible la contabilidad exigida y prevista en el CCom para los empresarios mercantiles acogidos al método de estimación directa, modalidad normal, aunque cualquier empresario o profesional, en el resto de regímenes puede llevar contabilidad".

(29) Muñoz García, A., c*it.,* p. 6: "la legislación fiscal tiene sus propios objetivos y entre ellos no está tutelar la información de todos los sujetos que se relacionan con el empresario individual, lo que se reconoce en la propia normativa fiscal que determina que las obligaciones formales exigidas son sólo a sus propios efectos, los fiscales. Por otro lado, el art. 25 CCom determina que la obligación contable recae sobre todos los empresarios mercantiles, sin excepción alguna".

(30) Como advierte, Muñoz García, A., c*it.,* p. 6.

(31) Muñoz García, A., c*it.,* p. 7: "por lo tanto, cumplir con las exigencias fiscales del régimen de estimación objetiva y depositar el modelo es-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

un deber civil de llevanza de la contabilidad que ahora deba cumplirse, ningún documento de tipo contable o fiscal habrá de presentar al notario con la solicitud el deudor que no estuviere obligado a la llevanza de contabilidad, aunque dispusiere de ellos por razón de la normativa tributaria. Todo esto puede dejar muy en el aire la información que haya suministrado el deudor con la solicitud, pues el MC no tendrá manera de comprobar su autenticidad, y tampoco se ha establecido propiamente un trámite de reconocimiento de créditos. De todos modos, incluso de la documentación contable que se presente no resultará información sobre el patrimonio personal ajeno a la actividad, ni consiguientemente de las deudas de ese carácter, que sólo aparecerán recogidas en la lista de acreedores, aunque se habrá de tener en cuenta toda la información sobre el pasivo, y no sólo la que resulte del balance, para comprobar el límite de los cinco millones de euros (32).

---

tandarizado sólo permite, si el sujeto es un empresario mercantil, cumplir con las obligaciones de formulación de cuentas, auditoría y depósito de las cuentas anuales a los efectos de mantener el beneficio de la limitación de responsabilidad. Por el contrario, ese cumplimiento alternativo, a esos efectos, no permite cumplir con los deberes contables *ex* arts. 25 y ss. CCom". No obstante, y como señala este autor (p. 8), la falta del depósito de sus cuentas –o asimilados– por parte de los empresarios no mercantiles o profesionales sólo tendrá como consecuencia la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad, por lo que su omisión no conllevará ningún incumplimiento en el marco del Derecho mercantil o del Derecho concursal, puesto que no se encuentran obligados a ello como obligación sustancial, a lo que debe añadirse que tampoco en el ámbito preconcursal, de ahí que puedan solicitar un AEP.

(32) Muñoz García, A., *cit.,* p. 3: "la contabilidad de la actividad de emprendimiento, en un empresario persona física, no nos permite saber cuál es el patrimonio de cobertura de sus deudas, ni el importe de estás, ni hacer cálculos de ratios de endeudamiento, solvencia, etc., porque esa contabilidad sólo refleja una parte del patrimonio del emprendedor, que es la que él ha decidido declarar como afecta a esa actividad y no existe ningún otro dato del resto de su patrimonio... La publicidad de las cuentas anuales, derivada del depósito, carece de relevancia para determinar la situación patrimonial o financiera del ERL, ya que la contabilidad del emprendedor individual no refleja el patrimonio responsable, sino sólo el patrimonio afecto a la actividad. Todos los beneficios se pueden extraer y utilizar, sin limitaciones legales, en las actividades al margen de la explotación económica".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Como puede verse la carga documental e informativa es menor que en la solicitud de concurso, y así se prescinde de la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la información de los socios, de la pertenencia a un grupo, o de los estados financieros (art. 6 LC). De todos modos, sorprende que no incluya el informe de auditor cuando se trata de cuentas anuales.

De faltar algún documento, no se ha previsto un plazo para subsanación (cfr. art. 13.2 LC). Siendo competente el RM se pueden aplicar las reglas generales, es decir, asiento de presentación, calificación negativa subsanable/insubsanable, con posibilidad de subsanar/recurrir, aunque los plazos resultan demasiado largos. De todos modos, la fecha de la solicitud sería siempre la del asiento de presentación (33). Pero nada está previsto cuando se trata del notario. Éste no lleva un libro de entrada para la simple presentación de la solicitud, sino que arranca el procedimiento directamente con su admisión. De faltar algo, así se lo indicará al interesado para un nuevo intento, o para que acuda a otro notario del mismo domicilio, por si fuere de otra opinión (34). El problema puede surgir si el interesado quiere dejar constancia de ello; quizá, el notario aún no dé número de protocolo como tal, pero abra un expediente con numeración específica, donde se recoja la solicitud inicial y la documentación presentada, y a continuación la decisión negativa del notario, con indicación de la posible subsanación y un plazo para

(33) En el borrador de RRM está prevista la práctica del asiento de presentación en el Diario y que automáticamente se abra un expediente numerado, cuya existencia se relacionará en la hoja personal electrónica; dentro de los 15 días siguientes al asiento el RM designará o inadmitirá, y en este segundo caso remite a las normas sobre nombramiento de auditor para recurso (15 días). Como se puede ver, el RM tiene un plazo más largo para decidir sobre la admisión que el MC para comprobar lista de acreedores.

(34) Como se indica en "Otro comentario a la Ley de apoyo a los emprendedores", http://seguridadjuridicasigloXXI.es, 22/01/14, la libre competencia entre notarios no hace necesaria la imposición de plazos y la realidad es que su actividad se realiza con agilidad. Pensemos, por ejemplo, que un notario exija la presentación de los libros de registro a afectos fiscales, por razón de equivalencia con la contabilidad del empresario; otro notario de la misma población podría ser de una opinión distinta, y en tanto no se decante una práctica notarial uniforme, una y otra postura me parecen legítimas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ella (podrían ser los 5 días del art. 13 LC), que permita contar, una vez practicada, desde la primera fecha. Contra esta decisión cabría utilizar un recurso similar al del art. 18.3 de la Ley 2/2009, al haberse declarado la nulidad del art. 145 del Reglamento Notarial en su redacción de 2007 (35). Lo que no parece posible es aceptar el requerimiento y dejarlo indefinidamente abierto para subsanación, aunque la eficacia de aquel se condicione al posterior cumplimiento del requisito omitido.

2. Control de la legitimación del instante

Tiene especial interés el art. 232.1.II LC en señalar que si el deudor fuere persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador (*cfr.* art. 3.1.II LC). Este órgano decide según su régimen propio de actuación, con encomienda individual entonces a uno de los administradores solidarios. Menos claro cuando se trate de un consejero delegado sin acuerdo previo del consejo, aunque tenga delegadas todas las facultades. Pueden darse situaciones insólitas, por ejemplo, que otro administrador solidario inste el concurso voluntario, interrumpiendo el expediente (36). Cuando se trate de un apoderado, el poder habría de recoger expresamente esta facultad. Vale la pena plantear si es posible la intervención complementaria de la junta general en situaciones de aparente bloqueo del órgano de administración, sobre todo cuando se trate de una SRL que no haya excluido en sus

(35) "Otro comentario..., *cit*: "ahora el RN no contempla ningún procedimiento para recurrir la decisión del notario. Estamos huérfanos de un sistema de recursos, con claro perjuicio para los ciudadanos usuarios del servicio notarial, por el empeño del ejecutivo y del legislador de no querer consagrar por vía legal lo que es una obviedad y las propias normas consagran: que el notario controla la legalidad. Habrá, pues, que acudir al criterio de la analogía. El RN tan sólo contempla el recurso contra una actuación de notario en los casos de denegación de una copia (231) y en casos de infracciones que conlleve una responsabilidad disciplinaria, tratándose siempre de un recurso de queja y no de un recurso gubernativo o de alzada que es lo que procedería en estos casos".

(36) La eventual comparecencia posterior de otro Administrador solidario oponiéndose a la tramitación plantea la duda de un posible desistimiento (v. *infra*); en todo caso podría instar el concurso voluntario –como CO– para evitar el AEP.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

estatutos la posibilidad de dar instrucciones a los administradores (art. 161 LSC). Pensemos, por ejemplo, en un administrador mancomunado que actúe en ejecución de un acuerdo de la junta. De todos modos, adviértase que hay otros supuestos de representación cuya valoración corresponde al MC, como sería la forma en que el deudor presta el consentimiento al plan de pagos, o el poder conferido por un acreedor para asistir a la reunión (37).

3. Control del presupuesto objetivo

Como regla no se puede decir que corresponde al RM/N constatar por la documentación aportada la existencia de una situación de insolvencia, como hace el JM en el concurso voluntario (art. 14 LC), pero sí realizar una mínima comprobación del presupuesto. Cuando el deudor sea una persona física, el control apenas está limitado a la oportuna manifestación del solicitante sobre su estado de insolvencia. Además, que no resulte del balance (u otra documentación contable, o de la simple lista de acreedores) un pasivo superior a los cinco millones de euros. Si se trata de una persona jurídica, en apariencia el control es más completo, pues incluye valoraciones sobre el estado de insolvencia, la disponibilidad de activos líquidos y probabilidad –un mero juicio hipotético– del AEP, además de la constatación de alguna de las tres circunstancias del art. 190.1 LC (38). Obsérvese que ha de valorar simultáneamente que los ingresos previsibles permitirán llegar a un acuerdo cuyos términos en ese momento se desconocen, pues la propuesta la hace el MC (¿siempre por el máximo de quita y espera a estos efectos?), y que estos mismos ingresos no desvirtúen el reconocimiento por el propio solicitante de la situación de insolvencia, en su caso inminente. Otro tanto con unos gastos propios

(37) Como señala Rodríguez Conde, C., *cit.,* p. 60, el régimen de actuación en el AEP no obliga a las partes a la asistencia personal, "pues es claro que tanto un procurador como un abogado apoderados pueden asistir a la reunión si su poder notarial contiene facultades para tomar decisiones en nombre del poderdante, en el acuerdo extrajudicial de pagos, con respecto al crédito que ostenta el representado". Tendrá que ser el MC quien valore la suficiencia de ese poder, al tener encomendada la dirección de la reunión y el recuento final de los votos.

(38) Basta con una de esas circunstancias, aunque resulte un pasivo superior a cinco millones, sin la valoración posible del JM.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del acuerdo cuya cuantía se desconoce (no sólo honorarios MC, pensemos en los gastos de los registros de bienes cuando hay muchos inmuebles, gastos de escritura, de las comunicaciones notariales). De todos modos no resulta relevante que la califique de inminente y el RM/N entienda que es actual (v. AJM Málaga [1] de 30/05/08 procd. 414/2008), pues no afecta a la legitimación del MC para instar el concurso por fracaso del acuerdo. El control del depósito de cuentas atiende al cumplimiento de la obligación, no a la fecha de cierre registral, que es posterior. De todos modos el RM/N carece de la información y de la capacidad necesaria para realizar una comprobación rigurosa, especialmente de la insolvencia, o de las posibilidades de acuerdo, sobre todo cuando algunos juicios presentan un carácter meramente hipotético o probabilístico. La ley ha descartado que se hiciera por un técnico, en su caso libremente escogido por el deudor –p. ej., un auditor, economista– en informe que se acompañara, aunque tampoco hay inconveniente en que voluntariamente así se haga, para evitar las reticencias del RM/N (39).

4. Control de las prohibiciones legales

De manera expresa dispone el art. 232.3 LC que el RM/N inadmitirá la solicitud cuando el deudor se encuentre incurso en alguna prohibición legal, pero sólo cita los apartados 3 y 4 del art. 231 LC. Las del número 3 se pueden verificar mediante una simple consulta del RM, RPC y con un certificado de penales. Más compleja la del número 4 para la admisión a trámite de la solicitud de concurso, pues se publica el auto de declaración, no la mera admisión, por lo que habría de bastar entonces con la manifestación del deudor. Respecto de la refinanciación, la publicidad en el RPC vuelve a ser tardía, pues tiene lugar una vez se admite a trámite la solicitud de homologación (DA 4.ª.5.III LC), aunque el RM sí que puede tener conocimiento de la solicitud de nombramiento de experto, pero sólo cuando así se

(39) No confundir con la certificación del auditor de cuentas del nuevo art. 71.*bis*.1.*b)*.2.º LC para el AR, que se refiere la suficiencia del pasivo necesario para adoptar el acuerdo, en un cometido más próximo al recuento de los votos que en el AEP se encarga al MC. Un informe en ese sentido se hubiera aproximado más al de experto independiente del mismo art. 71.*bis*.4 LC, pero sin la necesidad de un nombramiento por el RM.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

hubiera solicitado (art. 71.*bis*.4 LC). Sin embargo, cuando el deudor hubiera hecho uso de la posibilidad de poner en conocimiento del JM que ha iniciado negociaciones para alcanzar un AR de los previstos en el art. 71.*bis*.1 y en la DA 4.ª LC, también se podrá tener conocimiento de esa negociación por la publicación en el RPC que ha de ordenar el secretario judicial, salvo que el deudor haya solicitado el carácter reservado (art. 5.*bis*.3 LC). Si consta esa comunicación, la única forma de obviarla para tramitar el AEP sería la propia manifestación del deudor de haber puesto fin sin resultado a la negociación del AR, y que por eso da inicio al AEP. Ningún inconveniente hay para ello, y el único problema se plantea por el efecto suspensivo del deber de solicitar el concurso por la prohibición legal expresa de formular una nueva comunicación en el plazo de un año (art. 5.*bis*.6 LC), pero ha de entenderse limitada a la comunicación por el mismo deudor, que no es el caso cuando se trata de AEP. No parece que la incompatibilidad se extienda a las negociaciones singulares del art. 71.*bis*.2 LC, pero en la práctica será difícil llegar a un arreglo de ese tipo durante la negociación del AEP, al menos cuando haya de suponer la concesión de préstamos y créditos (art. 235.1 LC). En cambio, no se incluye el control del número 5, que obligaría a consultar el RPC por cada uno de los acreedores que pueda verse afectado por el AEP (40). No se ha previsto trámite para que el acreedor afectado oponga esta situación y pueda paralizar el expediente, y tampoco es una circunstancia que permita la impugnación del AEP. Sólo podría valorarse al declarar el CC posterior por el JM, en su caso para negar ese carácter y tramitar como CO.

(40) El concurso posterior de un acreedor del deudor solicitante no parece relevante, aunque la razón de fondo siga siendo la misma, la afectación de unos créditos incluidos en la masa activa del concurso de otro. No obstante, alude Rodríguez Conde, C., *cit.,* p. 71 a la posibilidad de un pacto individual para el modo de pago, antes de que el deudor inicie el AEP, pero ese pacto no desactiva el inconveniente centrado en su situación concursal. La única desactivación posible pasa por dejar a ese acreedor fuera de los efectos del AEP, pero esto iría en contra de su eficacia general, si es el deudor quien selecciona *ex ante* a los acreedores afectados, pero no veo mayor inconveniente en que se recoja como estipulación expresa del AEP aceptada por la mayoría de los acreedores, pues el contenido del acuerdo no ha de ser igual para todos, y bien puede dejar fuera a algunos cuando concurra una circunstancia excepcional, sin que se incurra con ello en desproporción.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

5. Oposición y desistimiento

Con carácter general, y en relación con todos los requisitos exigidos, no se ha previsto un trámite de oposición, ni siquiera la posibilidad de que alguien se persone en RM/N después de la admisión acreditando que falta alguno de aquellos. Una vez admitida la solicitud ya no cabe marcha atrás para el RM/N, salvo algún supuesto excepcional de constancia indubitada de la infracción de alguna prohibición, como sería haber admitido a trámite con anterioridad una solicitud de concurso, aunque se desestime después de la petición de AEP. En este caso se interrumpe el expediente, aunque ya se hubiera nombrado MC, sin que el concurso posterior sea CC.

Tampoco en otros temas hay que presumir siempre el acierto del RM/N, pues es posible un error con el domicilio, o la competencia funcional cuando presente aspectos discutibles, como puede ocurrir con el empresario individual inscribible, según el criterio que se siga. En mi opinión el notario debe aceptar la solicitud del empresario individual no inscrito que manifiesta su deseo de no inscribirse, pero es seguro que otros entenderán justo lo contrario, y considerarán que la competencia es exclusiva del RM (41). Sin perjuicio de que el tema se vaya aclarando en el futuro, la cuestión es que no hay trámite ni posibilidad alguna de instar la revisión una vez aceptada la solicitud, aunque un tercero compareciere alegándolo. Tampoco es motivo de impugnación del acuerdo. Sólo podría invocarse en la declaración posterior de concurso para evitar el CC (42). El problema es que obliga a pasar por los términos de un AEP irregularmente tramitado, cuando éste finalmente se cumpla, sin posibilidad de protesta. De todos modos es un problema relativo.

(41) Quede claro que no pretendo la exclusividad para el notario, sólo que el deudor pueda escoger entre el RM (entonces sí, apertura de la hoja previa) y el notario (sigue sin inscribirse).

(42) Los jueces tiene claro que pueden rechazar la consideración de CC, respecto del subsiguiente concurso, por estimar que el RM/N no ha apreciado adecuadamente el ámbito de aplicación del expediente ("Conclusiones *cit.,* p. 477), y en ese ámbito podrían incluir el control de la competencia objetiva, aunque no veo demasiadas razones para hacerse cuestión de ello, pues las garantías del procedimiento registral son idénticas a las del notarial, y puede que al final todo se limite a una obtusa discusión sobre la naturaleza mercantil de la actividad en defensa de un monopolio corporativo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Así como la competencia territorial del funcionario puede serlo por la posible falta de coordinación con una solicitud de concurso posterior, la discusión sobre la competencia objetiva no afecta a la esencia de la tramitación, pues tan garante es el cometido que desempeña un funcionario como el otro. Cuestión distinta es que la inscripción del empresario individual se quiera convertir en una carga para acceder a este expediente. Pero carece de sentido que así sea, y tampoco se dice expresamente por la LC, salvo que la solicitud se haga directamente al RM, pero sólo como una posibilidad. La única carga es la publicidad del expediente, y para eso ya están el depósito del expediente en la notaría, el BOE, el RC y el RPC.

Cuestión distinta es la posibilidad de desistir de un procedimiento en marcha por haber admitido la solicitud, y lógicamente antes de haber logrado el AEP (43). Incluso, podemos imaginar situaciones patológicas donde se ponga en cuestión el inicio mismo del procedimiento, como la acreditación documental ante el RM/N de que el administrador de la sociedad deudora que suscribió la solicitud había sido cesado anteriormente, aunque el cese no estuviera aún inscrito, pues no es constitutivo (los típicos problemas de calificación conjunta, que el borrador de RRM pretende regular). Obviamente el deudor siempre puede interrumpir el expediente mediante la petición de concurso voluntario, pues no le afecta el plazo de tres meses (art. 15.3 LC), pero ahora interesa determinar si también puede hacerlo, sin necesidad de buscar la declaración de su propio concurso. Cuando aún no se haya producido la aceptación del nombramiento no debe haber inconveniente, pero exigirá por parte del RM/N una comunicación inmediata al MC para evitar que dicha aceptación se produzca. El problema surge cuando el MC ya ha dado inicio a su labor, pues el deudor pierde parte de su soberanía para instar el concurso, incluso cuando la insolvencia se reconoce como inminente. En tal sentido, sin necesidad de esperar a la reunión, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, dentro del plazo mencionado en el art. 236.3 LC, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente

(43) Si el deudor desiste justo después de haber logrado el AEP, en realidad estaría manifestando su voluntad de incumplir, y el MC ha de obrar en consecuencia (art. 241.3 LC).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público (art. 236.4 LC). Obsérvese que el MC solicita sin más el concurso, es decir, sin tener que valorar si el deudor continúa incurso en insolvencia, por el solo hecho del fracaso, a diferencia de lo que ocurre cuando el acuerdo no ha sido aceptado en la reunión, que sí demanda esa constatación por el MC (art. 238.3 LC, "y el deudor continuara incurso en insolvencia"), aunque es cierto que en el primer caso es el JM quien habrá de valorar entonces si la insolvencia existe (a diferencia del art. 238.3 LC, donde el JM parece que ha de acordar de forma inmediata el concurso). Por tal motivo el deudor sólo podría desistir del expediente por comparecencia directa ante el RM/N, sin necesidad de recabar su propia declaración de concurso, antes de la reunión que deba aprobar el acuerdo (y que, lógicamente, se habría de desconvocar por el MC), pero, también, antes de que el MC haya constatado que el acuerdo ya no es posible porque la mayoría de los acreedores ha decidido no continuar con las negociaciones, pues podría interferir ese desistimiento en la obligación del MC de instar el CC. Por eso para aceptarlo el RM/N debería consultar antes al MC cuál es el estado de la tramitación. De todos modos, el MC habrá de levantar un acta (44), que entiendo notarial, de la finalización del expediente por ese motivo, y sobre la base de esta acta el RM/N habrá de comunicar el cierre del expediente tanto al JM que habría de tramitar el concurso, como a los registros de bienes para la cancelación de las anotaciones practicadas, y al RPC para el cierre de la sección (45).

(44) Aunque no esté prevista entre las que debe extender el MC (arts. 236.4, 238.3 y 241 LC; también los arts. 13.2 –aunque no se entiende mucho la remisión al art. 235.6 LC– y 14 RD 892/2013), la regla general en la mediación es que el acta final debe reflejar la finalización por cualquier causa (art 22.2 Ley 5/2012), por ello, aunque se desiste ante el RM/N, el acta de cierre ha de corresponder al MC.

(45) El art. 14.5 RD 892/2013 parte de la idea errónea de que todo supuesto de imposibilidad de alcanzar un AEP determina el CC (otra cosa es el incumplimiento del AEP –art. 241.3 LC– donde sí que concurre ese efecto automático). Pero hemos visto que también es posible que el acuerdo no se consiga y el expediente termine sin que se haya declarado el concurso, en cuyo caso debe procederse igualmente al cierre de la sección tercera.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

6. Formalización del expediente

a) En el Registro Mercantil: los trámites registrales del AEP no serán muy distintos a los del nombramiento de experto independiente (arts. 338 y ss RRM). Es decir, practicado el asiento de presentación se abre un expediente numerado donde se recogerán todas las incidencias posteriores y cuya existencia se hará constar por nota al margen de aquel asiento. Pero ese expediente incorpora abundante documentación (p. ej, las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios) e información (lista de acreedores, ingresos previstos), sin que tenga demasiado sentido comunicarlo todo a las otras oficinas y organismos públicos.

b) En la Notaría: más complejo en este caso, pues no está muy claro cómo ha de articularse el instrumento. Se puede entender que es un acta (así la califica el art. 13.1 RD 892/2013), con sucesivas diligencias para cada trámite, salvo la elevación a público del AEP. También se puede actuar como en las ventas extrajudiciales, incorporando el expediente al final del mismo mediante un acta, distinta de la escritura. Por último, podría optarse por un sistema similar al de las actas de notoriedad, con un requerimiento inicial para la solicitud y admisión, y posterior apertura de un expediente donde se recojan todos los trámites posteriores, hasta la elevación a público del AEP, o el acta del MC de conclusión sin resultado (46). La cues-

(46) Son variadas las opiniones que ya se registran en el ámbito corporativo. Para Pérez de Madrid Carreras, V., "El acuerdo extrajudicial de pagos", *web Colegio Notarial de Madrid,* pp. 11-21, esp. p. 17: "a mi juicio y aunque la LC guarda silencio sigue un sistema parecido a las ejecuciones extrajudiciales: por un lado, existe un acta notarial en la que el notario recibe el requerimiento del deudor y va dejando constancia, por medio de diligencias, de una serie de actuaciones: nombramientos y aceptación del mediador; comunicaciones; convocatoria a los acreedores a la reunión, etc. Y si el deudor y los acreedores llegan a un acuerdo, éste se *eleva a escritura pública*, como dice el artículo 238.2, que provoca a su vez el cierre del acta". Para Sánchez Moreno, M.ª, "La participación de notarios y registradores en la fase previa al concurso", *BIN Valencia*, 07/01/14, pp. 22-29, esp. p. 26: "el nombramiento por el Notario parece inicialmente que revestirá la forma de acta notarial, cuyo requerimiento será la solicitud de nombramiento de mediador y al que se añadirán mediante diligencia la designación de mediador y la remisión de la comunicación del nombramiento. No obstante, el

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tión es que el expediente ha de recoger mucha documentación, y no está claro que toda ella se deba incorporar necesariamente al protocolo. Pienso que esos documentos pueden quedar en depósito en la notaría, en un expediente específico donde habrá copia de todos los instrumentos autorizados por razón del expediente (el requerimiento inicial con las sucesivas diligencias, el acta de la convocatoria, el AEP elevado a público). En este sentido se debe recordar que conseguido el AEP el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el RM/N para la publicidad de su contenido, debiendo publicar a través del BOE y del RPC el número de ese expediente (art. 238 LC).

IV. DESARROLLO DEL EXPEDIENTE

1. Nombramiento y aceptación del MC

Según corresponda por la regla de competencia objetiva anterior, el RM/N hará el nombramiento de MC, aunque sin margen de maniobra en la elección (cfr. experto independiente, art. 71.bis.4.III LC)(47). Surgen dudas sobre la posibilidad de recusación por aplicación del régimen del experto, que prácticamente obligaría a dejar abierta esa posibilidad hasta el límite mismo del acuerdo (art. 342 RRM), lo que resulta poco compatible con los plazos marcados. En cuanto a la exigencia del seguro de responsabilidad civil, se ha de entender que ya resulta cumplida por la mera inclusión de su nombre en el portal del Registro de Mediadores (48).

---

que deba recoger la declaración de voluntad en que consiste la aceptación del mediador, parece llevarnos a pensar que o bien todos los pasos se documentan en escritura o bien la aceptación del mediador figurará en una escritura aparte. Ahora bien, la escritura o el acta no se cerrará aquí, pues recogerá también la comunicación a los acreedores".

(47) En la efímera redacción del art. 71.*bis*.3 LC por la Ley 14/2013 era posible escoger el experto por razón de costes después de haber pedido presupuesto, pero el actual el art. 71.*bis*.4 LC en la redacción del RDL 4/2014, sólo alude a su idoneidad, aunque también es cierto que el nombramiento ya no es obligatorio.

(48) Sugiere el tema Sánchez Moreno, M.ª, *cit.,* p. 26: "se me ocurre también la cuestión de si al Notario o al Registrador se le exigirá compro-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con la aceptación el MC da inicio a su actividad conducente al logro de un AEP. A diferencia del mediador común, no ha de haber una sesión informativa previa (art. 17 Ley 5/2012), ni una sesión propiamente constitutiva de inicio del procedimiento (art. 19 Ley 5/2012) (49). Tampoco son obligatorias más comunicaciones a los acreedores que las previstas en la LC, centradas en la convocatoria de la reunión para aprobar el AEP y la comunicación del plan de pagos/viabilidad, y en su caso de la contrapropuesta aceptada por el acreedor (50). Esto no impide, lógicamente, que el MC despliegue su actividad en la forma que considere oportuno, con las reuniones e intercambios que precise.

Vale la pena plantear si el MC puede exigir una provisión de fondos para seguir con el encargo, con la consiguiente demora. Para aceptar la solicitud del deudor persona jurídica el RM ha de comprobar que los activos líquidos son suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo –no así cuando se trata de persona natural–, pero el deudor mantiene la libre disposición de esos fondos, que bien podría gastarse. Es razonable que el MC pueda exigir el pago previo de sus honorarios, pues no basta con asegurar su carácter de crédito contra la masa en un eventual concurso (para el perito en la ejecución, v. SAP de Madrid [14] de 19/11/08 rec. 512/2008; también, art. 348 RRM para el experto independiente) (51). Pero lo

---

bar la existencia del seguro que se exige al mediador concursal, así como si éste es suficiente y si está vigente o si la inclusión del mediador en la citada lista oficial determina la acreditación previa de contar con seguro suficiente. No queda claro, como tampoco queda claro si el seguro ha de ser específico para actuar como mediador concursal o si esta actividad se incluye per se en el seguro profesional del abogado, del auditor, que desempeñe el cargo".

(49) No obstante, considera Rodríguez Conde, C., *cit.,* p. 62, que esa reunión informativa ha de tener lugar, y que su asistencia es obligatoria para las partes, que serán citadas por el MC.

(50) Sólo la convocatoria a la reunión determina el efecto postergador del art. 237.1 LC.

(51) Según Rodríguez Conde, C., *cit.,* p. 63, "en la mediación concursal los costes son a cargo del deudor, excepto en el acuerdo extrajudicial de pagos con dación en pago de bienes en que el coste de la mediación puede ser a cargo de la masa activa"; de todos modos, la distinción que hace no es muy clara, pues pagar con cargo a la masa activa, obviamente es que pague el deudor. En realidad, el tema es otro, que el MC no puede provisio-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mismo cabe respecto de RM/N, no tanto por sus propios honorarios profesionales (se podría forzar la aplicación del art. 248 RN para las comunicaciones, equiparadas en este caso a las copias), pero sí por los pagos a terceros, especialmente los registros de bienes, o las publicaciones oficiales (no se ha dispuesto que deban ser gratuitas en el BOE), pues ninguna obligación tiene de anticipar su pago (regla 8.ª del anexo II del arancel notarial) (52).

2. Comunicaciones oficiales

No corresponde al MC hacer las comunicaciones que podríamos considerar oficiales, que son competencia del RM/N encargado del expediente. Han de hacerse tan pronto el RM/N tenga conocimiento de la aceptación del MC (5 días para aceptar, art. 344.2 RRM). Se supone que al aceptar una persona jurídica comunica la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo (en otro caso, no se debe considerar aceptado). En ese momento, el MC habrá de recibir copia de toda la documentación presentada por el deudor. La comunicación se hará mediante certificación o copia (tener en cuenta el sistema de remisión para el concurso del RM en art. 323 RRM). No queda muy claro el contenido/forma de esa comunicación. En el caso del RM se trataría de una certificación, pero no creo que deba ser de todo el expediente, que incorpora abundante documentación (p. ej., las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios) e información (lista de acreedores, ingresos previstos), sin que tenga demasiado sentido comunicarlo todo. Más complejo aún en el caso notarial, donde ya hemos visto no está muy claro cómo articular el instrumento, y puede que cada notario lo haga a su manera. Por eso creo que se debe extractar la información a comunicar y limitarla a los datos que recoge el art. 13 RD 892/2013 para el RPC; es decir: identidad del deudor, incluido NIF; fecha de presentación de la solicitud; fecha de admisión de la apertura del procedimiento; fecha de

nar al comienzo del expediente por una dación en pago que se desconoce si formará parte del AEP, y que ha de cobrar un tercero.

(52) Pensemos que, en última instancia, el registrador podría reclamar el pago de los aranceles correspondientes a las anotaciones al notario que hizo la comunicación, en términos semejantes a como ocurre con las peticiones de información registral

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

aceptación del MC; identidad del MC, incluido su NIF y la DCE en la que los acreedores podrá realizar cualquier comunicación o notificación. Parece conveniente añadir el número de expediente o de acta.

Es necesario distinguir según los diferentes destinatarios de la comunicación:

— Registros de Bienes: se tratará del Registro de la Propiedad, pero también del Registro de Bienes Muebles o de buques/aeronaves, o de la Oficina Española de Patentes y Marcas, todo ello según la información que haya suministrado el propio deudor. No ha de procederse por el RM/N a una comprobación adicional en los índices registrales sobre otros posibles bienes inscritos. Sólo se trata de registros públicos, es decir, no se comunica a la sociedad para registro de socios o de acciones nominativas, tampoco a la sociedad encargada del registro de valores anotados en cuenta.

— Registro Civil: en caso de persona física; cuando se trate de un extranjero, será necesario practicar previamente una anotación del nacimiento que sirva de soporte a la marginal y que será cancelada cuando desparezca la situación que la motivó (RDGRN de 15/04/13) (53).

— Registro Mercantil: sólo en aquellos casos en que se admita la competencia notarial para tramitar el expediente de una persona física inscribible en el RM, al objeto de proceder a la apertura de una hoja que se cancelaría tan pronto se procediera al cierre del expediente. No obstante, y por las razones antes indicadas, considero que en estos casos el expediente se puede tramitar por completo al margen del RM.

— Otros Registros Públicos: en caso de tramitación por RM, sería el caso de personas jurídicas inscritas en otro registro, como el de cooperativas, de asociaciones o de fundaciones. Si no están inscritas, no es necesaria la inscripción previa, pero siempre ha de tratarse de un registro español.

(53) El art. 238.2 LC solo ha previsto la comunicación del cierre del expediente al RB, sin mencionar el RC, pero parece conveniente hacerlo (analogía art. 177 LC).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

— Juzgado Mercantil: se ha de comunicar al JM competente para la declaración del concurso, aunque parece que en su identificación el RM/N ha de aplicar el criterio del domicilio determinante de su propia competencia. No obstante, cuando el propio interesado destaque su falta de correspondencia con el centro de los intereses principales, ante el riesgo de que un acreedor pueda optar durante el período de tres meses por dirigirse al otro, quizá fuera conveniente comunicar a los dos.

— Registro Público Concursal: en principio, ha de ser el RM/N quien ordene su publicación en el mismo, pero el nuevo art. 5.*bis*.3 LC, tras el RDL 4/2014, parece insinuar que es el secretario judicial quien ordena la publicación en este registro del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación recibida del RM/N (54), lo que provocaría un innecesario desajuste temporal, pues interposición de otra instancia entre el RM/N y el RPC. En mi opinión el RM/N debe comunicar al RPC, con independencia de lo que ordene después el SJ, y siempre a la espera del desarrollo reglamentario comprometido. Lo que está claro es que en el AEP no cabe solicitar una tramitación reservada, pues los efectos del mismo descansan en su publicidad.

— Boletín Oficial del Estado: para la publicación del AEP.

— Agencia Estatal de la Administración Tributaria/Tesorería General de la Seguridad Social: asimismo, dirigirá una comunicación

(54) El precepto dispone lo siguiente: "el secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen. Caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento". Conviene recordar su contenido antes de la reforma: "el secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por medios electrónicos a estos organismos a través de los medios que habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras, en la que deberá hacer constar la identificación del deudor con su nombre y Número de Identificación Fiscal y la del mediador con su nombre, Número de Identificación Fiscal y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo por éste (cfr. art. 21.4.III LC).

— Representación trabajadores: sólo si la hubiere (dato que habrá de suministrar el deudor, aunque no se destaque en la información que entrega según el art. 232.2 LC), haciéndoles saber su derecho a personarse en el procedimiento(55).

— No hay comunicación al Juez Civil –JC–, aunque conste por la información del deudor que algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, con identificación del procedimiento y estado de las actuaciones. Cuestión distinta es que el propio deudor haga constar en ese procedimiento la existencia del expediente para la paralización temporal.

(55) Llama la atención esta referencia a una personación, que no se contempla como tal para los acreedores, y que se inspira en el art. 21.4.III LC, donde se habla de su personación "como parte". Pero en el concurso hay partes (art. 184 LC), cosa que no ocurre en el AEP, donde sólo están el deudor y los acreedores, que no son "parte" de un procedimiento, sino participantes en el mismo en orden a la obtención del AEP, sin perjuicio de constituirse como parte en una eventual impugnación futura (*vis expansiva* del art. 193 LC en relación con art. 239.3 LC, en el sentido de considerar comparecidos a los acreedores firmantes). No alcanzo a determinar qué superior presencia ha de tener la representación de los trabajadores en el expediente frente al RM/N o el MC, fuera estrictamente de la posibilidad de obtener información directa sobre el estado del mismo. Cuestión distinta es la obligación de información y de consulta del empresario de conformidad con la normativa laboral, incluso la necesidad de solicitar informe previo a la ejecución cuando el plan de viabilidad previera alguna incidencia sobre el empleo, pero no son requisitos del procedimiento como tal, sino obligaciones del empresario.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

3. Convocatoria para la reunión

El MC procederá de manera inmediata dentro de los 10 días siguientes a comprobar la existencia y cuantía de los créditos, y convocará al deudor y a los acreedores de la lista, cuando puedan resultar afectados por el acuerdo, a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación (art. 234.1 LC) (56). Incluye a los acreedores con garantía real, que pueden intervenir voluntariamente en AEP una vez recibida la convocatoria, si así lo comunican al MC en el plazo de un mes (art. 234.4 LC). Esta convocatoria no incorpora el plan de pagos, que se ha de remitir después con una antelación mínima de 20 días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión (art. 236.1. I LC).

Se trata de una comunicación privada a cargo del MC, pero la convocatoria para la reunión (no la posterior remisión del plan) habrá de hacerse por conducto notarial (art. 234.2 LC), en atención a los posibles efectos postergadores del llamamiento no atendido (art. 237.1 LC), y así habrá de ser aunque se tramite el expediente por el RM, en cuyo caso el MC elige el notario que le parezca. Cuando el expediente sea notarial lo normal es que corresponda al mismo notario que lo dirige, pero tampoco es una imposición, ya que esta convocatoria es distinta de las otras comunicaciones "oficiales". Vale por eso cualquier notario que escoja el MC. No creo que se trate de un acta de notificación (art. 202 y ss RN), sino que basta con un acta de remisión de documento por cualquier medio de comunicación, individual y escrito, sin derecho a contestar(57), distinción importante porque evita acudir al exhorto notarial, con el consiguiente incremento del coste (art 201 RN). Tampoco hay que dar cuenta inmediata al RM/N competente de haber realizado esta convocatoria, pues de todo esto se dejará constancia en la escritura del AEP, si finalmente se consigue. No queda claro si este conducto también es necesario para dejar constancia de la remisión a la dirección de correo electrónico suministrada por el acreedor (58), o si

(56) Recordemos que el plazo de espera para instar concurso necesario es de tres meses, pero desde la comunicación al JM (art. 15.3 LC).

(57) La participación de los acreedores no se construye sobre el derecho de contestación propio de las actas de notificación (art. 204 RN).

(58) Obsérvese que ésta es la dirección que el acreedor facilita al

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

esta remisión se puede hacer directamente por el MC, pero al contemplarse como alternativa a la comunicación notarial, parece que la respuesta ha de ser afirmativa (59).

No está previsto un deber de colaboración e información del deudor similar al del concurso (art 42 LC), ni un trámite de comunicación y reconocimiento de los créditos que permita a los acreedores dirigirse al MC, o al RM/N para la rectificación de la lista. Aunque las posibilidades de actuación del MC en este punto son limitadas, y su dependencia de la información suministrada por el deudor excesiva, el AEP tiene efectos expansivos a todos los acreedores, aunque se hayan omitido en la lista.

Ni por parte del notario que hace el envío, ni del RM/N que dirige el expediente, se ha de revisar la actuación del MC en este punto. Es decir, el MC redacta la convocatoria de conformidad con el art. 234.3 LC, y será el MC quién proporcione al notario la lista definitiva de destinatarios. No le corresponde al RM/N verificar si el contenido es el correcto, fuera de la mínima comprobación de los datos del art. 234.3 LC, ni cotejar con la documentación del deudor para com-

---

MC, "desde la publicación de la apertura del expediente", produciendo plenos efectos las comunicaciones que el MC remita a la dirección facilitada (art. 235.4 LC), pero a la vista de los breves plazos previstos, y como el MC ha de convocar en los diez días siguientes a la aceptación del cargo (art. 234.1 LC), puede ocurrir que la convocatoria se haga antes de recibir aquella comunicación, en cuyo caso la dirección de correo electrónico suministrada por el acreedor sólo servirá para las posteriores.

(59) Téngase en cuenta que el envío del art. 201 RN puede hacerse por correo ordinario, procedimiento telemático, telefax o cualquier otro medio idóneo, de ahí que la alusión separada a la dirección electrónica en el art. 234.2 LC pueda verse como una alternativa al conducto notarial, y no como una alusión a un mecanismo que el notario podía utilizar de todos modos. En este sentido, Sánchez Moreno, M.ª, *cit.,* p. 27: "en lo que a la notificación notarial se refiere, el mediador podrá sustituirla por la comunicación a la dirección electrónica que le haya facilitado el acreedor". De otra opinión, también en cuanto al exhorto, Pérez de Madrid Carreras, V., *cit.,* p. 19: "surge la duda de si la notificación a los acreedores que no tengan su residencia en el domicilio del deudor debe efectuarse por medio de exhorto. La cuestión es dudosa, pero me inclino por diferenciar dos supuestos: i) si consta la dirección electrónica del acreedor, la notificación la realiza el notario que tramita el procedimiento, por la celeridad que exige el procedimiento y porque esta parece ser la intención del legislador; ii) en cambio, respecto del resto de acreedores, regirán las normas generales de competencia notarial".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

probar si están todos los acreedores y por la cifra correcta (60). El eventual control de regularidad es judicial (art. 239 LC).

4. Otras comunicaciones privadas

Caben otras intervenciones del notario en otras comunicaciones privadas como la propuesta plan (plan pagos/viabilidad art. 236.1 LC, o de su versión definitiva art. 236.3 LC), pero sólo si así lo considera conveniente el MC, que no debe descuidar el gasto que supondrá para el expediente.

5. La reunión de los acreedores

El acta de la reunión ha de ser privada y deberá redactarse por el MC, sin perjuicio de que se firme por los asistentes. En ella se dará cuenta de las manifestaciones previas a favor o en contra a efectos del escrutinio final. Nada impide que se levante un acta notarial, que sería de presencia, al no tratarse de la reunión de un órgano (61). El requerimiento habría de hacerse por el MC, en su caso conjuntamente con el deudor

V. ESCRITURA PÚBLICA

Resulta problemática la posibilidad de que el AEP se eleve a escritura pública por un notario distinto al del expediente, cuando la competencia sea notarial, pero no es una opción que deba excluirse (62). De hecho, esa disociación es connatural al expediente tramitado por el RM, pues el acuerdo debe elevarse inmediatamente a escritura pública (art. 238.2 LC), y esto es algo que no puede hacer el RM. Sobran aquí las dudas que algunos autores han manifestado en relación con el AR por el hecho de que el art. 71.*bis*.1.*b)*.3.º LC hable de "instrumento público" y no de escritura (63). En tal caso,

(60) De otra opinión, Pérez de Madrid Carreras, V., c*it.,* p. 20.
(61) Pérez de Madrid Carreras, V., c*it.,* p. 20.
(62) Sí que la descarta, Prats Albentosa, L., c*it.*, p. 14.
(63) Aunque se ha sostenido por algunos autores que también valdría una certificación registral, en cuanto documento público (da cuenta

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el notario autorizante debería comunicar el otorgamiento al notario encargado del expediente para que ésta haga las comunicaciones posteriores por cierre del mismo. Pero, además, el MC tendrá que entregar a este último una copia autorizada de la escritura para su incorporación al expediente, ya que la publicidad del mismo se articula desde el RM/N responsable de su tramitación, no por el notario que hubiera autorizado la escritura, cuando ambos no coincidan.

Entiendo que la escritura se formaliza por el deudor y el MC, sin que sea necesaria la comparecencia de todos los acreedores adheridos, aunque esto suponga apartarse del criterio propio de la mediación, donde las partes elevan el acuerdo a escritura pública, sin que sea necesaria la presencia del mediador, (art. 25.1 Ley 5/2012) (64). Exigir la presencia de todos los afectados, también, por tanto, de los acreedores disidentes, puede dificultar enormemente su otorgamiento, y se revela poco compatible con la posibilidad reconocida a los acreedores de hacer manifestaciones de aprobación/oposición a distancia y antes de la reunión (art. 237.1 LC). En la mediación concursal prevalecen los aspectos procedimientales de un acuerdo adoptado por mayoría sobre la voluntariedad propia del arreglo negociado, aunque sea con la mediación de un tercero. La intervención del deudor garantiza así su consentimiento al plan finalmente aprobado, ya que en la reunión pueden introducirse modificaciones sobre el texto que hubiera aceptado anteriormente (art. 237.2 LC) (65). En cambio, la de los acreedores viene suplida por el hecho de haberse gestado el AEP con arreglo a los requisitos legales y por la intervención del MC (66). La presencia de este último marca una

---

de estas opiniones Pulgar Ezquerra, J., *Preconcursalidad..., cit.*, p. 309) es obvio que al RM no le compete la formalización de ninguna clase de acuerdos (idea que remacha ahora el art. 238.2 LC), y esto es lo que pide el art. 71.*bis*.1.*b)*.3.º LC, además de utilizar el término "instrumento" público, normalmente referido al documento notarial.

(64) Aunque art. 242.2.4.ª LC aluda a los acreedores firmantes, no ha de entenderse en el sentido de "firmantes" de la escritura, sino como adheridos al acuerdo.

(65) El límite es que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión. De donde se desprende que los asistentes podrían pactar para ellos otras condiciones distintas, haciendo que el AEP tuviera un contenido desigual.

(66) De otra opinión, Pérez de Madrid Carreras, V., c*it.,* p. 20: "la escritu-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

diferencia esencial con el AR, donde no hay alternativa al otorgamiento del instrumento público por todos los interesados, pero no debemos olvidar que en el AR prepondera la componente negocial, al menos hasta que se inicia el procedimiento para conseguir su homologación judicial, que es la que permite fundar la extensión de los efectos a los no adheridos, mientras que el AEP constituye un procedimiento desde el principio. En tal sentido corresponde al MC la narración en la escritura de todos los hitos del proceso que son de su incumbencia, desde la convocatoria de la reunión, pasando por la comunicación del plan de pago/viabilidad, las eventuales propuestas alternativas/modificación de los acreedores recibidas, la remisión de la propuesta final, así como el detalle de la aprobación. Esto último exigirá la identificación individual de cada acreedor convocado (67), de todos los acreedores que se hayan manifestado con anterioridad a la reunión, y de la lista de asistentes completa, con la indicación del voto de cada acreedor y el resultado del escrutinio final (68). También deberán estar identificados los titulares de créditos con garantía real que voluntariamente hubieran querido intervenir en el acuerdo y así se lo hubieran comunicado al MC en el plazo de un mes (art. 234.4 LC) (69). Corresponde al MC determinar con esa información cuál era la base de cálculo para la mayoría y el porcentaje sobre la misma que han representado los votos favorables y las adhesiones precedentes. Este porcentaje habrá de ser, como mínimo,

---

ra tiene que ser otorgada por el deudor y los acreedores "*mayoritarios*, pues no deja de ser un contrato y se aplican las reglas generales. No obstante, parece conveniente que también lo firme el mediador y que en la *exposición* se haga un resumen de la tramitación del expediente".

(67) Otra vez, pensemos en la posible postergación en el CC (art. 237.1 LC).

(68) No es necesario incorporar toda la documentación acreditativa del proceso seguido a la escritura, bastará con dejarla unida al expediente (*cfr.* art. 72.6.3.º LC, ya que en AR no hay propiamente un expediente en poder de un funcionario donde quede depositada toda la documentación relevante). En todo caso el acuerdo en escritura sí que ha de incorporar el plan de pagos, el de viabilidad y el de continuación.

(69) Adviértase que si este acreedor, después de haber comunicado su voluntad de participar en el expediente, se desentiende del procedimiento, sin asistir a la reunión ni manifestar su aprobación/oposición dentro del plazo previsto, se arriesga a la subordinación con posible pérdida de su garantía (arg. *ex* art. 97.2 LC).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del 60 %, pero se eleva al 75 % cuando el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas (art. 238.1 LC). La exigencia adicional de aprobación del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes, hace surgir alguna duda sobre la forma de prestar ese consentimiento (en particular, por comparecencia en la escritura), y sobre si ésta será la única aprobación individual necesaria. No creo que la cesión en pago resulte forzosa para el acreedor que recibe el bien y que llevaría a una pretendida inscripción directa del AEP elevado a escritura pública, pues siempre será necesaria la escritura de cesión con el acreedor afectado, cuando se trate de bienes inscritos (70). En este sentido, aunque el art. 238.1 LC sólo alude al consentimiento individual del acreedor titular de la garantía real, la regla ha de ser la necesaria aceptación por el *accipiens*, además de la mayoría reforzada en la votación, pues lo contrario representaría una dación en pago por ministerio de ley, donde el acreedor recibe *velis nolis* a título de pago una prestación distinta de la que constituye el contenido de la obligación (problemas de valoración aparte), con la virtualidad de dejarla total o parcialmente extinguida (*cfr.* DA 4.ª.3.5.º LC, donde hay, sin embargo, homologación judicial)). Tampoco se entiende muy bien la exigencia de consentimiento individual del titular de garantía real, pues no hay alternativa sin su adhesión voluntaria al AEP, ni para la cesión en pago de su crédito, ni para un posible cambio de deudor. Por eso, las eventuales adhesiones individuales habrán de exigirse para los actos singulares de cesión, pero no en este momento para elevar a escritura pública el AEP. Ciertamente, también se puede argumentar en contra que si la cesión siempre fuera voluntaria para el receptor sería innecesaria la mayoría reforzada, que sólo tiene sentido porque se puede imponer al 25 % restante del pasivo afectado, salvo que se trate de un acreedor garantizado, que entonces sí ha de consentir individualmente (pero entonces no estaría afectado), pero me parece una consecuencia excesiva en ausencia de homologación judicial (71).

(70) Tiene claro, Sánchez Moreno, M.ª, *cit.,* p. 26, que pueden ser necesarias otras escrituras posteriores para la ejecución del AEP (novación de crédito hipotecario, dación en pago).

(71) Precisamente es posible en el AR según la nueva redacción de la DA 4.ª.3 LC porque hay homologación judicial.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Surge la duda sobre el papel controlador del notario de todas estas actuaciones del MC, en particular cuando tuviera dudas sobre la existencia y la cuantía de algunos créditos, sobre el correcto intercambio de comunicaciones con los acreedores, o en relación con el cómputo final (para la mediación en general, art. 25.2 Ley 5/2012). Personalmente, no creo que el notario pueda rechazar la formalización del AEP porque considere que se han cometido infracciones de forma o de fondo, y muchos menos por una hipotética desproporción en las quitas y esperas –Q/E– (72), fuera de una manifiesta infracción de la mayoría necesaria (73), o por la superación de los límites legales del contenido del AEP para acreedores no consentidores (74). Todo lo que no sea esto queda fuera del control del notario autorizante de la escritura, y con mayor razón aún del RM/N responsable del expediente que simplemente lo cierra a la vista de la correspondiente copia de la escritura (75).

---

(72) En cambio para Pérez de Madrid Carreras, V., *cit.,* p. 20, el notario lo debe controlar todo, incluida la desproporción en las quitas o esperas, aunque admite que sería difícilmente evaluable.

(73) No es imaginable que el MC pretenda pasar un AEP sin el apoyo del 60% del pasivo, pero sí que haya rectificado la lista de acreedores inicial en términos que incidan sobre la base de cálculo, y de los que quizá discrepe el notario, pero esa comprobación es competencia del MC.

(74) Incluso esta infracción sería discutible, pues la ley ha configurado expresamente como motivo de impugnación la superación de los límites legales establecidos por el artículo 237.1 LC, lo que supone, a la inversa, que también podría no impugnarse por el discrepante, quedando entonces convalidado. Ante esto, o se admite que el notario debe autorizar con la oportuna advertencia, o debemos presuponer el error del mismo por no haberse negado, quedando la impugnación del acuerdo como un último recurso para evitar una convalidación de otro modo inevitable. Por otro lado, respecto de los acreedores que consientan, y como quiera que el contenido del AEP tampoco de ha de ser el mismo para todos, podrían superarse esos límites, incluso, enriquecer el AEP con otros posible compromisos, en su caso sujetos a futura ejecución. El problema es que no estarían protegidos frente a la rescisoria concursal, aunque se pueden encauzar posteriormente por la vía del nuevo art. 71.*bis*.2 LC.

(75) Como bien señala Pérez de Madrid Carreras, V., *cit.,* p. 21, si no hay control judicial –en el sentido de homologación– no hay control registral. En otras palabras, con ocasión del cierre del expediente, no hay calificación registral de la escritura.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por ello no se puede hablar de una homologación registral/notarial del AEP, como sustitutivo de una hipotética homologación judicial, aunque se ha de reconocer que tras la reforma llevada a cabo por el RDL 4/2014 dicho control judicial ha perdido intensidad, al haberse limitado a la comprobación de los requisitos del AR, dejando la valoración de una posible desproporción para la posible impugnación posterior. En cualquier caso, siempre será más intenso que el atribuido al RM/N (p. e., concurrencia del requisito material del art. 71.*bis*.1.a) LC). La elevación a público del AEP (y menos el cierre del expediente en RM) no constituye así una excusa para una revisión completa del contenido del acuerdo o del acierto del MC en la convocatoria de la reunión o en el cómputo de los votos/adhesiones, fuera de las infracciones manifiestas indicadas, a detectar por el notario que eleva a escritura pública el acuerdo. El notario fundamentalmente ha de velar por la integridad formal de la escritura de cara a la publicidad del expediente y la posterior impugnación judicial. Sólo el JM puede decretar la anulación por razones de forma/contenido. Puede ocurrir así que al final consiga vigencia un AEP que no respete los límites de Q/E, pero no haya sido impugnado. El problema surgiría en el posterior concurso, pero sólo de entender que el acuerdo supone una novación que mantiene eficacia en el mismo, no cuando sus efectos decaigan por el incumplimiento (76). Como esta irregularidad tampoco impide su tramitación como CC, pues éste también procede en los casos de falta de AEP, puede decirse que, en cierta medida, habría consolidado parcialmente su vigencia un AEP de ese tipo.

(76) Parece que deberían quedar sin efecto las quitas y esperas del AEP en el posterior concurso –CC o CO, igual que sucede en convenio concursal, como consecuencia de su incumplimiento. Por su propia fuerza legal expansiva, la equiparación no debe ser con el mero pacto privado que consolida sus efectos por sí mismo, sino con el convenio concursal, a pesar de la ausencia de homologación. Los efectos del AEP están programados en función de su cumplimiento, y si éste no es posible y procede la declaración del concurso, deben decaer (cuestión distinta los pagos efectuados), de modo que en el concurso los acreedores concurren con sus créditos en la cuantía –que reste– y forma anteriores al acuerdo, esto es, sin el efecto novatorio del mismo (opinión mayoritaria jueces Madrid, *cit.,* p. 482). De todos modos, nada se opone a contemplar expresamente en el mismo AEP su resolución en caso de incumplimiento (para el AR, v. ahora la DA 4.ª.11. III LC).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con la escritura pública se procede al cierre del expediente. Por el RM/N se comunicará el cierre del expediente al JM que hubiera de tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el BOE y en el RPC por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el RM/N competente, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del MC, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el RM/N correspondiente para la publicidad de su contenido (art. 238.2 LC).

VI. ACTUACIONES POSTERIORES AL ACUERDO

Un notario –aunque sea RM el responsable del expediente– extiende el acta de cumplimiento/incumplimiento del AEP a iniciativa del MC, aunque habrá de tratarse en caso de tramitación notarial del responsable de la misma, y en otro caso de un notario cualquiera a elección del MC. Ciertamente el art. 241.2 LC sólo alude al acta notarial en caso de cumplimiento íntegro, mientras que se habla de acta en otros casos (art. 13.2 RD 892/2013), pero la relevancia de la declaración es semejante, de ahí que deba exigirse idéntico requisito formal. Adviértase que no hay procedimiento para esta declaración, ni posibilidad de oponerse, o iniciativa de parte. Actúa sólo el MC, que ha de entenderse permanece en el cargo. En cambio, la posible anulación judicial del AEP en virtud de su impugnación no incidirá sobre el expediente ya cerrado. La sentencia firme simplemente se publicará en el BOE y en el RPC y su procederá a la declaración del concurso como CC (art. 239 LC).

VII. CONTROL EXTERNO

1. Control durante la tramitación del expediente

En primer lugar hay que plantearse la posibilidad de un control

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de la competencia funcional/territorial del RM/N por el destinatario de las comunicaciones oficiales. Conociendo la singular querencia controladora de nuestros registradores de la propiedad tampoco se ha de excluir que el funcionario quiera aplicar a su modo el art. 100 RH en cuanto a la competencia y congruencia del procedimiento, y ponga en cuestión la decisión del RM/N de aceptar la solicitud (77). No creo que pueda hacerlo, y mucho menos controlar otros requisitos, aunque alguno se le hubiera escapado al RM/N. Tampoco respecto del JM procede revisar la competencia territorial, pues el SJ sólo debe dejar constancia de la comunicación recibida y ordenar la publicación en el RPC (más rotunda la anterior redacción del art. 5.*bis*.3 LC, "sin más trámite") (78).

2. Control posterior de los presupuestos

No corresponde al JM en la impugnación del acuerdo, ya que está limitada a la falta de concurrencia de las mayorías, a la superación de los límites establecidos en el art. 236.1 LC, o en la desproporción de la Q/E. No obstante, se podría colar por esta última, cuando la desproporción resulte de una situación financiera del deudor no tan negativa. En cambio, sí que ha de ser posible por parte del JM con ocasión de la declaración del CC, pues éste puede revisar la concurrencia efectiva de todos los presupuestos, cuando algún acreedor se oponga (nunca el deudor contra sus propios actos). De resolver en contra, se habría de declarar un CO, no CC, lo que puede acabar perjudicando a quienes iban a ser titulares de un crédito contra la masa, y favoreciendo al deudor que acorta el plazo de rescisión y abre la posibilidad de convenio. El problema surge con el cumplimiento, pues el acreedor contrario al AEP habrá cobrado con rebaja, sin haber tenido la posibilidad de oponerse por tal motivo, salvo lo dicho sobre la desproporción. Pero lo más singular es que tiñe al AEP

(77) Por ejemplo, tratándose de un empresario individual meramente inscribible considere que la competencia es del RM.

(78) Parece criticable la supresión de este inciso, que vino a superar en la reforma de 2011 ciertas dudas que se habían manifestado con anterioridad en la práctica, v. Ávila de la Torre, A., "El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial", en AAVV, *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis,* dir. por J. A. García Cruces, Barcelona, 2013, pp. 45-66, esp. p. 56

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de una cierta nota de provisionalidad, pues en la forma y en el fondo no deja de ser un acuerdo privado, por mucho que esté investido de algunos efectos exorbitantes. Esto puede provocar un control judicial de sus presupuestos sobrevenido y a destiempo cuando se deba declarar el concurso posterior, ante el riesgo de que el JM rechace la consideración de CC respecto del subsiguiente concurso, por estimar que el RM/N no apreció adecuadamente el ámbito de aplicación del expediente o descuidó la concurrencia de alguna prohibición (79). Esta circunstancia puede incidir en la naturaleza del concurso (80), en la legitimación para instarlo (81), en la concurrencia del presupuesto objetivo (82), y hasta en la calificación de algunos créditos (83), o en el plazo de rescisión concursal (84). Pero, también, en una menor protección en el concurso posterior de los pagos o negocios ejecutados en su desarrollo, que no están al amparo de las acciones de reintegración, ni parece que disfruten de la presunción de los pagos anteriores en fase de convenio del artículo 162 LC (85).

(79) También lo destacan los JM de Madrid, *cit.,* p. 477.

(80) Que no sea CC, con la necesidad de nombrar un AC, y nuevos honorarios.

(81) La pierde el MC.

(82) Automático en el incumplimiento –art. 241.3 LC– y parece que sin opción para el JM cuando valore el MC que persiste la insolvencia –art. 238.3 LC–, y apertura prácticamente de oficio en los casos de anulación –art. 239.6 LC–; en estos casos como alternativa sólo queda la conclusión por fin de la insolvencia del CC declarado *ex* art. 1761.4.º LC (opinión de los jueces de Madrid, *cit.,* p. 481); de considerar el JM que no debió abrirse el expediente de AEP, habrá de aplicarse el régimen general para constatar presupuesto objetivo en un CO.

(83) Postergación de algunos, créditos contra la masa otros.

(84) Súbitamente, mejora la situación de los actos anteriores a la solicitud por no aplicarse el art. 242.2.3.ª LV.

(85) Advierten sobre ello los JM de Madrid, aunque con división de opiniones, *cit.,* p. 482. Realmente, si el deudor constata en la fase de cumplimiento que no ha conseguido superar la situación de insolvencia, en lugar de pagar en los términos del AEP debería instar su propio concurso para cumplir según criterios concursales –no coincidentes, como recuerda la STS 10/07/13 rec. 440/2013–, y por eso los pagos realizados en ese tiempo, hallándose en situación de insolvencia, no escapan al control de la rescisoria concursal.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

VIII. UNA VALORACIÓN FINAL

Superado el trámite de admisión, donde tampoco se puede hablar de una verificación exhaustiva de los presupuestos, especialmente del objetivo, la competencia del RM/N está muy acotada, pues no se inmiscuye, ni en la verificación de la lista de acreedores, ni en los trámites esenciales de la negociación y adopción del acuerdo. No corresponde a estos funcionarios –o al notario autorizante de la escritura– escrutar todas las fases del expediente que son incumbencia del MC, y tampoco fiscalizar la conducta del deudor, aunque trascienda el incumplimiento de algunas de las obligaciones de abstención que asume por haber puesto en marcha el expediente (art. 235.1 LC). Por eso se puede decir que estamos ante un procedimiento notarial/registral, pero no cabe –en cambio– hablar de una homologación notarial/registral, ya que el papel que cumplen ambos funcionarios dista mucho del que correspondería al JM en una eventual homologación. Por tal motivo la expansión de sus efectos a los acreedores no consentidores descansa realmente en la posibilidad última de impugnación judicial y en la publicidad de la que está dotado el AEP y el entero expediente (86).

(86) Cuestión distinta es que en algún aspecto esa publicidad resulte excesiva, sobre todo por la práctica de asientos en todos los registros de bienes, y para todos los bienes, con la consiguiente calificación registral del funcionario receptor. Se ha de tener en cuenta que el procedimiento previsiblemente será muy breve, por eso la paralización de ejecuciones está limitada a tres meses (art. 235.2 LC). Trascurrido ese plazo sin AEP lo normal será la entrada en CC, el cual ya presenta sus propias exigencias de publicidad. En otro caso, cuando se consiga el AEP, la misma LC ha previsto la cancelación de esa anotación, sin que el registrador deba entorpecer futuras inscripciones/anotaciones, sólo porque considere que se ven afectadas por el AEP, cuyo contenido no se inscribe en dicho registro, ni ha de ser tenido en cuenta para practicar asientos posteriores. Siendo así, resulta exagerada y costosa la práctica de una anotación y de la correspondiente cancelación posterior para cada uno de los bienes inscritos del deudor.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

EL NOTARIO ES AGENTE DE LA LIBERTAD REAL

Gunther Gonzales Barrón
Ex Notario de Lima (*)

SUMARIO

I. EL NEGOCIO JURÍDICO COMO EXPRESIÓN SUPREMA DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN EL DERECHO

II. PERO, LA LIBERTAD ENTRE DESIGUALES ES UNA FICCIÓN

III. LA VOLUNTAD AUTÉNTICA SURGE DE LA LIBERTAD REAL

IV. EL NOTARIO ES AGENTE DE LA LIBERTAD REAL

V. EL ASEGURAMIENTO DE LA LIBERTAD REAL PRODUCE UN BENEFICIO NETO A LA SOCIEDAD. CONCLUSIÓN

(*) Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha (España). Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ex Presidente y Vocal del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI. Ex Presidente y Vocal de una de las Salas del Tribunal Registral.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. EL NEGOCIO JURÍDICO COMO EXPRESIÓN SUPREMA DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN EL DERECHO

El hombre es mucho más que el derecho (1). Ese es el punto de partida, pues, mientras uno es esencia, el otro es medio; uno es totalidad, el otro es fragmentariedad; uno es meta y cumbre, el otro es pálido reflejo.

El ser humano es una fuerza arrolladora que ingresa en el mundo fenoménico (2), pero va en busca de nuevas cotas. Está presente en las ideas, en la belleza, en la perversión, en la espiritualidad y también en lo físico (3). Otro ámbito suyo es la moralidad y la ju-

(1) "La cuestión de quién sea el hombre está íntimamente vinculada con la pregunta por la esencia del ser. La determinación de la esencia del hombre, necesaria desde aquí, no es, empero, asunto de una antropología libremente flotante en el aire, que en realidad, se representa el hombre de la misma manera como la zoología se representa al animal. La pregunta por el ser humano, en su dirección y alcance, está ahora únicamente determinada desde la pregunta por el *ser.* Dentro de la pregunta por el ser, la esencia del hombre se debe concebir y fundamentar según la indicación inherente en el principio, como *el l*ugar que el ser exige para su manifestación. El hombre es allí, en sí mismo patente. Dentro de él se ubica el ente y es puesto en obra. Por eso decimos: el ser del hombre es, en el sentido estricto de la palabra, la ex–sistencia. En la esencia de la ex–sistencia, como tal lugar de la manifestación del ser, tiene que fundarse originariamente la perspectiva de la manifestación del ser": Heidegger, Martin. *Introducción a la metafísica,* traducción de Ángela Ackermann Pilári, Editorial Gedisa, Barcelona 1999, pp. 184-185.

(2) Para el existencialismo, el ser del ente es la presencia, el "estar presente"; y se manifiesta a través de dos modos: el ente humano se encuentra frente a los otros entes en situación de *estar delante* y *estar a* mano. Las cosas materiales están a mano, pues son entes manipulables por el hombre: Heidegger, Martín. *Tiempo y Ser,* traducción de Manuel Garrido, José Luis Molinuevo y Félix Duque, Editorial Tecnos, Madrid 2011, pp. 33-34.

(3) Sobre el existencialismo, se ha dicho: "La existencia es, para Heidegger, como para Kierkegaard, trascedente, pero no hacia los mismos términos; para Heidegger no hay ningún Dios y nosotros estamos limitados por nuestra finitud. Pero dentro de esta finitud vamos más allá de nosotros mismos; nos trascendemos porque existimos esencialmente en el tiempo; esto es, estamos siempre haciendo proyectos y viviendo por adelantado de nosotros mismos; y existimos siempre en el mundo, esto es, en íntima comunión con otras cosas": Wahl, Jean. *Introducción a la Filosofía,* Fondo de Cultura Económica, Bogotá 1997, p. 55.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ridicidad, es decir, aquello que trata sobre la valoración de la conducta. Un animal podría tener un comportamiento altruista y hasta bondadoso con sus congéneres, pero no ético. La diferencia está en la conciencia (4).

El hombre es ser libre, dentro de sus grandes limitaciones físicas y temporales (5), y ello se traduce en pensamientos, deseos, decisiones, actos. Pero, no solo piensa, también interfiere. La vida no podría desarrollarse desde la pura interioridad, desde el puro pensar cartesiano, sin más, pues se requiere actuar en el exterior (6).

La libertad de este ser deja huella en el mundo; imprime con su trazo por donde pasa. Es una subjetividad que actúa y decide (7); y cómo no, también hace lo propio en el derecho.

El acto humano de connotación jurídica requiere salir del estrecho marco del puro pensamiento. Necesita expresarse, pues el derecho solo se justifica en la vida en relación; y fuera de ella, carece de objeto. Por tanto, la actuación del hombre en el derecho es **acto de comunicación** (8), por el cual, la voluntad traspasa

(4) Sobrevilla, David. "Biología y Ética". En VVAA *Estudios Jurídicos en Honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber Pezet,* Cultural Cuzco, Lima 1988, p. 352.

(5) "Gran parte de nuestras acciones voluntarias ven circunscritas sus acciones por causa de fuerza mayor que limitan las posibilidades reales que se nos ofrecen y nos privan de otras más acordes con nuestro auténtico ideal práctico de vida. En mayor o menor grado, nuestra voluntad siempre ha de ejercerse en el marco de una necesidad que en cierta medida la contraría. Llamamos "acto voluntario" no al que concuerda plenamente con nuestro gusto, sino al que menos nos disgusta en un contexto práctico irremediable que no hemos podido elegir. Es decir, aquel gesto por el que deliberadamente optamos para afrontar la *fatalidad":* Savater, Fernando. *El valor de elegir,* Editorial Ariel, Barcelona 2004, pp. 38-39.

(6) El ente humano ha sido arrojado al mundo, es un "ser en el mundo". El individualismo cartesiano queda descartado.

(7) "Al hombre le es dado manejar con libertad su existencia como si fuese un material. Por eso es el único que tiene historia, es decir, que vive de la tradición en lugar de vivir simplemente de su herencia biológica. La existencia del hombre no transcurre como los procesos naturales": Jaspers, Karl. *La Filosofía desde el punto de vista de la existencia,* Fondo de Cultura Económica, México 2003, p. 67.

(8) La comunicación puede hacerse por cualquier medio que permita sacar la voluntad de la psique del hombre y manifestarla al exterior (Rodríguez Adrados, Antonio. "Naturaleza jurídica del documento auténtico

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la subjetividad y se trasluce a lo fenoménico social (9). Por ejemplo, la posesión es la voluntad manifestada a través de la dominación de las cosas en relación con los demás, pero esa circunstancia solo existe en cuanto la interioridad se hizo efectiva en el mundo físico.

Sin embargo, no basta la comunicación para ingresar al derecho. En tal caso, lo sería un saludo, una dulce sonrisa o un gesto de desaprobación por el tráfico inhumano que sufrimos todos los días. La comunicación es la condición necesaria, pero no suficiente, pues se necesita la **relevancia jurídica**. Este concepto se encuentra relacionado con el nacimiento del Derecho, en sentido objetivo, con la valoración ético-social de las acciones, esto es, con aquello que la sociedad considera propio del ámbito de los mandatos vinculantes, obligatorios, de ordenación del grupo (10).

---

notarial". En Id. *Escritos Jurídicos, C*olegios Notariales de España, Madrid 1996, Tomo III, p. 178). Algo más, el lenguaje desempeña una función de instrumento del pensamiento, antes que de pura exteriorización, pues la intención del pensamiento busca expresarse en palabras, y, con ello, recién logra convertirse realmente en pensamiento (*Ibíd.,* p. 176).

(9) "Cada acción humana se exterioriza en forma de algún tipo de movimiento que transforma parcialmente el mundo donde vivimos, pero tiene también un componente interno, no exteriorizado o mental": Savater, Fernando. *El valor de elegir, op. cit.,* pp. 46-47.

(10) El Derecho, como acto normativo, se funda siempre en la voluntad de un sujeto o de un grupo que se inviste del poder para dictar reglas con efecto vinculante para los otros. Es también acto humano comunicacional, pero de fuerza; si se quiere tosco, pero igualmente afirma una voluntad. Pero, el derecho requiere, además, la aceptación generalizada (a veces, en realidad, la sumisión), que conlleva la obligatoriedad y la legitimidad. Por tanto, el Derecho es, mitad acto de fuerza, mitad acto de aceptación y reconocimiento. La pétrea voluntad se suaviza con el fresco aroma de la conciencia social que la avala. Si bien es cierto que la idea del contrato social, que funda la sociedad y el derecho, es una simple metáfora, sin embargo, no es irreal. En buena cuenta, se trata de un concepto especulativo que grafica un prolongado y lento fenómeno social que ha dado lugar a la ética y a las reglas del *deber ser*. El contrato social, la voluntad, el hecho social consentido es la base del Derecho, lo que debe venir acompañado del manto de moralidad que subyace en él. Sin embargo, en la versión original del contrato social, la teoría de Thomas Hobbes conduce al absolutismo, y no a la democracia, pues se basa en el hecho que el estado de naturaleza no asegura la vida de nadie, por lo que este temor a la muerte hace que los individuos cedan todos sus poderes al Soberano (Leviatán), quien se convierte en la única fuente de la autoridad y la ley; por tanto, el Estado

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por tanto, el hombre como ser relativamente libre, también incursiona en el derecho mediante actos de comunicación con relevancia jurídica. Aquí se encuentran las diversas manifestaciones del hombre que tienen incidencia en el derecho, tales como el testimonio prestado frente a un juez, la apropiación de una cosa material sin dueño, el contrato o un testamento. En todos ellos subyace un acto de voluntad comunicacional.

Los actos de voluntad comunicacionales, de connotación jurídica son de amplio espectro; y dentro de ellos se encuentran un subtipo en el cual **la voluntad pretende identificarse con el efecto jurídico mismo** (11). Son los negocios jurídicos. Nótese que la

---

absoluto empezará a monopolizar la ley, que se identificará, a partir de ese momento, con el derecho (Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*, traducción de Ricardo Sanín Restrepo, Oscar Guardiola-Rivera y Omar Alonso Medina, Editorial Legis, Bogotá 2008, p. 93).

La teoría institucional del derecho (MacCormick y Weinberger) señala que la validez del derecho es un hecho social que no puede ser determinado por la mera existencia de una norma fundamental. La eficacia, que es un criterio de validez del sistema jurídico, es un hecho social que solo puede ser comprobado por la observación. **Es un criterio sociológico-realista**. El hombre es ser actuante y ser social, por lo que crea instituciones o marcos sociales para la acción. La validez de las normas se encuentra en el hecho que estas constituyen la base para el funcionamiento de las instituciones; y las instituciones solo pueden existir cuando contienen un núcleo de información práctica: Weinberger, Ota (entrevista por Eugenio Bulygin). En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 11, Alicante 1992, pp. 319-320. La teoría del hecho social es un buen intento explicativo de la **eficacia del derecho**, sin embargo, no explica en su integridad el fenómeno jurídico, que también requiere de sustento moral para justificar la **validez intrínseca** de las reglas de conducta. El Derecho existe como un hecho (estructura formal), pero se necesita, además, moralidad, tendencia a lo bueno, a lo correcto (estructura sustancial).

(11) Los actos humanos pueden producir efectos jurídicos, por relación directa con la autonomía privada (negocio jurídico), o como simple supuesto de hecho que es valorado jurídicamente por la ley para atribuir un efecto estrictamente legal (acto jurídico). Así, la doctrina señala que: "El ordenamiento jurídico se limita, sin embargo, a atribuir eficacia jurídica a la configuración autónomo-privada en la medida que la reconoce. Por eso, con razón se puede hablar de **efectos jurídicos en virtud de la autonomía privada.** Por otro lado, son **consecuencias jurídicas legales** aquellas que se producen solo en virtud de la ley, en cuanto que la ley determina la consecuencia jurídica valorando jurídicamente relaciones y acontecimien-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

voluntad busca alcanzar el efecto jurídico (12); está pre-ordenada para ello; por lo que se descarta que se persiga, solamente, efectos prácticos o empíricos. Si fuera así, entonces no podrían excluirse del ámbito negocial los "pactos de caballeros" o las relaciones meramente sociales, pues en ellos siempre existe un efecto empírico pretendido, pero que se mantiene a extramuros del derecho, pues los creadores de la relación, en forma expresa o tácita, la han excluido de ese mundo (13). Por otro lado, se encuentran los "actos

tos, en especial actos humanos": Flume, Werner. *El negocio jurídico,* traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p. 25.

(12) Sin embargo, en doctrina nacional se ha criticado la postura del texto principal: "Es una falacia sostener que la diferencia entre el acto y el negocio jurídico estriba en que los efectos jurídicos están predeterminados por la ley en el primero y que los fijan las partes en el segundo. Tanto en el negocio jurídico como en el acto los efectos están predeterminados por el ordenamiento jurídico. Lo que sucede es que, en el ámbito del negocio jurídico, los efectos están delimitados por normas supletorias, mientras que en el ámbito del acto jurídico, los efectos están predeterminadas por normas imperativas o inspiradas en el orden público" (Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial,* Gaceta Jurídica, Lima 2008, p. 42).

Esta posición denota una grave falta de lógica. En efecto, el negocio jurídico no puede tipificarse por la existencia de normas supletorias que son derogadas por la autonomía privada; eso es poner la carreta por delante de los bueyes, y lo vamos a demostrar con un ejemplo: la existencia del contrato de compraventa no está relacionado con las normas supletorias o imperativas, pues, en el momento genético, las partes son soberanas para decidir el negocio, la causa, el bien, el precio. Por el contrario, las normas supletorias o imperativas solo entran en juego **cuando ya existe el negocio;** pero el problema no se encuentra *a posteriori,* cuando el acto ya se produjo, sino *ex ante*, cuando el negocio va a configurarse. Por tanto, el acto humano negocial solo se construye con la voluntad de las partes que se identifica con el efecto jurídico. Así, la compraventa implica el intercambio voluntario de bien y precio, y esta causa negocial es decidida in toto por las partes; en consecuencia, la norma supletoria no le puede indicar a los particulares qué cosa material debe adquirirse o cuánto dinero debe pagarse si el vendedor o comprador omiten regular esa materia. **En este punto, los contratantes son los únicos que pueden decidir libremente por medio de su voluntad comunicada.** Por tanto, la diferencia entre acto/negocio se encuentra en la identidad entre voluntad y efecto que se produce en el último caso.

(13) "El problema es distinguir los casos en los cuales el acuerdo sobre materias patrimoniales crea un tal compromiso, de los casos en los cuales

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

jurídicos no negociales", en los que también se encuentra un acto de voluntad, sin embargo, el efecto jurídico es independiente y autónomo de la voluntad, pues solo constituye un presupuesto para desencadenar las consecuencias jurídicas. Ejemplo: el amante de los animales que recoge de la calle un perro herido con el fin de curarlo y devolverlo a la libertad, no piensa ni manifiesta intención alguna de convertirse en propietario, sin embargo, lo es por efecto del art. 929 CC. La voluntad de tomar el animal lo hace propietario, sin que tenga relevancia la concreta finalidad del acto.

Ahora bien, en las hipótesis de voluntad que "pretenda identificarse" con el efecto jurídico, ello no significa que aquella sea la productora directa de las consecuencias para el derecho, ni que tenga el poder de producir, por sí sola, las diversas relaciones jurídicas. Una doctrina de este tipo significaría un retroceso a la corriente decimonónica del dogma de la voluntad. Por el contrario, si bien la finalidad de esta voluntad es igualarse con el efecto, sin embargo, ella requiere encontrarse en conformidad con el sistema jurídico. Los civilistas se han enfrascado en una inútil discusión, por muchas décadas, entre el negocio como "hecho" (*fattispecie*), que deba ser reconocido por el ordenamiento jurídico; o como un "valor", que por sí mismo tenga relevancia jurídica (14). Las teorías sobre esta vinculación son numerosas, y en ellas influye la ideología liberal-individualista (el negocio es "valor") o la solidaria-colectiva (el negocio es un "hecho"). Por tal motivo, se dice, por ejemplo, que el ordenamiento jurídico "reconoce" el negocio, lo que da preponderancia a la libertad; o que el ordenamiento lo "autoriza", con lo cual se otorga primacía al Estado en una función de tutela de los intereses privados (15). No faltan las posiciones eclécticas, como la de Giovanni Battista Ferri, quien considera que el negocio y la ley encarnan, ambos, valores autónomos, en una clara muestra de pluralismo jurídico; y

---

no lo crea. Es decisivo, al respecto, el modo en el cual las partes entienden su acuerdo: vale decir, es decisiva la intención de las partes (en el *common law, l'intention to create a legal relationship e*s habitualmente indicada como elemento constitutivo del contrato)"*:* Roppo, Vincenzo. *El Contrato,* traducción de Nélvar Carretero Torres y Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 36.

(14) Así describe el problema: Ferri, Giovanni Battista. *El negocio jurídico,* traducción de Leysser León, ARA Editores, Lima 2002, p. 134.

(15) *Ibíd.*, p. 141.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"constituye una expresión de la relación entre libertad (representada por el negocio) y autoridad (expresada por el ordenamiento estatal); es decir, de la relación entre un sistema de valores (el negocio) expresión de intereses específicos, circunscritos y personales, y un sistema de valores (el ordenamiento estatal), que es expresión de una visión general y totalizadora de la realidad social, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento" (16).

Sin embargo, el debate de los civilistas había sido solucionado antes por los filósofos, pues el sistema jurídico otorga poderes al individuo para crear reglas, pero ello está sometido a normas de competencia que establecen las condiciones de validez en su ejercicio. "Las normas de competencia son normas constitutivas, normas que califican como válidas las normas dictadas en el ejercicio de la competencia" (17). Por tanto, **el sistema jurídico reconoce el poder de los individuos para crear relaciones jurídicas sobre la base de su voluntad, pero en concordancia con el bien común que se expresa en las reglas de competencia**.

Por último, **el acto negocial requiere producir un resultado jurídico, un cambio en el *statu quo***, una modificación en la situación preexistente de relaciones jurídicas, en consecuencia, se crea un nuevo ente, algo que no existía (18). Esta circunstancia descarta

(16) *Ibíd.,* p. 155.

La afortunada frase de "relación entre libertad y autoridad" no proviene del civilista italiano, sino de la filosofía liberal, de la cual, evidentemente, él la ha tomado a préstamo. Así, se expresa uno de los más importantes teóricos del liberalismo: "El objeto de este ensayo no es el llamado libre arbitrio, sino la libertad social o civil, es decir, la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo (…) La lucha entre la libertad y la autoridad es el rasgo más saliente de esas partes de la Historia con las cuales llegamos antes a familiarizarnos, especialmente en las historias de Grecia, Roma e Inglaterra" (Mill, John Stuart. *Sobre la libertad,* SARPE, Madrid 1984, p. 27). En este ensayo, el filósofo inglés trata la cuestión de cómo el individuo puede preservarse frente a los poderes del Estado, o cómo puede conciliarse la autoridad y la libertad (Introducción del editor, *Ibíd.,* p. 13).

(17) Moreso, José Juan y Vilajosana, Josep María. *Introducción a la teoría del derecho,* Marcial Pons, Madrid 2004, p. 83.

(18) "En dependencia de si el contenido está socialmente destinado solo a informar o a aclarar (*docere)*, o bien a dictar norma o *estatuir (iubere)* –es decir, de si está destinado a enunciar algo que existe, o a disponer

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

los actos de finalidad meramente probatoria o reproductiva (ejemplo: un acto de ratificación documental de contrato no es negocio jurídico, pues no crea algo), o los actos inocuos que no producen innovación jurídica (por ejemplo: declaración unilateral del padre por la que expresa su firme intención de asumir las obligaciones derivadas de la paternidad). En buena cuenta, la relevancia jurídica, que en el ámbito de los negocios se circunscribe en el derecho privado, debe conllevar una innovación, algo nuevo, un resultado novedoso.

En suma, el negocio jurídico puede definirse como el **acto humano comunicacional, con relevancia jurídico-privada de innovación, en el que la voluntad se identifica con el efecto reconocido por el sistema jurídico, en virtud de su concordancia con el bien común, esto es, con las normas jurídicas de competencia, que establecen los parámetros de la autonomía privada**. Se trata, pues, del máximum potencial jurídico de la voluntad(19), en cuanto el querer manifestado del hombre, previa coordinación con el sistema jurídico objetivo, se convierte en regla de conducta, obligatoria, vinculante. A diferencia de la tesis de Betti, el negocio no es mandato o precepto, pero **deviene en mandato**. No es lo mismo "ser" (aparecer por sí mismo) que "llegar a ser" (aparecer por una fuerza extrínseca), en virtud de una energía externa que le permite al cuerpo lograr el movimiento –eficacia– requerido.

II. PERO, LA LIBERTAD ENTRE DESIGUALES ES UNA FICCIÓN

Hace tiempo los filósofos se han puesto de acuerdo –cosa difí-

un "deber ser" para el futuro– la declaración deberá calificarse como enunciativa o puramente representativa, como *docet*, o como dispositiva, preceptiva y ordenadora, respectivamente, cuando *iubet*": Betti, Emilio. "Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico". En Id. y otros. *Teoría general del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales,* traducción de Leysser León, ARA Editores, Lima 2001, p. 44.

(19) A lo largo de este ensayo se habla de la "voluntad", pero es menester aclarar que este término se utiliza con el significado de "acto de decisión serio y responsable de un sujeto, entendido como hecho social susceptible de tutela jurídica". De esta forma, queda descartada la concepción voluntarista-individualista, o el llamado "dogma de la voluntad", propio del pandectismo alemán del siglo xix.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cil– que la **libertad es relativa**, ya que el mayor o menor grado de libertad está íntimamente relacionado con la natural vulnerabilidad del ser humano, su ansia de protección y seguridad, así como las circunstancias particulares y de vida que rodean a cada uno. Por ejemplo, un enfermo grave tomará ciertas decisiones que no las hubiera adoptado en otra situación; igual ocurrirá con un desempleado o un **pobre**. En ese escenario, ¿todavía se puede seguir sosteniendo que las decisiones del hombre son "enteramente libres"? En el esquema mental de los economicistas, un pobre puede discutir y negociar con el gerente del principal Banco del país.

En realidad, la libertad está mediatizada entre sujetos desiguales, pues el rico tiene en forma obvia "más libertad" de decisión que el pobre, lo que se traduce en una infinita gama de opciones, alternativas o decisiones. El otro, por el contrario, tiene "menos libertad" pues está sometido al poder político o económico de su contraparte. El que subsiste de un puesto de trabajo difícilmente puede contraponerse a su empleador de quien depende él y su familia. ¿Hay verdadera libertad de decisión? ¿Realmente podemos hacer lo que nos plazca sin más límites que nuestro voluntarismo?

La libertad meramente formal no sirve de nada, salvo para consumar injusticias e iniquidades. Caso contrario, ¿por qué se creó el derecho laboral? ¿Por qué existe el derecho de protección al consumidor? Con la lógica del liberalismo ingenuo, el Estado no debería intervenir ya que serían suficientes los pactos "voluntarios" que estipulen patrono y obrero, pues la regla sacrosanta es que "uno mismo decide mejor sus intereses que el Estado". **Esta es una típica falacia que debe ser combatida**.

El neoliberalismo se basa en la libertad (teórica) de los ciudadanos para elegir lo que más le conviene a sus intereses. De esta manera la utilidad individual se convierte en eficiencia social, pues la racionalidad económica de los agentes los llevará a adoptar la mejor solución, y con ello finalmente se aumentará el bienestar general. Es una linda teoría expuesta en el escritorio de un burócrata de organismo internacional o en el pizarrón de un profesor (20). El

(20) Así, por ejemplo: "El mensaje de Coase es que si los derechos de propiedad son claros, las personas encontrarán la mejor manera de resolver sus problemas. El rol del Estado y de los jueces no es escoger la salida más eficiente, sino reducir, con reglas claras los costos para que las personas se

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

problema, sin embargo, es que esos presupuestos son falsos. Así, la libertad absoluta y la igualdad real entre los sujetos simplemente no existe, y solo se aprecia en el ámbito formal, pero no en el sustancial (21).

La libertad y la igualdad son siempre relativas, pues están grandemente condicionadas a la situación real, concreta e histórica de los sujetos (22). La idea de una mínima intervención del Estado no puede sostenerse, pues ello implicaría dar carta blanca para que el poderoso abuse impunemente del débil con el solo fundamento de que "el otro así lo quiso". Por eso existe toda una legislación de defensa del consumidor, cada vez más acentuada, que pretende igualar la posición de ambos.

No basta, por tanto, con gozar de igualdad y libertad teóricas, que muy poco pueden hacer frente a las situaciones de notoria disparidad en el poder de negociación de los actores económicos. Esta

---

pongan de acuerdo" (Bullard, Alfredo. "Cuando se lee solo cuatro páginas". En *Diario El Comercio*, Lima, 14 de septiembre de 2013, p. A35). Es decir, según esta visión de las cosas, el Estado solo sirve para asegurar la libertad formal, pues los ciudadanos saben mejor que nadie lo que más le conviene en defensa de sus intereses. En el modelo neoliberal, el Estado y los jueces son corruptos, pero no los privados, por lo cual las decisiones contractuales, basadas en la libertad, siempre son mejores, eficientes y logran la justicia. Habría que preguntarle a Bullard, tal como lo hacen los filósofos MacCormick y Hart, ¿cuál es la libertad de una persona que se encuentra en pobreza extrema y no tiene nada que comer? Por supuesto que para él eso no es importante, pues en su esquema teórico, todos son "iguales".

(21) Recomendamos una obra interesante en la que se da cuenta que el afán de lucro, central en el capitalismo, es la causante de su propia destrucción a través de la corrupción económica, de la cual su apéndice es la corrupción política. Un mercado libre, sin controles, es un campo propicio y abonado para los abusos y los negocios sucios: Slavin, Luis Pablo. *El capitalismo depredador. Los escándalos corporativos del siglo xxi*. Biblos, Buenos Aires, 2005, p. 149.

(22) Conforme con esta afirmación se encuentran los filósofos, como es el caso del español Savater, Fernando. *El valor de elegir*, *op. cit.*, p. 90: "Obra de nuestra libertad de seres dependientes y vulnerables, la asociación basada en leyes y costumbres trata de configurar un ámbito en el que podamos desarrollar elecciones que no siempre sean a vida o muerte". ¿Qué dirá ante ello la doctrina jurídica que opina en la libertad absoluta es sustento de cualquier acuerdo? El hombre es un ser dependiente y vulnerable ante múltiples factores, por lo que su libertad es limitada, y en algunos casos es prácticamente una ilusión.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

conclusión no es nueva (23), pero en la época presente se ha acentuado la necesidad de la intervención estatal para lograr la igualación de las partes. En tal sentido, los más destacados filósofos y teóricos del Derecho nos ponen en guardia, desde antes de la crisis mundial, respecto al excesivo poder de las empresas privadas internacionales, las que prácticamente imponen sus valores, reglas y también abusos, ante un Estado que se conforma con "dejar hacer y dejar pasar", como en el peor liberalismo clásico (24).

El culto absoluto por el mercado, como si fuese un Dios moderno, es un dogma que debe revisarse en armonía con el bien común. Solo así podremos evitar las injusticias, las inmoralidades, los abusos, el descrédito, la desesperanza en un mundo mejor y más equitativo. No valen los cantos de sirena de quienes descalifican a los demás

(23) "El carácter 'sagrado' que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas relativamente iguales; mientras sirva, como todavía hoy se puede afirmar, para el libre desenvolvimiento de la personalidad. En cambio, pudiera calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado. La historia no se repite, sí los artificios. Como otras veces (recuérdese lo dicho sobre el Derecho feudal), un grupo social poderoso emplea la forma del contrato para aumentar su poder, desplazar el Derecho legislado, crear nuevas normas e imponer una jurisdicción a su servicio": De Castro, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Editorial Civitas, Madrid 1987, pp. 77-78.

(24) El autor identifica tres peligros entre ellos conexos para la esfera pública, originada por la carencia de límites a los poderes privados. El primer peligro es la concentración y confusión de los poderes económicos y políticos. El dinero sirve para hacer política y la política para hacer dinero. Es un círculo vicioso que se resuelve en la inacción del Gobierno. El segundo peligro se da en la progresiva erosión de la esfera pública como conjunto de funciones e instituciones sometidas a reglas en garantía de los derechos de todos, con la consiguiente supremacía de la esfera privada del mercado. De esa forma resulta minado el edificio del Estado Constitucional como instrumento de garantía de los derechos fundamentales, degradado a derechos patrimoniales de acceso, en contraste con su carácter universal y su rango constitucional. El tercer peligro se encuentra en la mercantilización de los ordenamientos jurídicos, quienes compiten entre sí para atraer inversionistas. Ya no son los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino que estas hacen lo propio con los Estados para ver cuál de ellos le ofrece mejores condiciones "normativas": Ferrajoli, Luigi. "Diritto Civile e principio di legalitá". En *Europa e Diritto Privato*. Fascículo 3, Milán, 2005.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por el solo hecho de no compartir el ideario neoliberal. El mercado, por ejemplo, funciona cuando hay muchos oferentes y demandantes, por lo que nadie puede imponer condiciones o el precio. Sin embargo, todos sabemos que eso no ocurre en la realidad. Existen muchos mercados monopólicos legales o de hecho; otros funcionan en régimen de cuasi-monopolio y otros en "mercados capturados" por tres o cuatro competidores que no se atacan, por lo que ellos conviven en paz hasta que uno decide comprar al otro. En todos estos casos el mercado no funciona según sus propios presupuestos teóricos. Todo el mundo lo sabe, desde los políticos, los economistas, los burócratas, pero no hay soluciones.

Por tanto, si el mercado no reúne las condiciones de "libre" entonces el Estado se encuentra claramente legitimado para intervenir y procurar justicia. Por ejemplo, a través de la regulación de las cláusulas generales y de los contratos por adhesión. No basta la protección periférica de un "derecho a la información" que nada cambia; sino que es necesaria una protección de fondo, sustantiva y material.

La sola libertad negativa, esto es, que el Estado se abstenga de intervenir para que los particulares decidan voluntariamente, no asegura el logro de soluciones justas.

III. LA VOLUNTAD AUTÉNTICA SURGE DE LA LIBERTAD REAL

Muchas veces los derechos del hombre se sitúan entre dos perspectivas, no coincidentes y de difícil amalgama: **la libertad y la igualdad**, pues la convivencia de dos valores contrapuestos no es pacífica y ofrece grandes dificultades. La primacía de la libertad implica que la dignidad del hombre solo se respeta cuando este es libre; mientras que la primacía de la igualdad implica reconocer que esta se encuentra en la base de la dignidad.

En tal contexto, ¿qué es preferente?, ¿la libertad o la igualdad?

Ambos reduccionismos, sin embargo, llevan a fanatismos; por ejemplo, la idea que subyace en la frase: "las sociedades justas son aquellas en las que rige la libertad", fácilmente degeneran en el abuso de la libertad por parte del más fuerte; pues, los poderes

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

económicos y políticos subyugan la libertad, y ese es un fenómeno histórico comprobado sobre el que no vale extenderse más. Por el contrario, la frase: "las sociedades libres son aquellas en las que rige la igualdad", puede terminar ahogando la libertad por obra de un Leviatán (gobernante) que decida lo que "es justo, conveniente a todos o igualitario" (25). La primera concepción es propia de una justicia *light*, fácilmente alcanzable, que deja librada las relaciones sociales y económicas a la libre decisión de los individuos. Es una justicia "de forma", donde todos son iguales y libres según una etiqueta, por lo que el Estado adopta una política de inacción; lo que aquí rechazamos. La segunda es una concepción más compleja, pues exige hilvanar distintas instituciones políticas y jurídicas con el fin de alcanzar una base mínima de desarrollo social y económico que permita ejercer una libertad real.

La siguiente idea del filósofo escocés MacCormick es contundente sobre este tema:

> "Como eso que puede identificarse crudamente con estómago lleno, techo bajo el que vivir y la oportunidad de mantener esto mediante un trabajo decente. Un sistema económico que niegue bienes como estos a algunas personas, o que los distribuya sistemáticamente de manera profundamente desigual, es tan contrario a la demanda equitativa de respeto de sí mismo por parte de cada persona, etc., como un sistema político que reprime la libertad indebidamente o la distribuye en proporciones sistemáticamente desiguales" (26).

La igualdad abstracta sin que los sujetos cuenten con un nivel simétrico de oportunidades no tiene valor, y se pierde en el puro formalismo ya criticado. Se excluye, entonces, que pueda haber

(25) Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid 2009, pp. 75-76.

(26) Cit. Pietro Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid 1990, p. 46.

En sentido análogo, Herbert Hart señala que la primacía absoluta de la libertad con respecto a los derechos sociales no podría ser aceptada por alguien que no tiene nada que comer: Cit. Alexy, Robert (Entrevista preparada por Juan Manuel Sosa Sacio y Yolanda Soledad Tito Puca). En *Gaceta Constitucional*, Gaceta Jurídica, Tomo 32, Lima, Agosto 2010, p. 352.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

igualdad sin justicia social (27); o libertad sin justicia; o paz sin justicia; y por supuesto los contrarios tampoco podrían ser ciertos, en tanto una sociedad sin igualdad, libertad o paz jamás podría ser justa (28). En suma, las circunstancias sociales y las necesidades

---

(27) Perlingieri, Pietro. *Il diritto civile nella legalitá costituzionale,* ESI, Nápoles 1984, p. 96.

(28) Las relaciones entre particulares estuvieron basadas mucho tiempo en el PRINCIPIO DE LIBERTAD, aun cuando esas relaciones no siempre se producen en pie de igualdad, por lo que la libertad de actuación no es real. Así tenemos el Derecho del Trabajo, los contratos de adhesión, las ofertas públicas, los locales abiertos al público, los requisitos de ingreso en las asociaciones, etc. En todos estos casos puede proclamarse la vigencia del principio de igualdad entre particulares; sin embargo, ello tampoco es obstáculo para que en este tipo de relaciones se mantenga el principio general de libertad (libertad contractual, libertad de asociación, libertad de empresa, etc.), de tal manera que en muchas hipótesis se produzca un conflicto entre los valores en juego; y este tipo de conflictos no puede resolverse dando prioridad a uno de los principios frente al otro ("todo o nada"), pues en abstracto ninguno de ellos es superior. La solución debe encontrarse en la ponderación que ha de realizarse caso por caso, aunque pueden utilizarse los siguientes criterios generales:

— Las relaciones entre particulares distan mucho de realizarse en pie de igualdad, por lo que la posición de dominio o superioridad corta o elimina la libertad; en estos casos habría que ponderar la posible igualación como mecanismo para solucionar el conflicto, y no prestar tanta atención en una libertad meramente retórica.

— Además, debe tenerse en consideración que las fronteras entre lo privado y público se difuminan, existiendo empresas públicas que actúan en el tráfico como entidades privadas, o empresas privadas cuyo poderío se asemeja al del Estado o de las entidades públicas, si es que de plano no gozan ya de potestades administrativas.

— Existen categorías que *per se* son sospechosas de discriminación cuando existe trato desigual por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica (art. 2-2 Const.).

— El peso de la libertad es menor en las relaciones entre particulares cuando la oferta se realiza en principio al público en general, es decir, abierta a todos. Es el caso de la "reserva de admisión".

— Por último, la dignidad de la persona aparece como un valor esencial del sistema (art. 1 Const.).

Estas ideas han sido extraídas del interesante artículo de: Díaz Revorio, Francisco Javier. "¿Pueden los particulares discriminar". En *Es de interés público. Boletín de la Clínica Jurídica de acciones de interés público* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 3, mayo 2005, pp. 4-5.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

se relacionan con la libertad (29), ya sea para gozarla, o para negarla.

Estas dos concepciones antagónicas tienen su expresión en el "Estado liberal de Derecho" frente al "Estado social de Derecho" (*Welfare State*=Estado de Bienestar). Hoy se advierte una recusación del Estado Social, generada por el exceso de demandas, por la "inflación" de los derechos sociales, la falta de incentivos para la creación y producción, el aumento de la burocracia y con ello de la corrupción por exceso de funciones estatales discrecionales, etc. En tal sentido, se sostiene la necesidad de regresar a un Estado que solo tutele el orden, la seguridad y la libertad. La propuesta es, simplemente, irreal por donde se le mire.

La actualidad social demuestra que se encuentra consolidada la idea de unos derechos asistenciales, de ayuda, o de subvenciones que tomen en cuenta la desigualdad, la pobreza, la injusticia social. La supresión de todo ello solo fomentaría el conflicto, la violencia y con ello las soluciones autoritarias y de policía. Sería un retorno al Estado absolutista del siglo XVIII (despotismo ilustrado). En el Perú se habla constantemente de "reforma del Estado", lo que en realidad esconde los fenómenos de desregulación, privatización, eliminación de funciones sociales y despidos. También se dice que la agenda política debe estar enmarcada en la siguiente agenda: "promover la inversión, eliminar trabas administrativas, reducir impuestos y flexibilizar la legislación laboral". Todo ello significa eliminar la presencia estatal, reducir o simplemente eliminar los controles y garantías públicas a la inversión, traspasar las funciones estatales a los particulares y a las fuerzas del mercado, dejar que la pobreza se mantenga tal cual, aumentar las utilidades millonarias de las trasnacionales, etc. Esa política es contraria a la democracia. Es simplemente mantener un Estado como guardián de los poderosos, y eso es incompatible con la idea moderna de una democracia social.

En buena cuenta, **la libertad por sí sola no realiza el ideal de justicia, pues se requiere la igualdad real**, las oportunidades mínimas; todo lo que lleva a una sociedad con menores conflictos pues se le percibe justa. Dejamos en el uso de la palabra al gran teórico del garantismo:

(29) PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, *op. cit.,* p. 47.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"La propuesta del neo-liberalismo se reduce, en sustancia, al proyecto de una refundación solo parcial del Estado liberal de derecho, como cobertura y sostén, simplemente, de la reducción de las funciones públicas de naturaleza social. Este proyecto tiene un carácter inevitablemente anti-democrático. El diseño estratégico de una renovada «sociedad abierta» basada en la revalorización ético-política del mercado y del Estado liberal de derecho corresponde en realidad a una simplificación del sistema político mediante la amputación de aquellas de sus funciones positivas que satisfacen demandas y necesidades ampliamente difundidas a nivel social (vivienda, asistencia sanitaria, seguridad social, instrucción, servicios públicos, garantía de los salarios reales, subsidios a los desocupados, etc.) y que los mecanismos transaccionales y de mercado no estarían nunca en condiciones de reemplazar, de acuerdo con criterios siquiera mínimos de justicia distributiva. Está claro que una operación de este tipo no resulta tampoco concebible sin un reforzamiento de los instrumentos autoritarios –y estatales– de control social. Las expectativas de niveles mínimos de subsistencia y de seguridad satisfechos por servicios y prestaciones públicas están ya a tal punto consolidadas y son a tal punto irreversibles que no pueden frustrarse si no es al precio de conflictos violentos que no admiten mediación. Para bien o para mal, como también ha recordado Norberto Bobbio, Estado social y democracia son en suma inescindibles no sólo histórica sino también estructuralmente, y la lesión del primero no puede tener lugar sino en detrimento de la segunda, a través del uso de la fuerza, de la represión y, en todo caso, de la reducción preventiva de los espacios de libertad política entre los que el conflicto puede desarrollarse" (30).

El Tribunal Constitucional Peruano ha reconocido que la libertad, por sí sola, no es suficiente para igualar las posibilidades de los hombres; y se necesita una acción interventora para dotar de una mínima base material que permita a los individuos ejercer de forma real y efectiva su libertad. Solo así se hace efectiva la cláusula del

(30) Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho,* traducción de Gerardo Pisarello y otros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, pp. 81-82.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"Estado Democrático y Social" contenido en el artículo 43.º de la Constitución. En otras palabras, no basta la "igualdad formal", sino la "igualdad sustancial o de oportunidades", es decir, que el Estado provea de condiciones para lograr una simetría de posibilidades para todos (31). La efectividad de la libertad depende de la mejora de las condiciones materiales de la vida. En buena cuenta, no se pretende eliminar la libertad en aras de reconocer los derechos sociales; sino al contrario, la garantía de estos asegura y generaliza la libertad (32). de de la mejora de las condiciones materiales de la vidacontenido material. Y es que la lientTextualmente el Tribunal dice lo siguiente:

> "El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. (…) La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios" (Sentencia de 11 de marzo de 2003 (Expediente Núm. 0008-2003-AI/TC; fundamento jurídico 12.º).

El Derecho Privado en general, y el Derecho Civil en especial, siempre ha tenido como elemento fundacional la idea de libertad: libertad de dominio, de contratar y de testar. Por tanto, es un cambio radical que esta rama del derecho avance hacia la protección, no solo del patrimonio, sino, de la tutela del hombre, con la búsqueda incesante de justicia en las relaciones entre individuos. Ya no basta decir que "la libertad lleva a la justicia", pues se hace menester evaluar los valores que inspiran el mandato jurídico o la situación particular que se hubiese desenvuelto en la vida social. No podemos quedarnos en la forma o en el procedimiento; pues debemos avanzar hacia el contenido.

---

(31) Blancas Bustamente, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, PUCP, Lima 2007, p. 145.

(32) Canosa Usera, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*, Jurista Editores, Lima 2004, pp. 117-118.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En la actualidad existen las bases para la construcción de un **Derecho justo** (33), específicamente en el Derecho Civil, y cuyo programa de actuación abarca los más diversos temas. Así tenemos la protección de los fines honestos y razonables en el negocio jurídico; la tutela del contratante débil a través de mecanismos de justicia contractual que superen la sujeción a un pacto; la defensa del consumidor frente a un mercado monopólico, abusivo y que no es libre; la nulidad de cláusulas generales abusivas aun sin norma expresa que las sancione, y por efecto de las normas constitucionales de tutela del consumidor y de proscripción del abuso del derecho; la reforma del derecho de los contratos a efecto de examinar si realmente opera la libertad contractual o se trata de una simple etiqueta; la re-evaluación del arbitraje como justicia privada que en muchos casos resulta un fraude a la tutela judicial, o un abuso en contra de la parte débil y que sufre los mismos vicios de la justicia estatal; la ponderación de los distintos intereses en los conflictos de derechos reales sin que el registro sea el único criterio de adjudicación pues tiene las ventajas y desventajas de todo formalismo (34); la tutela de los derechos de propiedad de las comunidades, y así muchos otros temas en los que se debe avanzar con el fin de lograr relaciones jurídicas con igualdad sustancial y justicia material en las soluciones. **Es decir, un Derecho civil que busque el progreso justo y equitativo de la sociedad, dentro del respeto irrestricto de la dignidad del hombre**. Bien puede decirse que este concepto fundamental de "dignidad" es el que amalgama la libertad,

(33) Nombre tomado de la obra de: Larenz, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción de Luis Díez Picazo, Editorial Civitas, Madrid 1985.

(34) Sobre la inscripción constitutiva como formalismo arbitrario, contrario a la naturaleza de la relación (metafórica) del hombre con las cosas, se ha dicho lo siguiente: "Con el mismo derecho con que el Proyecto alemán separa hoy de sus fundamentos económicos el régimen de la propiedad, sometiéndolo a un caprichoso formalismo, un legislador del porvenir puede fundar tal régimen en una decisión del pueblo o de sus órganos gubernativos. Como aquél no puede sustraerse al impulso eterno de las cosas, no puede menos que elegir entre estos dos caminos: o el régimen de la propiedad surge de la vida económica del pueblo, como de la madre tierra, o el legislador puede determinar a su arbitrio las premisas de la propiedad, dentro de muy vastos límites": Menger, Anton. *El Derecho Civil y los Pobres*, traducción de Adolfo Posada, Editorial Comares, Granada 1998, pp. 237-238.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la igualdad y la justicia, pero sin que se trate de conceptos vaciados de contenido, meras etiquetas o "formalismos" (35).

La protección internacional de los derechos humanos ha logrado que los desposeídos puedan acceder a la justicia, a pesar de sus condiciones adversas, por lo que ese constituye uno de sus mayores logros. Ello puede resumirse en la siguiente frase: derechos universales y justicia para todos, **igualitaria**. He aquí lo que dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un voto de gran relevancia, referido al asesinato de cinco niños y adolescentes por obra de agentes estatales, y que nunca fue investigado por los órganos nacionales para asegurar la impunidad:

> "1. El presente caso de los *"Niños de la Calle"* es verdaderamente paradigmático, en la medida en que, además de retratar una situación real del cotidiano en América Latina, demuestra que la **conciencia humana** ha alcanzado un grado de evolución que ha tornado posible hacer justicia mediante la protección de los derechos de los marginados o excluidos, al otorgarse a éstos, al igual que a todo ser humano, acceso directo a una instancia judicial internacional para hacer valer sus derechos, como verdadera

(35) Así, por ejemplo, hace algún tiempo se introdujo la categoría del "pobre" en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo que ya empieza a tener incidencia en el Estado Constitucional y Social de Derecho. Así podemos citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 04 de julio de 2003 recaída en el Expedientes acumulados Núm. 0001/0003-AI/TC (en la acción de inconstitucionalidad promovida, precisamente, por el Colegio de Notarios de Lima contra el segundo y cuarto párrafo del artículo 7.º y el artículo 13.º de la Ley Núm. 27755), por la cual se consideró que era una opción válida del legislador la implantación de formularios registrales para atender los requerimientos de seguridad jurídica documental de los sectores menos favorecidos de la sociedad. La igualdad ante la ley puede quebrarse, incluso en la normativa permanente de los civilistas, por un nuevo principio de *favor debilis*. Aquí la parte fundamental de la decisión sobre este tema: "El Tribunal ha concluido que la medida de permitir el acceso de los sectores de bajos recursos al registro de la propiedad, mediante la reducción de los costos de transacción que supone la utilización del formulario registral legalizado por notario, en lugar de la escritura pública, es proporcional y razonable, pues, no obstante que ello genera un grado de sustracción en la garantía que la seguridad jurídica dispensa, el principio no se ve afectado en su contenido esencial, siendo todavía plenamente reconocible su funcionamiento dentro del ordenamiento jurídico" (cuarto considerando).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

parte demandante. El ser humano, aún en las condiciones más adversas, irrumpe como sujeto del Derecho internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional. La presente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los *"Niños de la Calle"* no solo resuelve un caso concreto en cuanto a reparaciones, sino también contribuye a elevar los estándares del comportamiento humano en relación con los desposeídos" (Sentencia de 26 de mayo de 2001, Reparaciones y Costas, Caso "Niños de la Calle" «Villagrán Morales y otros» *vs.* Guatemala, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade).

IV. EL NOTARIO ES AGENTE DE LA LIBERTAD REAL

Las instituciones jurídicas no surgen en forma espontánea, ni por decisión iluminada de un legislador específico. Por el contrario, las instituciones generalmente responden a una sentida **necesidad social,** que requiere ser cubierta a través de principios o normas de Derecho. Así, pues, cuando los hombres advierten que resulta imprescindible atribuir los bienes para aumentar la producción y la riqueza, entonces surge la propiedad; igual, cuando se advierte que los miembros de una sociedad no pueden abastecerse por sí solos, entonces surge el contrato como herramienta jurídica destinada a regular esas relaciones sociales de intercambio de bienes o servicios.

La pregunta, con relación a nuestro tema, es: ¿qué necesidad se cubre a través de la figura del notario? Si los particulares se vinculan entre sí por medio de contratos, actos o procedimientos privados, parece conveniente que un **tercero imparcial debidamente calificado**, certifique la autenticidad y legalidad de los derechos adquiridos, a fin de evitar o aminorar la posibilidad de que en el futuro surjan conflictos o litigios entre las partes. De esta manera, la actuación del notario se inserta dentro de la dinámica de las relaciones jurídicas privadas, con la evidente finalidad de dotarlas de seguridad y confianza, facilitando así la circulación de los bienes e incentivando la producción, el crédito y el desarrollo económico en general.

Es la necesidad la que crea al notario, y no viceversa; son las exigencias de autenticidad y aseguramiento de los derechos, lo que

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

abre paso al nacimiento del notariado. Por ello, bien vale la pena reproducir las siguientes palabras:

> "Los actos y contratos en que se desarrolla la vida jurídica cristalizan documentalmente. Ahora bien: un documento falso, inexacto o simplemente imperfecto es un peligro para el tráfico jurídico por el perjuicio que puede ocasionar no sólo a las partes (dificultades de interpretación, cumplimiento, etc.) sino también a los demás al crear una apariencia que no responde a la realidad. La probabilidad de que se produzca tal documento es grande cuando el acto o contrato se confecciona sin más intervención que la de las partes y a veces de algún testigo más o menos imperito y más o menos irresponsable; pero se minimiza con la intervención tanto en la configuración del negocio como en su plasmación documental, de alguien con preparación jurídica especializada, imparcialidad profesional y responsabilidad por su actuación: el Notario. Por ello el ordenamiento provee a esa intervención y dando un paso más para facilitar aquel tráfico, impone a todos la confianza en el documento creado, dota a éste con la cualidad de creíble forzosamente por todos" (36).

La vida jurídica está constituida por un entramado de relaciones humanas que necesitan ser desarrolladas en paz y armonía, con justicia y para el bien común. El Derecho tiene precisamente ese cometido; su fin es la justicia; su objeto es la conducta social, y la pauta que ayuda para lograrlo son las normas jurídicas. Esa conducta social, reglada por el Derecho, puede desarrollarse en dos ámbitos: a) en la normalidad, sin contienda; b) en contienda o situación de controversia. En el ámbito jurídico, la salud social no sólo se mantiene resolviendo las contiendas o a través de medidas represivas, sino, procurando que los conflictos no lleguen a producirse (37), y que las relaciones sociales se desenvuelvan normalmente

(36) Ávila Álvarez, Pedro. *Derecho Notarial,* Bosch Casa Editorial, Barcelona 1990, pp. 2-3.

(37) En efecto, los hechos se pierden irremediablemente en el tiempo, y para eso el ser humano ha ideado una serie de herramientas para captar esos hechos. Así, tenemos la fotografía, el video, las grabaciones magnetofónicas. En el ámbito jurídico, el conocimiento perdurable todavía se en-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dentro de un orden jurídico justo. Este entramado de actos ajustados a derecho, que constituye una conducta social generalizada, puede ser promovido y ayudado por instituciones jurídicas adecuadas para facilitar ese bien obrar. Así, pues, sin una vida contractual sana no existe seguridad jurídica, y sin seguridad jurídica no puede haber prosperidad económica (38).

La idea de un *Derecho Justo* se basa en dos principios fundamentales que se advierten casi en forma evidente. Uno de ellos es la **paz jurídica**, que es una finalidad que los hombres buscan mediante su agrupación bajo reglas de convivencia común y con el arbitraje del Estado. Dentro de este concepto se encuentra la "seguridad jurídica", entendida como la certidumbre de que se puede contar con determinadas reglas de derecho, cuya aplicación sea igualitaria, y que los derechos adquiridos de una forma determinada (registro, sentencia, contrato) sean protegidos por los tribunales. No se protege la expectativa particular, sino la paz jurídica en su totalidad (39). El segundo principio es la **justicia**. Como preámbulo, debe tenerse en cuenta que la justicia es igualitaria, todos son iguales ante la ley, sin privilegios. Sin embargo, no basta la igualdad formal, es necesario avanzar a lo que se denomina "justicia objetual", por el cual, la regulación debe ser adecuada con el caso o con la relación vital que se juzga. Otros elementos de la justicia serán el equilibrio, la equivalencia, la moderación, entre otros (40).

En buena cuenta, la paz jurídica y la justicia son los dos componentes de la "idea del Derecho", y ambas se encuentran en una relación dialéctica, lo que significa que se condicionan recíprocamente (41). Normalmente se piensa que la actuación del notario se inserta exclusivamente dentro de la noción de seguridad jurídica, pues con

---

cuentra delegado, fundamentalmente, en el instrumento; de tal suerte que el hecho histórico y temporal se perpetúa a través de su plasmación en un documento. De aquí surge la poética frase del mayor notarialista español Rafael Núñez Lagos: "El notario aprisiona a cadena perpetua, y en cárcel de papel, el instante fugaz que se va".

(38) Vallet de Goytisolo, Juan. "La función notarial". En *Revista de Derecho Notarial*, Madrid 1984, pp. 314-315.

(39) Larenz, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica, op. cit.,* pp. 42-46.

(40) *Ibíd.,* pp. 49-51.

(41) *Ibíd.,* p. 51.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ella se busca eliminar la incertidumbre en la adquisición de los derechos (42). Esto significa que el Derecho, al reglamentar las relaciones sociales que estima dignas de tutela, tiene en cuenta, junto con otros valores, el criterio de la seguridad jurídica, entendido como la certeza que los conflictos no se pueden resolver a través de la violencia, y que además el Derecho no puede desconocer la vigencia de ciertas situaciones de hecho revestidas de una apariencia de solidez y rectitud, ya que su destrucción solo podría acarrear efectos nocivos para el desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales (43). En efecto, el notariado contribuye a la seguridad jurídica a través de dos materias principales (44): i) El "ajustamiento" a derecho de los negocios jurídicos; ii) La "certeza" de que lo dispuesto o convenido en dichos negocios alcance permanencia segura más allá de la frágil memoria humana.

Pero, las instituciones jurídicas no pueden reducirse a simple seguridad jurídica, pues ello podría permitir que se perpetúe un orden jurídico profundamente injusto, pero "seguro" y "estable". Por tanto, la función notarial no puede reducirse a la autenticidad de los convenios o actos privados, sino, que también debe avanzarse a la **justicia del propio acuerdo**, para lo cual es imprescindible que el notario realice a cabalidad la función de asesoría o consejo, sin intervenir en la voluntad de las partes, pero sí brindando apoyo jurídico para que el consentimiento prestado por las partes, especialmente de la más débil de la relación jurídica, sea debidamente informado, además de eliminar las cláusulas abusivas y, con ello, tratar de que se respete el orden jurídico. El notario no coacciona, no interfiere, pero sí informa y adecúa a la legalidad (45).

(42) El principio de seguridad jurídica se encuentra reconocido implícitamente en la Constitución de 1993, y así lo ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

(43) De Ángel Yagüez, Ricardo. *Apariencia Jurídica, Posesión y Publicidad Inmobiliaria Registral,* Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 1982, p. 19.

(44) Vallet de Goytisolo, Juan. "La función notarial". En *Revista de Derecho Notarial*, Madrid 1984, p. 315.

(45) "La obligación suprema del notario consiste en atestiguar la verdad para así garantizar el tráfico jurídico. Deberá contribuir en que haya justicia en el tráfico jurídico. Por supuesto no podrá, como el juez, fallar decisiones en firme para equilibrar intereses divergentes; únicamente le com-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por tanto, la actividad del notario debe asegurar la libertad, pero no simplemente la formal, sino además debe procurarse la igualación de las partes. En tal sentido:

> "Para que exista verdadera libertad en las relaciones jurídicas interpersonales, especialmente en la contratación, y no un mero espejismo de libertad, es necesario que se desarrollen en unas circunstancias que garanticen un mínimo de igualdad. La libertad contractual ha de contemplarse desde el punto de vista de ambos contratantes; ya que la libertad de uno no puede ser el pretexto del atropello de los derechos del otro. Por ello, en las relaciones jurídicas, además de la libertad, también deben ser tenidos en cuenta otros derechos fundamentales como son la *igualdad* y la *justicia*. Una libertad absoluta, sin ninguna clase de límites y sin ninguna consideración a los posibles desequilibrios y desigualdades entre los contratantes, puede llegar a convertirse en un espejismo, un monstruo o una caricatura de libertad. Defender la libertad en las relaciones jurídicas, y olvidar las situaciones de desigualdad, significa dar carta de naturaleza al abuso y a la injusticia, ya que solo existiría libertad para el más fuerte, el más astuto o el mejor informado, en perjuicio del más débil o necesitado. *Así* –dice Dekkers–, *la igualdad crea la libertad. La libertad sola es la opresión*. O, como dice Larenz, *la realización de la autodeterminación a través del contrato presupone que ninguna de las partes se encuentre en la necesidad de plegarse a todo lo que la otra parte le pida, a causa de su inferioridad económica o porque dependa completamente de las prestaciones de la otra*" (46). Sobre el particular, debe rescatarse una antigua disputa filosófica

---

pete el intento de influir en la voluntad de las partes y solo hasta el punto en que ellas se muestren dispuestas a escuchar las palabras de información, asesoramiento y exhortación del notario. En ello tendrá que guiarse por su conciencia y sentido de tacto, es decir, tendrá que seguir por tanto sus propios principios morales. Y estos no se dejan fijar por disposiciones concretas del legislador": Fessler, Helmut. "El cometido social de la redacción imparcial de contratos". En VVAA. *Ponencias de la Delegación Alemana–XVI Congreso Internacional de Notariado Latino,* Lima 1982, Bundesnotarkammer, Colonia 1982, pp. 63-64.

(46) Cavallé Cruz, Alfonso. *El notario como garante de los derechos de la persona,* Jurista Editores, Lima 2012, pp. 81-82.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sobre el fundamento del contrato, y su obligatoriedad, que puede resumirse con las siguientes preguntas: ¿es suficiente el acuerdo voluntario para que sea justo? o, ¿el acuerdo justo es realmente justo? "La distinción entre estos dos tipos de preguntas sugiere que podemos concebir a la moralidad de un contrato como consistente en dos ideales relacionados pero separables. Uno es el ideal de la autonomía, que percibe al contrato como un contrato de voluntades, cuya moralidad consiste en el carácter voluntario de la transacción. El otro es el ideal de reciprocidad, que ve al contrato como un instrumento de beneficio mutuo, cuya moralidad depende de la justicia subyacente del intercambio" (47). En suma, lo que se encuentra en juego son dos concepciones contrarias de la vida: la ética individual de la voluntad y la libertad, o la ética social de la responsabilidad. Ello significa que no solo el poder público, sino también la sociedad y sus miembros singulares responden por cada uno de los miembros de la sociedad. El Derecho Civil ya no atiende solo a la autonomía individual de cada uno, sino a la justicia social, por lo que, además de la defensa de los propios intereses, se persigue la defensa de los débiles. La autonomía privada, en la actualidad, no es mera forma, sino consecuencia de una libertad real, en la cual los interesados se encuentran en una situación fáctica de mínimo equilibrio (48).

La función notarial no solamente consiste en *dar fe* de un determinado acto o negocio jurídico, sino además *dar forma pública* a dicho acto. Por tal motivo, la función puede resumirse en *dar forma pública*. El término "dar fe" significa imponer como cierta la narración que el notario hace en el instrumento. Si bien la función notarial se concreta o resume en la autorización del instrumento público, sin embargo, tal autorización es un punto culminante al cual se desemboca tras una serie de actos que exige una actividad funcional complementaria (49). Para este efecto, el notario deberá:

(47) Sandel, Michael. *El liberalismo y los límites de la justicia*, traducción de María Luz Melón, Gedisa Editorial, Barcelona 2000, p. 138.

(48) Hesse, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, traducción de Ignacio Gutiérrez, Editorial Civitas, Madrid 2001, pp. 73-79.

(49) Ávila Álvarez, Pedro. *Derecho Notarial*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1990, p. 1.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

— Recibir o indagar la voluntad de las partes (50).

— Dar forma jurídica a esa voluntad.

— Autorizar el instrumento público, con el que se formaliza el acto o negocio, dotándole de fe, es decir, afirmando que los hechos narrados por el notario son ciertos, lo que la ley respalda.

— Conservar el instrumento, a fin que en cualquier momento pueda conocerse su contenido.

— Expedir copias del instrumento.

El notariado actúa en el nivel de aplicación del derecho, para lo cual escucha en forma directa a las partes y documenta los fines lícitos que los particulares pretendan lograr, con la forma jurídica más conveniente y ajustada a la legalidad.

Si el juez ya no es más boca de la ley, pues justamente se encuentra en la fase dinámica de aplicación del derecho, entonces lo propio ocurre con el notario. Así, el derecho autoritario de los Códigos fue reemplazado por un derecho judicial o práctico que trata de vivificar la norma, darle contenido concreto, salvar sus lagunas, dudas o incongruencias; corregir las injusticias notorias de un texto no bien pensado; brindar soluciones coherentes desde la perspectiva valorativa con relación al resto del ordenamiento, etc. El Derecho actúa por medio del lenguaje y dentro de las limitadas capacidades

(50) Por virtud de ello, el notario tiene el *deber-poder de indagar la voluntad* de las partes; por tanto, el notario no se limita a escuchar y verbalizar las declaraciones de voluntad, siendo tal solo si es consciente e informada. Esto es para obtener una voluntad sin ningún error. Además, el notario debe estar seguro que la voluntad del particular sea compatible con la voluntad colectiva basada en el ordenamiento jurídico, esto es, el llamado *control de legalidad*. Por tanto, el notario deberá asegurarse de que la voluntad, libre de vicios, no tendrá consecuencias distintas a aquellas conocidas y queridas por las partes. Deriva de todo lo antes expuesto el *deber notarial de aconsejar*. De esta manera el notario cumple su función primaria de ser instrumento de paz social y de prevención de litigios, con lo cual no solamente se cumple la misión de interés público encomendada por el Poder a través de la delegación de fe pública, sino además satisface una necesidad muy profunda del ser humano, cuál es, la necesidad de creer o depositar su confianza en alguien. Estas y otras interesantes consideraciones, a la luz de la legislación italiana, pueden verse en el excelente artículo del notario italiano: Di Cagno, Vittorio. "El papel social y humano del notario latino". En *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*, Núm. 11, Lima 2001, pp. 19-20.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cognoscitivas del hombre presente que obviamente no puede imaginar todos los conflictos posibles de hoy y del futuro. Por tanto, bien rápido se tuvo que abandonar la pretensión de un ordenamiento infalible, cerrado, sistemático y coherente (51).

En tal sentido, no es posible que exista una norma perfecta, sin necesidad de añadidos, complementos, desarrollos o interpretaciones. El Derecho no puede petrificarse en un mandato, no del legislador, sino de un Tribunal, pues la riqueza de los desarrollos ideológicos, filosóficos y jurídicos no cesa. Esta necesidad de superar la norma se presenta con frecuencia en el Derecho vivo, y por ello muchos contratos atípicos, basados en la libertad contractual, han nacido en el seno del notariado (52).

---

(51) "El concepto unívoco, unidimensional, definido en forma tajante, es apenas el resultado de una operación mental, una abstracción. Cuando este concepto "aplicado" a la realidad debe ser concretizado en la sentencia, entonces tiene que perder otra vez su carácter abstracto y unidimensional. Una vez más: en la sentencia concreta no aparece el concepto definido en forma abstracta-general. En el proceso de realización del derecho tenemos que ver, entonces, con un constante cerrarse y abrirse y nuevamente cerrarse de los conceptos legales; casi se podría llamar una dialéctica entre "jurisprudencia de concepto" y "jurisprudencia de interés" (con lo cual es reconocido que ambas contienen un aspecto correcto). El legislador intenta, de la manera más precisa posible, abarcar en conceptos las típicas circunstancias de hecho de la vida; la jurisprudencia debe saltar de nuevo sobre estos conceptos, pues ellos se manifiestan como muy limitados ("definidos"), para poder corresponder a las realidades de la vida; de inmediato comienza, sin embargo, el procedimiento en dirección contraria, en la medida en que de aquí en adelante –por ejemplo, por parte de los comentadores de la ley– se presenta una nueva definición "corregida" del concepto concerniente, que por su lado, en vista de la diversidad de la vida, una vez más tan solo podrá ser suficiente por un lapso mayor o menor, un proceso que nunca arribará a su fin": Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho,* traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006, p. 252.

(52) "Las notarías son cocinas de donde continuamente surgen nuevas figuras contractuales, de ahí la importancia de esta figura desde el punto de vista de la función notarial. El contrato de vitalicio o cesión de bienes a cambio de alimentos o también conocido por contrato de alimentos, es un ejemplo de contrato con un amplísimo desarrollo en los protocolos notariales, hasta su reciente regulación. Son muchos los ejemplos, tal vez de los más conocidos por su uso frecuente en los últimos tiempos: aportación a la sociedad de gananciales y los contratos de desplazamiento patrimonial

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por tanto, no es raro que múltiples cláusulas, reglas, contratos o negocios jurídicos hayan sido creados o modelados a través de las fórmulas notariales, de la cual pasaron a la legislación. Un caso conocido en España, es la sociedad limitada (en nuestro país, sociedad comercial de responsabilidad limitada=SRL), la cual no existía en el Código de Comercio de dicho país, del año 1885, pero que fue conformada a través de la práctica notarial, hasta que finalmente el legislador le dio reconocimiento expreso a través de la ley de 1953, sobre sociedades limitadas, cuya exposición de motivos reconoce que esta figura nació por virtud de la elaboración notarial (53). El

---

entre el patrimonio privativo o ganancial de los cónyuges, la cesión de solar a cambio de parte de la construcción, también conocido por cesión de suelo por vuelo, permuta de cosa futura, permuta de solar a cambio de obra, permuta de solar por pisos y locales, contrato de permuta de solar por obra construida o de cosa cierta actual por cosa futura; y un largo etcétera": Cavallé Cruz, Alfonso. *El notario como garante de los derechos de la persona, op. cit.,* p. 295.

(53) La exposición de motivos de la ley de 17 de julio de 1953, sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, dice textualmente lo siguiente: "Del abandono de que el legislador hizo víctima a la sociedad de responsabilidad limitada derivó una gran incertidumbre acerca, en primer término, de su naturaleza, así como de su carácter, y, por tanto, del régimen jurídico aplicable. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros, forzadas a reconducir esta figura a alguno de los otros tipos de sociedad regulados en el Código de Comercio, según convenía a la justa solución en cada caso, han llevado a cabo una labor constructiva muy valiosa, pero que refleja, no obstante, la desorientación a que la práctica misma había llegado al configurar las sociedades de responsabilidad limitada, creadas unas veces como anónimas, no sujetas a los preceptos del Código de Comercio y de las leyes especiales, y otras, como colectivas, con limitación de responsabilidad, cuando no como una combinación, más o menos armónica, de diversos tipos sociales; que todo ello era permitido por al arbitrio de los fundadores, nunca tan libérrimo como en este caso. Y corresponde especialmente a la técnica notarial española el mérito de haber encauzado jurídicamente el impulso de comerciantes e industriales, favorable a este tipo de sociedad que ha alcanzado un notable desarrollo en nuestra vida mercantil. Toda esta labor creadora, singularmente la de la jurisprudencia, puede decirse que había preparado, e incluso que demandaba ya su coronación legislativa" (Cit. Serra Cailá, Jorge y Arbizú, María Rosa. *Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Editorial Planeta, Barcelona 1994).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

notariado es fuente de soluciones prácticas que no han sido previstas por el legislador (54), por el cual crea derecho (55).

Sobre este tema, el XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Atenas (2001), formuló las siguientes conclusiones:

> "Por regla general, el notario es el primer jurista que afronta nuevas figuras jurídicas en el sector del Derecho Privado en ámbito no contencioso, y responde a la necesidad de reglamentación contractual concreta de las mismas.
>
> El notario, en su intento de comprender el verdadero alcance aplicativo de la ley y sus innovaciones y coordinarlas con el sistema vigente, llega a menudo a identificar nuevos supuestos. Así, estos son fruto de una interpretación creativa, sin la cual las normas, a veces, acabarían por no encontrar un espacio adecuado para ser aplicadas. De cualquier forma, cabe decir que la ac-

(54) "Cuando no existe regulación legal adecuada de algo, la razón práctica de los particulares –asesorados por juristas especializados en la función cautelar y configuradora de negocios jurídicos– provee la concreción y regulación negocial precisa de esas relaciones jurídicas, puestas al servicio de todos aquellos fines necesarios o que pueden resultar útiles para una vida social mejor": Cit. Pérez Montero, Hugo. "Notariado y Economía". En *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*, núm. 11, Lima 2001, p. 28.

(55) Es conveniente citar, aquí, la actividad creativa de un notario cubano de primer nivel: "En mi experiencia profesional, desde mi despacho notarial, he tenido que darle solución a situaciones no previstas por el ordenamiento jurídico, pero no contrarias a él, intentando diseñar un traje adecuado a quien no encuentra en el armario del Derecho el idóneo para encauzar sus pretensiones. En este orden, he autorizado escrituras sobre estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad a pesar de que el ordenamiento cubano no reconozca expresamente la delación voluntaria de la tutela; contrato de uso de nombre e imagen en exclusiva, aun cuando no disponemos de un Código Civil que reconozca exhaustivamente cada uno de los derechos inherentes de la personalidad, y tan solo un artículo 38, con función tuitiva ante su vulneración, o actas de inclusión de herederos indebidamente excluidos en actas de declaración de herederos. En todos los casos, la solución técnica del notario ha sido una respuesta anticipada al ordenamiento jurídico (…)" (Pérez Gallardo, Leonardo. "El Notario: función de autoridad pública". En Id. *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima 2010, pp. 30-31).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tividad del notario en la aplicación de la ley siempre es, en cierta medida, creativa, porque, aun cuando no dé lugar a la aparición de nuevas formas negociales, siempre está orientada a encontrar el valor real del dictado legislativo, de cuya aplicación es también el primer intérprete, puesto que es el primer responsable".

En conclusión, el notario es garante de la seguridad, pero también, y de manera irrenunciable, debe serlo de la justicia (56), por tanto, no basta dar fe del acuerdo, pues resulta necesario que el notario asegure la igualdad real de los contratantes, para lo cual debe realizar las siguientes actividades: brindar adecuada asesoría conforme a la legalidad, advertir cláusulas abusivas o situaciones irregulares (fines dudosos, futuros problemas jurídicos, falta de prueba de la propiedad del vendedor, etc.), adecuar la voluntad de las partes al fin pretendido, entre otras.

(56) "De todas maneras está por discutir si el principio de la libertad contractual por sí solo será capaz de garantizar una justicia material, a saber la "regulación correcta". No queda contestada la pregunta que pueda surgir aquí en torno a la justicia contractual con el solo hecho de que cada una de las partes contractuales haya dado su consentimiento para el acuerdo. Podrá tener validez solamente hallándose los contratantes enfrentados en condiciones de igualdad económica e intelectual, pero no cuando a una parte corresponda, en este aspecto, una preponderancia. La protección del (económicamente) más débil jugó un papel decisivo en el asesoramiento y la adopción del Código Civil. Además, después de entrar en vigor la Constitución, hay que agregar la obligación por parte del legislador y de la jurisdicción, en consecuencia de la cláusula de Estado Social (artículos 20 y 28 de la Constitución) de asegurar, en caso de perturbada paridad contractual, la justicia contractual en proporción suficiente. Mientras tanto se consolidó tal propósito mediante prescripciones a favor del más débil. El legislador ha previsto para una serie de negocios jurídicos la colaboración forzosa del notario. Con ello el notario –y lo mismo sucede con el juez- queda obligado a servir igualmente tanto a la libertad contractual como a garantizar la justicia contractual. En ese ámbito podrá cumplir con su cometido solamente cuando no sea representante de una parte, sino como asesor imparcial de los interesados (artículo 11 del Reglamento Federal de Notarios): Fessler, Helmut. "El cometido social de la redacción imparcial de contratos", *op. cit.,* p. 53.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

V. EL ASEGURAMIENTO DE LA LIBERTAD REAL PRODUCE UN BENEFICIO NETO A LA SOCIEDAD

La función notarial cumple una importante **misión cautelar o de prevención de conflictos**, a través de la intervención de un tercero imparcial en la conformación documental del negocio jurídico, al que dota de autenticidad.

Sin embargo, se ha discutido si la función del notario conlleva un sobre-costo que pueda retraer la actividad económica, pues en realidad se sobrepone a la del abogado. Sobre el particular, podemos decir, en primer lugar, que todo servicio útil conlleva necesariamente un costo (pues en caso contrario habría que eliminar a los abogados, médicos, etc.), por tanto, lo importante es determinar si tal costo resulta inferior frente a los beneficios que se obtienen(57); en segundo lugar, la función notarial no puede identificarse con la del abogado, pues el primero es un perito especializado en materia de contratación que actúa como tercero imparcial; en cambio, el segundo es, por definición, defensor de parte. Por tanto, una actividad no puede refundirse en la otra.

(57) El economista español Pastor Prieto, luego de un exhaustivo trabajo de campo, ha dicho lo siguiente: "¿Qué efectos produce la intervención de los notarios en el tráfico jurídico? La intervención notarial aumenta los beneficios –más propiamente, las ventajas, los ingresos u otra expresión de utilidad- de la transacción y reduce sus costes. Para empezar muchas de esas intervenciones permiten el registro del negocio jurídico en cuestión y con ello mejoran su eficacia; por ejemplo, el uso que pueda darse en la fase probatoria de un litigio. De esa o de otra forma la intervención notarial aumenta la certidumbre del resultado pretendido con el intercambio, haciendo mayor la probabilidad de que aquél finalmente llegue a producirse y con ello se materialicen las ventajas que comporta. Por otra parte la actuación notarial puede reducir los costes de transacción, al facilitar la identificación, la negociación, la celebración del intercambio y la exigibilidad de lo acordado. De esta forma el pago total (pago que comprende el precio más los costes de la transacción) es menor de lo que sería sin su intervención": Cit. Simó Santoja, Vicente. "El Notario y los Derechos Fundamentales". En *El Notario Peruano*, Publicación realizada por la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, núm. 2, Lima s/f (pero de 2001), pp. 100-101.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En tal sentido, podemos sintetizar que los beneficios o ventajas que recibe la sociedad por efecto de la función notarial, son los siguientes (58):

a) Disminuye los costos de información y asesoría.

b) Cumple una función de árbitro entre los contratantes ("tercero imparcial"), sin costo adicional, lo que podría llamarse "auditoría legal".

c) Crea el derecho dispositivo, especial para las partes, a través de una redacción documental ajustada a derecho y de acuerdo con los fines lícitos pretendidos por los contratantes.

d) Proporciona "ahorro" a largo plazo, pues previene el conflicto mediante la adecuada formación del negocio.

e) Asegura la pronta ejecución de lo convenido a través de un título ejecutivo.

f) Evita el gasto importante de cualquier seguro de título, o de cualquier otro mecanismo destinado a obtener seguridad jurídica.

Las ventajas económicas del notariado no se advierten tanto en la relación individual, en la que un análisis tosco podría llevar fácilmente a considerarlo un sobre-costo, sino, en la relación social, en la que se aprecian las ventajas de contratos con alto grado de confiabilidad y legalidad, disminución de las causas de litigio, y apoyo al crecimiento económico. Así, la importante cita que sigue:

> "Las intervenciones del Estado en relación con los servicios notariales encuentran su principal sentido y justificación en el hecho de que se trate de una regulación cuyo efecto no se limita a la producción y puesta en el mercado de un determinado tipo de servicios, sino que tiene un alcance muy superior, afectando al funcionamiento, eficiencia y transparencia de otros mer-

(58) En este punto seguimos a: Pérez Montero, Hugo. "Notariado y Economía". En *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*, núm. 11, Lima 2001, p. 35.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cados. Porque la finalidad del servicio notarial es precisamente la intervención, la regulación de la contratación, de otros bienes y servicios. Y si la intervención en esos mercados se considera conveniente en la medida en que el puro mecanismo del mercado parece inevitablemente conducir a decisiones sub-óptimas, en la medida en que existan fallos en esos mercados (y la abundante y creciente normativa sobre información y defensa de los consumidores en esos sectores es buena prueba de ello), la regulación de los mismos a través del control notarial presenta, frente a otros modos de intervención, la ventaja de su eficiencia, ya que no introduce sesgos en la forma en que esos bienes o servicios se producen o se ofertan, sino que simplemente da mayor transparencia a su contratación.

En este sentido, existen numerosas evidencias históricas sobre el valor de la seguridad jurídica y la garantía de los derechos de propiedad tienen para los procesos de crecimiento y desarrollo económicos" (59).

Las ventajas del notario presuponen una alta calificación técnica y honestidad del protagonista de la fe pública, cumplimiento pleno de los deberes de inmediación, asesoría y control de legalidad, así como de una organización que vigile escrupulosamente a sus miembros, con el fin de asegurar una especial calidad del servicio. Desde una perspectiva económica, el notariado se encuentra ampliamente justificado, empero, se necesita avanzar, por parte de los Colegios notariales, en el cumplimiento de los presupuestos prácticos que aseguran su legitimidad en la sociedad, y sin lo cual, se daría la razón a los críticos, pues se presentaría un servicio superfluo, caro y burocrático.

En suma, el notario es el agente que asegura la voluntad auténtica de los ciudadanos, y, en tal sentido, **nunca puede considerarse un sobre-costo**, pues si comparamos el gasto que produce (en el caso peruano, en promedio, 0,2 % del valor de la operación) con el beneficio (certeza del acto, seguridad en la adquisición de derechos, legalidad del contrato, igualación de las partes, mínima litigiosidad) entonces las ventajas son claramente superiores.

---

(59) Garrido Chamorro, Pedro. *La función notarial, sus costes y sus beneficios*, Consejo General del Notariado, Madrid 2000, pp. 183-184.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

CONCLUSIÓN

La sola libertad negativa, esto es, que el Estado se abstenga de intervenir para que los particulares decidan voluntariamente, no asegura el logro de soluciones justas. Es necesario, pues, arbitrar mecanismos que procuren lograr la libertad real, entendido como un piso mínimo que iguale a todos los ciudadanos. Solo de esta forma la libertad se traducirá en una voluntad auténtica del hombre. Precisamente, el notariado se incardina dentro de esos mecanismos.

El notario garantiza la libertad de los contratantes, pero no la simplemente teórica, sino la real; para cuyo efecto se pretende lograr el consentimiento informado de las partes, la eliminación de cláusulas abusivas y el respeto de la legalidad. De esta forma, el Derecho se impone en el ámbito de las relaciones individuales, y, con ello, el ideal de justicia se mantiene vivo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

CLAVES DE LA SUCESIÓN INTESTADA EN EL DERECHO COMÚN

Gabriel de Reina Tartière
Profesor de Derecho Civil

SUMARIO

CONCEPTO Y CARACTERES

FUNDAMENTO PARTICULAR Y SISTEMAS POSITIVOS. LA TRONCALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

PRESUPUESTOS DE LA SUCESIÓN ABINTESTATO
- Cuándo tiene lugar
- Capacidad
- Título

ORDEN LEGAL DE LLAMAMIENTO, CATEGORÍAS DE SUCESORES

ABINTESTATO Y GRADO SUCESORIO DE LA SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

DE LA SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

DE LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO

DE LA SUCESIÓN DE LOS COLATERALES

DE LA SUCESIÓN DEL ESTADO

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La exposición del Derecho sucesorio suele concluir con el régimen de la sucesión intestada, lo que conviene advertir finalmente pues todos los temas sucesorios se incardinan, en mayor o menor medida, en una cierta idea de familia, de connotación más allá de lo legal. El familiar es, pues, ineludible fundamento del orden de llamamiento que incorpora el Código Civil en caso de que no exista testamento o el existente falle, sea ineficaz, aun parcialmente y con independencia del motivo.

La sucesión intestada supone, como se dice, la transmisión según normas legales, de los derechos y obligaciones del causante, por su muerte o presunción de su fallecimiento, cuando no deja testamento, o éste resulta nulo o ineficaz. Se denomina también sucesión abintestato (sin testamento) o *legítima* (por ministerio de la ley), y, *en cuanto transmisión*, se caracteriza por estas circunstancias: a) ser *mortis causa*, por requerir, obviamente, la muerte del *de cuius* o la declaración presunta de su fallecimiento; b) ser *a título universal*, en cuanto en ella no hay sino herederos, y quedan excluidos los legados; c) ser *legal*, en la forma determinada en la ley, que se apoya en el deseo más natural del causante, dentro de las costumbres nacionales y nuestra moral más tradicional; y d) *supletoria*, pues sólo procede en caso de no haber testamento o resultar sin efecto éste.

Así las cosas, y como en profundidad se verá a continuación, en el Derecho español el orden sucesorio –excluyente– de la sucesión abintestato sería el que sigue: 1.° los descendientes, esto es, los hijos y sus descendientes que suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación, a reserva de la legítima usufructuaria de un tercio que le corresponde al cónyuge supérstite; 2.° a falta de hijos y descendientes, al difunto le heredarán sus ascendientes, a salvo de la legítima usufructuaria del cónyuge supérstite respecto de la mitad de la herencia; 3.° a falta de las personas comprendidas en las dos órdenes precedentes, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales, aunque éstos sólo en defecto de aquél.

CONCEPTO Y CARACTERES

Puede ser definida la **sucesión intestada**, la sucesión abintestato, como la sucesión hereditaria que se defiere por ministerio de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la ley, cuando faltan, en todo o en parte, herederos testamentarios. Se funda el concepto tanto en el artículo 658 del Código Civil, como en lo dispuesto en sus artículos 912 y 913, tal y como éstos se estudiarán en las próximas páginas.

Por tanto, en el Código Civil no rige, como sucedía en el Derecho romano clásico, el principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest,* literalmente que "nadie puede morir en parte testado y en parte intestado"*,* incompatibilidad eventual directamente rechazada desde que el Código advierte expresamente, en el propio y citado artículo 658, que la herencia "podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley".

Presentada de tal forma, en el contexto general de cuanto se ha de ver en el régimen sucesorio, la sucesión intestada presenta una serie de caracteres, que pueden resumirse con Herrera Campos en los siguientes:

1.º *Carácter supletorio*. La sucesión intestada es una sucesión supletoria de la voluntaria, ya que sólo tiene lugar cuando falta testamento válido, cuando no ha dejado precisado el causante quienes habrán de heredarle; existe testamento pero es ineficaz (siquiera parcialmente porque no dispone al final sobre la totalidad de los bienes dejados por el causante, algo que sabemos es posible ocurra en los hechos y por su libre decisión); o por razones subjetivas, relativas a los convocados testamentariamente a la herencia (por incapacidad, repudiación, premoriencia, etc.).

2.º *Carácter legal*, puesto que la ley es la que directa y exclusivamente, sin que medie declaración voluntad de ninguna persona, hace el llamamiento a quienes deben ser herederos.

3.º *Carácter universal.* La sucesión intestada es una sucesión universal, incluso cuando el llamado -veremos- en último lugar, es el Estado, con la única excepción de la cuota usufructuaria que se reconoce aun en este ámbito al cónyuge supérstite.

4.º *Carácter compatible con la sucesión testada.* Como ya se ha dicho, la sucesión intestada, el llamamiento *ex lege,* resulta

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

compatible cuando el testador no dispone de todos sus bienes o se da cualquier otro motivo por el que una parte de la herencia queda vacante pese a haber testamento.

FUNDAMENTO PARTICULAR Y SISTEMAS POSITIVOS: LA TRONCALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

La necesaria continuidad de la vida económica, de las relaciones patrimoniales –sin quedar a expensas del fallecimiento de quien resulte titular u obligado por ellas–, en cuanto expresión práctica de la seguridad jurídica como principio superior del ordenamiento, es la clave, el fundamento genérico de todo el Derecho sucesorio, como bien sabemos. Corresponde ahora, sin embargo, plantearse el fundamento particular de la sucesión intestada; para ello es inevitable anticipar que en nuestra legislación común comienza llamándose a los parientes más cercanos del causante, empezando -cómo no-, por sus descendientes, para sólo en su defecto hacer lo propio con los ascendientes, en concurrencia en ambos casos, y de encontrarse plenamente vigente el vínculo al tiempo del fallecimiento del causante, con la cuota usufructuaria legitimaria correspondiente al cónyuge. Éste sólo será llamado como heredero "en propiedad" si faltan parientes de una u otra categoría, anteponiéndose entonces a los colaterales del difunto, que sólo se tienen en cuenta a tales efectos hasta el cuardo grado. Finalmente, en defecto de todos ellos, se llama al Estado.

Pues bien, siendo tal el panorama en nuestro Derecho común, el fundamento particular de la sucesión abintestato diremos que no es otro que la ordenación misma de la familia y la pertenencia al grupo familiar de una parte, y, de otra, la pertenencia al grupo político, esto es, al Estado. La razón última de ser llamados los sucesores dichos, excepción hecha del Estado, no se hallaría en una suerte de voluntad presunta del difunto, sino en la raíz misma del propio sistema familiar, por cuya razón mejor título para la herencia habrían de tener los que mantuvieron con él una comunidad de vida e intereses que desconocidos en cualquier otro ámbito de la vida (Ruggiero). El vínculo familiar y –sólo cuando éste falle generando la vacancia en los bienes– el nacional, serían las causas y el título del llamamiento legal, estimándose, por pura razón natural, que cuanto más estre-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cha sea la relación parental más intenso será el afecto, justificando el llamamiento de turno con preferencia.

Siendo la familiar la principalísima razón de ser de la sucesión intestada, dos sistemas legislativos se conocen en ella inspirada. Los sistemas subjetivos o estrictamente personales y los sistemas reales.

Los **sistemas subjetivos,** inspirados todos ellos en el modelo hereditario romano, ordenan la sucesión (intestada) tomando en consideración únicamente el parentesco con el sucesor. Frente a ellos, y más propios, siquiera históricamente, del Derecho germánico, los **sistemas objetivos o reales** responden a una idea de familia ya superada. Lo que interesa es que los bienes queden en la propia familia, pero entendiendo a ésta como un núcleo cerrado basado en el *ius sanguinis* de modo que los bienes no salgan, con motivo del fallecimiento de quien hasta entonces había sido su titular, de la familia de la que traigan origen.

La *troncalidad* es la base del segundo sistema, pues, y por ella los bienes en cuestión sólo podrán recabar en parientes, es cierto, pero consanguíneos. En cuanto patrón, actuaría como condicionante de la sucesión de los ascendientes y los colaterales (salvo hermanos de doble vínculo), pues sólo en tales casos concurrían -nos dice Lacruz- parientes de distinta sangre. "La troncalidad, entonces, reconduce los bienes procedentes de un apellido a los parientes más próximos por razón de ese mismo apellido, según el principio *paterna paternis, materna maternis*. De manera que en cada bien suceden los parientes del dueño que lo introdujo en la familia quedando excluidos quienes no se relacionan con él, aunque sean familiares del causante".

Así considerada, la troncalidad es una reliquia histórica, con todavía puntual predicamento, es cierto, en el ámbito del Derecho foral. Pero por lo que respecta al Código Civil ninguna duda debe haber de que sigue el modelo subjetivo de sucesión intestada, aunque no de un modo totalmente puro, por cuanto matiza el sistema con la vigencia de las reservas de ciertos bienes conforme a los artículos 811 y 968 y ss., y del derecho de reversión del artículo 812, que se comportan en su función como verdaderos atisbos, sino alguno resabio, del régimen de troncalidad.

En efecto, el primero de tales artículos establece la **reserva** –estrictamente– **troncal**, también llamada **lineal,** según la cual:

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar lo que hubiese adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan".

La reserva troncal implica un régimen sucesorio excepcional, por cuya virtud se sustraen de la libre disposición del testador, pero también del cauce sucesorio determinado por la ley –sucesion intestada–, ciertos bienes en beneficio de determinadas personas. Concretamente, el propósito es evitar "el peligro" de que bienes poseídos secularmente por una familia pasen bruscamente a título gratuito a manos de "extraños" por el azar de los enlaces matrimoniales conjugado con muertes prematuras.

El supuesto que se tiende a evitar entonces sería el siguiente: A y B se casan, teniendo luego un hijo, C. Si muere A y le hereda su hijo C, este recibirá los bienes que A hubiese heredado, por ejemplo, de su padre. Pues bien, si a su vez muere C, y le hereda su madre, B, esos bienes del padre habrían de cambiar de línea, de tronco, y si no se obligase –como el precepto hace– a B, la madre, a reservarlos para los miembros de la familia de origen, los bienes se quedarían en la familia materna sin más.

El fenómeno, la precaución se reproduce, entendiéndose en su fundamento mucho mejor, en el caso que regulan los artículos 968 a 980 del Código, el de la **reserva ordinaria, viudal, familiar o clásica**. Es así que se establece que el viudo o viuda (llamado reservista) que contrajera nuevas nupcias –o tuviera, aun durante el matrimonio, un hijo extramatrimonial– está obligado a reservar a los hijos y descendientes de su primera unión (reservatarios) la propiedad de todos los bienes que hubiera adquirido, por testamento, sucesión intestada, donación o cualquier otro título lucrativo, de su difunto consorte, de los hijos tenidos con él o de cualquiera de sus parientes en consideración a él.

Al igual que la reserva troncal, la reserva, en cualquiera de tales casos, se trata de una medida que se adopta en beneficio de la descendencia común, deje o no testamento el cónyuge viudo, pues como dice el artículo 973 del Código Civil, "los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendiente, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto [entiéndase, a su otro progenitor] o hubiesen repudiado su herencia".

En tercer lugar, el ámbito de la troncalidad en nuestro sistema no puede terminarse de comprender sin aludir al **derecho de reversión** del artículo 812 del Código, según el cual:

> "Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió".

Como la reserva troncal, se trata de un *derecho legal* que tiene como beneficiarios a los ascendientes del causante y que, como ella –se encarga de destacar el artículo 942 del Código–, es asimismo aplicable tanto a la sucesión abintestato como a la testamentaria.

Los presupuestos esenciales del derecho de reversión son:

1.º La existencia de una donación hecha por un ascendiente a favor de un descendiente, por ejemplo, de un padre a un hijo, por lo que se excluye tal derecho entre colaterales;

2.º Que el descendiente, a la sazón donatario, fallezca sin descendencia, de lo que surge que el derecho de reversión cese de operar habiendo dejado el donatario hijos o descendientes (matrimoniales, no matrimoniales, adoptivos), aunque luego lleguen a renunciar a la herencia de éste, se demuestren indignos o todavía resulten por el propio donatario desheredados; y

3.º Que los bienes donados formen parte aun por sustitución, –mediante el expediente de la subrogación real– del patrimonio dejado por el causante, algo que no debe entenderse como que el donatario no pueda disponer de los bienes, incluso por título gratuito, en vida.

Concurriendo, pues, los requisitos apuntados, tendría lugar una suerte de *sucesión legal* que la doctrina no duda en calificar de *sin-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

gular y especial (Ruiz-Rico), al punto de sostener que el derecho de reversión vendría a implicar una *doble sucesión*: una relativa al conjunto de bienes del fallecido, y otra que afectaría exclusivamente a los bienes donados que cumplieran con tales circunstancias (Serrano Alonso).

PRESUPUESTOS DE LA SUCESION ABINTESTATO

CUÁNDO TIENE LUGAR

Como se ha dicho, la apertura de la sucesión intestada tiene lugar cuando el causante ha muerto –o, análogamente, se declara fallecido– sin hacer testamento, o sin disponer de todos sus bienes, o, lo que es lo mismo, cuando falta, en todo o en parte, disposición testamentaria. Desarrolla casuísticamente el artículo 912 del Código los supuestos en que procede la sucesión intestada, señalando exactamente los cuatro siguientes:

> "1.º Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.
> 2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tiene lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.
> 3.º Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.
> 4.º Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder".

La doctrina se halla de acuerdo en que la enumeración que hace el Código es abierta, en que no estamos ante una lista cerrada, siendo la falta de herederos, aun respecto de una parte de la masa hereditaria, el presupuesto matriz del modelo, como confirma con su entradilla el artículo 913 del Código Civil. Se ha de incluir, por tanto, cualquier supuesto en que el testamento o alguna disposición de contenido patrimonial del testamento pierda su eficacia sin que la cuestión pueda solventarse con instituciones complementarias como

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el derecho de representación (vigente, como sabemos, aun con matices para la sucesion intestada) o el de acrecer; yendo así desde el caso en que se cumpla la condición resolutoria de la que se haya hecho depender la institución de heredero hasta el de la destrucción física del testamento, pasando por el de la nulidad de la institución hereditaria por preterición en el marco del artículo 814 del Código Civil o la existencia de un testamento posterior de alcance exclusivamente revocatorio. En definitiva, lo que vendría a reflejarse, más allá de la casuística, es la consustancial supletoriedad del régimen intestado en nuestro sistema, tal y como la hemos caracterizado desde un principio.

CAPACIDAD

El propio Código Civil, en su artículo 914, establece que «lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada», lo que explica que así, de una forma conjunta, inicial. Hemos de atenernos, así, recordando aquí lo imprescindible, a la norma que establece el artículo 758, párrafo 1.º, del Código Civil, respecto a que para calificar la capacidad del heredero hay que atenerse al momento de la apertura de la sucesión de que se trate. Teniendo en cuenta, por otra parte, que la incapacidad del nombrado no provocará la apertura de la sucesión intestada, cuando tenga quien le sustituya, o si, llamado con otros a la herencia, proceda el derecho de acrecer (arts. 774 y ss. y 982 del CC).

TÍTULO

El título de la sucesión intestada consiste en el llamamiento legal, es decir, deriva directamente de la ley, pero para hacer efectivo este derecho legal es preciso que los herederos intestados tengan a su favor la llamada declaración de herederos abintestato, que viene a funcionar como un *título formal* de la condición de heredero intestado que se limita a la mera constatación de que se tiene por tal vía derecho a heredar (que es, como se ha dicho, el único *título sustantivo* por tanto), en estricto cumplimiento de los presupuestos legales. En estos términos, la exigencia de la declaración judicial de herederos es terminante, pues el Código la exige incluso para la sucesión del Estado (art. 958).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ORDEN LEGAL DE LLAMAMIENTO, CATEGORÍAS DE SUCESORES ABINTESTATO Y GRADO SUCESORIO

El artículo 913 del Código Civil establece el **orden legal de llamamiento** abintestato, disponiendo que "a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado". Esta declaración general, con base en los principios que ya hemos estudiado, se desarrolla en los artículos 930 y siguientes del Capítulo IV del Título III del Libro III ("Del orden de suceder según la diversidad de líneas"), que se divide en cuatro Secciones que tratan, respectivamente, de la sucesión *de la línea recta descendente*, *de la línea recta ascendente*, de la sucesión *del cónyuge* y *de los colaterales* –sección que aquí subdividiremos, pues aun en un mismo apartado la sucesión del cónyuge se prescribe preferente a la de los colaterales–, y de la sucesión *del Estado.*

Se trata de una ordenación escalonada, jerarquizada, anclada en el criterio de preferencia, o lo que es lo mismo, de exclusión entre las distintas **categorías** de herederos que se destacan, de modo que aceptada la herencia por quienes integren una categoría antecedente se excluye a los posibles interesados ubicados en cualquiera de las categorías restantes. La única excepción la constituye el cónyuge viudo cuya legítima, aunque en usufructo, le corresponde aunque haya herederos de la primera (descendientes) o segunda categoría (ascendientes), esto es, de cualquiera de las categorías que le preceden.

Pero, con ello no es suficiente para comprender el modelo legal adoptado, pues en cada categoría donde pueda haber pluralidad de sucesores todavía ha de discriminarse. Naturalmente, esto es algo que de suyo sólo puede suceder con las categorías que integran los parientes (descendientes, ascendientes o colaterales), pero imposible allí donde la categoría se conforma esencialmente por una sola persona (cónyuge viudo y Estado). Y es que en cada categoría *de parientes*, la exclusión de la línea colateral por la linea recta, por un lado, y dentro de ésta, a su vez, la exclusión de los ascendientes por los descendientes, no es suficiente en el caso, sumándose entonces el criterio de la **proximidad en el grado de parentesco,** de modo, que como establece el artículo 921 del Código, "el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lugar". Confirmación del principio es la regla del artículo 922, según la cual, "si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar".

Pero, la proximidad en el grado tampoco es completamente determinante, en cuanto varios sucesores pueden encontrarse en el mismo grado de parentesco. Para este caso, muy frecuente, de **igualdad de grado** conviene anticipar a título ilustrativo y con carácter genérico que son posibles tres modos o formas de distribución de la herencia según corresponda: la sucesión *por cabezas*, la sucesión *por estirpes* o la sucesión *lineal* o *por líneas.*

a) Sucesión *por cabezas*

Consiste en distribuir la herencia en tantas partes como personas estén llamadas a la sucesión. Por regla general, las partes son iguales (art. 921, párr. 2.º), pero pueden ser desiguales, como en el caso de los medios hermanos que concurren con hermanos de doble vínculo (art. 949).

La división *per capita* constituye la forma normal de distribuir la herencia, refiriéndose a ella el Código en variedad de artículos: así, 932, 934, 936, 948, 950, 951, 954.

b) Sucesión *por estirpes*

Conlleva distribuir la herencia por grupos o series de parientes, cada uno de los cuales toma conjuntamente la cuota viril que hubiera correspondido a su causante si hubiese vivido y podido heredar. Como sabemos, se da esta forma de división siempre que se hereda por derecho de representación, cuya operativa supone, como reiteran los artículos 921 y 922 citados, la gran excepción legal al principio de proximidad en el grado.

c) Sucesión *por líneas*

Consiste en dividir la herencia en dos partes, una para los parientes de la línea paterna y otra para los parientes de la línea materna. El Código Civil sólo aplica este procedimiento a la sucesión de los ascendientes de segundo o posteriores grados, en el caso de que hubiere varios de igual grado pertenecientes a líneas diversas (art. 940).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

DE LA SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

Los descendientes (hijos, nietos) conforman, pues, la primera categoría de llamados abintestato, lugar de privilegiada jerarquía perfectamente entendible. Exactamente, las normas que ofrece el Código en la materia son las siguientes:

1.ª La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente (art. 930).

2.ª Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendentes sin distinción de sexo, edad o filiación (art. 931).

3.ª Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales (art. 932).

4.ª Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales (art. 933).

5.ª Si quedaran hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación (art. 934).

DE LA SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

Sigue el Código advirtiendo que:

1.ª A falta de los hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes (art. 935).

2.ª El padre y la madre heredarán por partes iguales (art. 936).

3.ª En el caso de que sobreviva uno solo de los padres, éste sucederá al hijo en toda su herencia (art. 937).

4.ª A falta de padre y de madre sucederán los ascendientes más próximos en grado (art. 938).

5.ª Si hubiere varios ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea, dividirán la herencia por cabezas (art. 939).

6.ª Si los ascendientes fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos (art. 940).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

7.ª En cada línea la división se hará por cabezas (art. 941).

8.ª Y todo ello sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 811 y 812, que es aplicable tanto a la sucesión intestada como a la testamentaria, como aquí ya se ha dicho.

En resumen, el padre y la madre, si existen, heredan por partes iguales; si sólo sobrevive uno de los progenitores, éste sucede en la herencia filial. A falta de padre y de madre, suceden los ascendientes más próximos de grado; si varios de igual grado pertenecen a la misma línea, dividen la herencia por cabezas; si son de diferentes líneas, pero del mismo grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos; y en cada línea, la división se hace por cabezas. Así, si heredan el abuelo y la abuela paternos y la abuela materna, ésta recibirá una mitad, mientras que cada uno de aquéllos una cuarta parte.

Tales normas se alteran, en todo caso, por el juego de las reservas y a consecuencia de la sucesión legitimaria del cónyuge supérstite, que mantiene su derecho a la cuota legal usufructuaria sobre la mitad del caudal hereditario en los mismos términos que en la sucesión testamentaria.

DE LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO

El Código, a continuación, incorpora en una misma sección, algo que puede confundir en cuanto entre ellos se ordenan preferentemente, al cónyuge supérstite y a los parientes colaterales del difunto (art. 943). Pero conviene hacer la necesaria distinción, pues como bien dice el artículo 944, en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente. Se trata de una regla lógica, que convive con otra más cuestionable que es la de que al cónyuge supérstite se le antepongan los ascendientes del causante, algo que como sabemos logra mitigarse, tan sólo mitigarse –en el juego de intereses que considera el legislador (común) en este punto– con su condición de heredero legitimario –no sólo legítimo por tanto– a título de usufructuario pese a encontrarnos en el ámbito de la sucesión abintestato. En cambio, y como decimos, no habiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge se le llama aquí como heredero

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

universal "a la propiedad" del conjunto de los bienes. En todo caso, precave el Código que "no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado judicialmente o de hecho" (art. 945).

DE LA SUCESIÓN DE LOS COLATERALES

A falta, pues, de cónyuge en las condiciones apuntadas, heredarán los parientes colaterales, según las siguientes reglas:

1.ª Los hermanos e hijos de hermanos sucederán con preferencia a los demás colaterales (art. 946).

2.ª Si no existieran más que hermanos de doble vínculo, éstos heredarán por partes iguales (art. 947).

3.ª Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes (art. 948).

4.ª Si concurrieran hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia (art. 949).

5.ª En el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros por la de la madre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes (art. 950).

6.ª Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo (art. 951).

7.ª No habiendo hermanos ni sobrinos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extenderá el derecho de heredar abintestato (art. 954). La sucesión de estos colaterales se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón de doble vínculo (art. 955).

DE LA SUCESIÓN DEL ESTADO

Finalmente, dispone el Código la adjudicación de las herencias vacantes al Estado, que asume entonces, y con el régimen muy

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

especial que sigue, la condición de heredero, por más que a través del impuesto de turno, el Fisco se lleve una buena parte en cada sucesión, sin que el devengo del tributo lo convierta obviamente en sucesor.

1.ª A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, heredará el Estado, quien asignará una tercera parte de la herencia a instituciones municipales del domicilio del difunto, de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, sean de carácter público o privado, y otra tercera parte a instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado, prefiriendo, tanto entre unas como entre otras, aquellas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general. La otra tercera parte se destinará a la Caja de Amortización de la Deuda Pública, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación (art. 956).

2.ª Los derechos y obligaciones del Estado, así como los de las instituciones o entidades a quienes se asignen las dos terceras partes de los bienes, serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1.023 (art. 957).

3.ª Sea como fuere, para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos (art. 958).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

BÁSICA

Albaladejo, M.: *Curso de Derecho Civil*, V. *Derecho de Sucesiones*, Madrid, Edisofer, 2008.
González Porras, J. M.: *Manual de sucesión intestada,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
Lacruz, J. L. *et al.: Elementos de Derecho Civil,* V. *Sucesiones*, Madrid, Dykinson, 2009.
Ruggiero, R.: *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de Serrano Suñer, R. y Santa-Cruz Teijeiro, J., Madrid, Reus, 1945.
Sánchez Calero, F. J. (Coor.): *Curso de Derecho Civil,* IV. *Derechos de Familia y Sucesiones,* Madrid, Tirant lo Blanch, 2009.
Serrano Alonso*, E.: Manual de Derecho de Sucesiones*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

AVANZADA

De los Mozos, J. L.: "La sucesión abintestato en favor del Estado", en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 393 y ss.
Nuñez Nuñez, M.: "Algunas diferencias fundamentales entre la sucesión intestada y los demás tipos de sucesión 'mortis causa' contemplados por el Código Civil", en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, v. 2, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, pp. 2021 y ss.
Pérez Escobar, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada,* Madrid, Dykinson, 2003.
Pérez Simón, M.: "*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*: el principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano", Madrid-Barcelona, Colegio de Notarios de Cataluña: Marcial Pons, 2001.
Ysàs Solanes, M.: "La sucesión intestada en el Código Civil", en Gete-Alonso y Calera, M. C. (Dir.) y Solé Resina, J. (Coor.), *Tratado de Derecho de sucesiones: Código Civil y normativa civil autonómica,* v. 2, Madrid, Thomson-Reuters, 2011, pp. 1561 y ss.
Hidalgo García, S.: *La sucesión por el Estado: el derecho de las instituciones de interés general y algunas Comunidades Autónomas,* Bosch, Barcelona, 1995.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

FAMILIA MODELO Y MODELOS DE FAMILIA ANTE EL DERECHO ACTUAL

Víctor M. Garrido de Palma
Notario Honorario

I. LA FAMILIA EN EL AÑO DOS MIL. SUS CARACTERES

1. Introducción. El modelo de familia matrimonial y su debilitación social

Es un hecho realmente comprobable que el modelo de familia constituida por la unión matrimonial estable y duradera de un hombre y una mujer con el proyecto común de tener y educar a los hijos comenzó a debilitarse hace décadas (¿hacia 1960?; Lecaillon). Lo evidente es que se dan unos rasgos y características en la familia actual que fundamentalmente son los siguientes.

2. El descenso de la nupcialidad

El desempleo, la precariedad laboral y los costes de la vivienda son –a juicio de Iglesias de Ussel– factores influyentes en el hecho apuntado; en igual sentido Eusebio González.

3. El retraso de la nupcialidad

El incremento de las personas solteras –en muchos casos viviendo con sus progenitores– es una realidad innegable. El tránsito de la familia extensa a la familia nuclear, compuesta por el matrimonio y los hijos, sin olvidar a las parejas no casadas, los hogares monoparentales y los unipersonales, diseñan el panorama actual. Con lo cual –señala Cortina Orts– se han debilitado los vínculos de paren-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tesco que no sean estrictamente los de paternidad y filiación y ha disminuido el sentido de obligación en relación con abuelos, tíos o sobrinos.

4. Uniones alternativas al matrimonio. Su impacto

La apuntada aparición de uniones alternativas al matrimonio (que preceden o suplantan a la unión matrimonial) y respecto a las que se reclama reconocimiento, cuando no la equiparación jurídica al matrimonio (el "matrimonio sin papeles", dicho en términos corrientes, es algo innegable hoy por hoy).

5. Descenso de la natalidad

El descenso de la natalidad, alarmante y en una situación de mínimo histórico: la española está hoy en su punto más bajo (en la década de los noventa han nacido menos niños incluso que durante la guerra civil (1936-1939) (Iglesias de Ussel). Hacia una sociedad de viejos se dice (Bueno Arús), y así se subraya, como algo fatal e inexorable señalándose que la solución está en la inmigración; M. A. Fernández Ordóñez ha criticado las subvenciones a la natalidad estatalmente aprobadas a principios del año 2000, lo que no deja de causar perplejidad; igual que causan sorpresa propuestas como las de Inés Alberdi cuando se limita a señalar que el nacimiento de más hijos depende del nacimiento de guarderías que eviten a la mujer su cuidado, de que se eduque a los maridos para compartir las tareas domésticas, así como de la mayor flexibilidad de horarios de trabajo para madres y padres; mucho más matizadamente, Alfonso Alba propugna subsidios por el nacimiento de los hijos y apoyo a las familias que optan por su cuidado en el hogar, sin más.

6. Nacimientos fuera del matrimonio. Equiparación jurídica

El aumento de los nacimientos fuera del matrimonio (madres solteras; uniones de hecho o alternativas). A partir de los años setenta el aumento ha sido espectacular en las naciones del norte de Europa y sensiblemente inferior en España; pero en todo caso se ha ido a la equiparación jurídica de las filiaciones.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

7. La aparición del divorcio

La aparición del divorcio con su efecto desorganizador de la familia y en todo caso alterador del espíritu con que se contrae la unión matrimonial, se vive y desarrolla la convivencia conyugal (Iglesias de Ussel).

El divorcio indudablemente aumenta la fragilidad de las uniones previsiblemente consolidadas (dentro del esquema de GOODE para examinar los tipos de desorganización de la familia es desde luego el indicador más importante; comparativamente con el resto de Europa, la tasa de divorcios no es en España elevada, y ello –dice Iglesias de Ussel– pese al carácter permisivo de la legislación que la regula). En todo caso, la mentalidad divorcista va en aumento y la tasa de separaciones-divorcios progresa paulatinamente: en 1999 el número de separaciones ha superado al de matrimonios contraídos. Muchos ex cónyuges vuelven a casarse, produciendo un tipo de familia de rasgos peculiares (*parcheadas* –"patchwork"– dice gráficamente Jutta Burgraf).

8. La mujer y su trabajo fuera del hogar

La creciente incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar cambia las bases tradicionales de las relaciones matrimoniales y familiares: el trabajo extradoméstico de la mujer altera el esquema del matrimonio clásico, de modo que el número de uniones matrimoniales, el de los hijos, las relaciones personales-patrimoniales entre los cónyuges, el papel de los abuelos en el hogar…, han producido –con sus variadas modalidades– una perspectiva ancha y profunda de estudio, a fin de articular con realismo la vida familiar. El Derecho privado, la legislación civil especialmente, ha tenido que adaptarse y evolucionar para tratar de reflejar los nuevos hechos, las realidades de la familia de hoy.

9. La adaptación del Derecho a la sociedad

Lo expuesto ha dado como resultado el tener que constatar que la visión de la familia –por sus distintas modalidades, variedad de situaciones y rasgos cambiantes- ya no puede ser una –monolítica, se dice– sino que ha de ser forzosamente pluralista. Y además, que

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cuando de política familiar se habla, de apoyo a la familia, ¿es a ésta porque desempeña una función, o en tono menor porque constituye una vía de realización personal, un modo de canalizar la expresión afectiva y una forma de aumentar el bienestar individual? En todo caso, una afirmación se constata hoy, y es la siguiente: el Derecho ha de cambiar porque la sociedad del siglo XXI así lo demanda. Estamos en la sociedad de la globalización y de Internet, en el mundo de la información y la era digital… (A. Garrigues Walker, Jiménez de Parga, por señalar a dos escritores recientes en esta línea).

Sí, sin duda alguna. Pero los hechos son los hechos y la realidad tercamente es: insolidaridad entre generaciones, niños abandonados, droga, sida y alcohol, aumento de rupturas matrimoniales y de incumplimiento de lo judicial o convencionalmente establecido, ancianos o discapaces solos o escasamente atendidos, hundimiento demográfico… ¿Entonces? El cambio y la adaptación a la sociedad del siglo xxi ha de consistir ante todo en recuperar el concepto de Familia y por ello –separando las voces de los ecos– proteger, reconocer y tratar con seriedad y respeto a la comunidad fundada en el matrimonio estable y duradero, ordenada a la transmisión de la vida y a garantizar la de los valores culturales, éticos y sociales, espirituales y religiosos. Hayek ("La fatal arrogancia") lo dijo en París en 1974 con meridiana claridad: la preponderancia del mundo occidental viene, y la supervivencia de nuestra civilización depende, de una herencia moral constituida por la creencia en la propiedad, la honestidad y la familia.

10. De lo apuntado en el año dos mil a la actualidad.

Los rasgos y características de la familia hasta aquí puestos de manifiesto contemplaban a la institución en el año 2000 (1).

Hoy, años después, ¿qué hay que decir de sus rasgos y caracteres fundamentales?; hay que partir de presupuestos diferentes; la evaluación de la sociedad lleva a una realidad distinta.

En estos interrogantes me introduzco.

(1) En las "Instituciones de Derecho Privado". Tomo IV. FAMILIA. Volumen 1.º Capitulaciones matrimoniales y Régimen económico matrimonial, de mi autoría. CIVITAS, 2001

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

II. FAMILIA MODELO Y MODELOS DE FAMILIA ANTE EL DERECHO ACTUAL

1. Introducción

Familia conyugal, personas que viven juntas y están ambas o una de ellas divorciada, separada judicialmente o de hecho o proceden de matrimonio declarado nulo, personas solteras o viudas…que conviven establemente o contraen matrimonio y ambos o uno de ellos aportan sus hijos y además conviven con los que nacen de la nueva unión: "tus hijos, mis hijos y los nuestros".

2. La familia matrimonial en la Constitución española

A la familia se refiere expresamente el art. 39 al decir que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Ello dentro del Capítulo Tercero que se ocupa de los principios rectores de la política social y económica, y junto a otros principios rectores como el derecho a acceder a la cultura, la promoción de la ciencia y la investigación, la calidad de vida y el medio ambiente, el derecho a disfrutar de una vivienda digna, como la utilización del suelo, la defensa de los consumidores.

Separado de la misma, el art. 32 reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Ubicado en la Sección 2.ª del Capítulo Segundo: Derechos y libertades, no se le considera –a diferencia de los reconocidos en la Sección 1.ª– como un derecho fundamental.

La ubicación de la familia supone una degradación de su importancia objetiva (García Cantero) y un dislate que –dice Alonso Pérez– se hace mayúsculo con la desconsideración a la institución matrimonial. Con todo, los comentaristas de ambos preceptos constitucionales consideraron desde el primer momento que la Familia contemplada por la Constitución era la fundada por el matrimonio: asimismo –sigue diciendo el art. 39.2: los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos…y de las madres, cualquiera que sea su estado civil–, por lo que tal redacción con los términos que emplea el texto constitucional afirman lo que acabo de decir (en este sentido, por ejemplo, García Cantero y Sancho Rebullida). Con todo, un criterio divergente, en el sentido

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de considerar plural el término Familia, apareció y se fue consolidando con el paso del tiempo, ante la realidad española.

Realidad que –como se expondrá– es varia y plural, lo que no obsta a (con los aspectos críticos apuntados) que la Constitución no solo con el citado artículo 39 "protección integral de la familia", sino con los arts. 10 (la dignidad del persona,18 (el derecho a la intimidad… familiar), 32 ya apuntado, 35 (derecho a… una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades… de la familia)…, revele una escala de valores jurídicos que son pilares, guías y bases para una regulación jurídica de la Familia acorde con las mejores exigencias de la sociedad española cuando ya está avanzado el siglo veintiuno (en este sentido Alonso Pérez).

3. La familia monoparental

Dentro del art. 39 CE se ampara y protege a la familia monoparental: cónyuge viudo, divorciado, separado judicialmente, de hecho, madre o padre solteros, que viven con su hijo o sus hijos.

El art. 39.2 , como he dicho, protege a "las madres, cualquiera que sea su estado civil". A los padres se les ignora ¿por qué? Compresiva y realista la CC Cataluña considera familia a "la formada por un solo progenitor con sus descendientes" (art. 231-1) Estamos sin duda ante un verdadero *status familiae*, aunque falten los padres: el padre y la madre en plural. Es una familia monoparental que prolifera, va en aumento.

4. Está próxima a la constitución de familia sin llegar a ella, la que origina el Acogimiento familiar productor de la plena participación del menor en la vida de familia con el régimen propio de la tutela en cuanto a los deberes propios de la misma, pero siempre que se trate del Acogimiento familiar permanente del art. 173 bis 2.º, y todavía más del preadoptivo del núm. 3, y es que el simple del número 1º tiene carácter transitorio al preverse la reinserción del menor en su propia familia o porque se está a la espera de que se adopte una medida de protección más estable.

La realidad está mostrando que a estas posibilidades acuden personas del mismo sexo como acogedoras. Constato y dejo escrito que así se está produciendo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

5. Existen situaciones, se dan supuestos reales de los que hay que tratar para deslindar lo que jurídicamente, hoy por hoy, constituye o no familia. Así:

A) Cuando el art. 1362 del CC establece que serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos de alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges si conviven en el hogar familiar (y en caso contrario serán sufragados por ella pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación) contempla algo que la realidad depara, más no supone ampliación familiar. Para ello el otro cónyuge tendría que adoptar al hijo de su consorte.

B) Cuando, conforme a la actual redacción del art. 103. 1.º II los hijos pueden ser encomendados excepcionalmente a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consientan, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez, una vez admitida la demanda de nulidad matrimonial, separación o divorcio, dice lo que quiere decir. Atiende a una necesaria protección de los hijos, para lo que configura una función tutelar bajo la autoridad judicial, y no hay que extraer mayores conclusiones.

C) Cuando el art. 236.3.º admite un supuesto de tutela plural porque al designarse a una persona tutor de los hijos de su hermano, se considera conveniente que el cónyuge del tutor –del tío del pupilo– ejerza también la tutela, estamos ante una situación que produce consecuencias familiares, más no origina un estado familiar.

D) Y en sede de tutela, el art. 234 en su último párrafo –adicionado por la Ley 1/1996, de 15 de enero– admoniza así: " se considera beneficiosa para el menor la integración en la familia del tutor". Reveladora dicción, atenta a una necesidad en beneficio de quien está necesitado de vida familiar, pero no constitutiva, desde luego, de *status familiae*

6. ¿Y la relación derivada de la pareja de hecho estable?

Hoy las CC AA regulan las mismas, teniendo cada una su propio régimen, con diferencias apreciables para poder realizar su estudio unitario y una valoración uniforme como se verá.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Tales uniones, si cumplen los requisitos del respectivo régimen legal específico autonómico, hay que considerarlas, con sus hijos nacidos de las mismas, familia. Más no una sola familia por el hecho de que además tengan sus propios hijos, frutos de uniones anteriores de cada miembro de la pareja estable; se requiere para ello la adopción.

Y, en justicia, no cabe hablar de familia cuando alguno de ellos está casado: aunque esté separado judicialmente, y no digamos si alega simplemente estar separado de hecho. Antijurídico a todas luces aunque la legislación autonómica permita tales supuestos –y en algunos casos lo permiten, como he dicho- constituir pareja estable.

III. LAS LLAMADAS FAMILIAS RECOMPUESTAS O RECONSTRUIDAS

1. Introducción

He apuntado –con expresión gráfica– la unión matrimonial o el supuesto de pareja de hecho estable en la que existen "tus hijos, mis hijos y los nuestros". ¿Estamos ante una nueva familia integrada por todas las personas que componen esta situación convivencial? Veamos.

Se trata de familias yuxtapuestas, que conviven –con todo lo que conlleva tal coexistencia– pero no componen una familia. Evidentemente, si un cónyuge adopta a los hijos del otro afirmativamente hay que responder, pero en caso contrario –como ha podido afirmarse– la problemática real de estas familias yuxtapuestas debe canalizarse vía capitulaciones matrimoniales (ya es frecuente que se pacte preventivamente la problemática relativa a los gastos de alimentos y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges –supuesto al que , como he apuntado, el CC presta atención, pero que los capítulos consideran específicamente: así, si el matrimonio establece el régimen de separación de bienes, si existen gananciales pero se modifica el enfoque que da el citado art. 1362. Y no solo lo anterior, también la previsión de quien soportará la indemnización consecuencia de responsabilidad extracontractual, así: art. 1903 "hijos que se encuentren bajo su guarda" 1910: "el cabeza de familia…es responsable de…").

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

IV. LO QUE HAY QUE CONSIDERAR HOY COMO FAMILIA EN PURIDAD

La doctrina que, a mi juicio, más se ajusta a la realidad social del tiempo de aplicación de las normas jurídicas (canon hermenéutico del art. 3 CC), considera en fin que la familia –conforme al art. 39 y 32 DC– es la basada en el matrimonio, en la unión de pareja estable y en la adopción. Y hoy también la monoparental.

"Cuasi, seudo, para, reconstituidas, y no digamos las situaciones convivenciales de mutua ayuda…pueden reproducir caracteres propios de una familia, más no se ha creado auténtico estado familiar (las últimas citadas, reguladas hoy por el Derecho catalán que las denomina relaciones convivenciales y cuya *ratio* está en que personas de edad avanzada solas y de escasos medios económicos se ayudan mutuamente; viven en familia, pero no son familia: no están casados entre sí ni forman pareja estable con otro conviviente, art. 240.2 CCCat).

V. EL DIVORCIO. LAS PERSONAS DEL MISMO SEXO Y EL MATRIMONIO

Es realista afirmar que no es lo mismo casarse con posibilidad legal de divorciarse que hacerlo indisolublemente: una vez despenalizado el adulterio se llegó a la Ley del divorcio (Ley 70/1981, de 7 de julio) y en el CC se reguló un divorcio causal, siempre precedido de la separación conyugal, causal igualmente.

Partidarios en contra, a favor; con distinciones: divorcio remedio y divorcio fracaso; con argumentaciones de la doctrina no siempre fundamentadas jurídicamente, en ocasiones en base a argumentos "*ad hominem",* rebatiendo posturas contrarias alegando que se trata de quienes tienen unas determinadas creencias religiosas (como si ello debilitara la argumentación de quienes se oponían al divorcio legalmente regulado…)

¿Por qué no un matrimonio legalmente indisoluble; acaso no hay derecho a casarse para toda la vida? Y si el divorcio puede ser perjudicial para los hijos, ¿el Juez no va a poder denegarlo a la vista del caso real concreto (cláusula que se denominó intencionadamente "de dureza"); al menos, debería permitirse que se blinde el matrimonio de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

algún modo admitiendo que las causas de divorcio que se pacten por el matrimonio sean taxativas (infidelidad manifiesta, malos tratos…).

Más que traer a colación argumentos favorables y contrarios, me parece oportuno reproducir las palabras que un jurista mejicano –en un Derecho de Familia del año 2014– ha dejado escritas. Dice Santiago Martínez Sanz: "… a pesar de los gritos de alarma que se levantan desde diversas partes del mundo, no parecen ser muchos los dirigentes de nuestra sociedad que toman conciencia de la enfermedad del divorcio, como uno de los cánceres que están destruyendo y corrompiendo a la humanidad. La amenaza de una guerra total o parcial; los problemas del comercio internacional; la injusticia de la sociedad… son como una cortina de humo que oculta uno de los problemas a nivel individual y social más graves, que no ha podido resolver nuestra sociedad; tan orgullosa, por otra parte, de sus conquistas técnicas. La irresponsabilidad de casi todos ante un problema tan grave para la humanidad, como es el divorcio, alcanza ya cuotas suicidas". "La experiencia divorcista en el mundo entero lleva a la conclusión de que el divorcio es como una potente carga explosiva situada por debajo de la línea de flotación de un barco, y … el barco es la sociedad en la que todos estamos embarcados".

Henry y León Mazeaud, hace ya años, ante la experiencia sufrida y que ambos juristas detectaban, afirmaron algo a mi entender exacto en este campo: en el divorcio la puerta no puede estar entreabierta, o cerrada o abierta. Si se entreabre, al final, no puede frenarse de ningún modo, el divorcio ya no tiene remedio.

Ciertamente, hoy, a los tres meses de celebrado el matrimonio, o inmediatamente si estamos ante el supuesto del art. 81.2 *in fine* CC, cabe que judicialmente se decrete el divorcio por consentimiento mutuo o por decisión unilateral de un cónyuge (repudio). Y ello sin necesidad de previa separación judicial. Es más fácil divorciarse que desahuciar a un inquilino, por ejemplo.

España, la primera en la carrera del divorcio europeo. Y se afirma que de cada tres matrimonios que se contraen dos terminan –más pronto que tarde– en divorcio.

"Potente carga explosiva debajo de la línea de flotación…", he transcrito. Pero todavía podía dinamitarse más: considerando la posibilidad de casarse entre sí personas del mismo sexo.

Violando preceptos de la Constitución, en especial el art. 32, se crea un modelo matrimonial para las parejas homosexuales, sin

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

apertura a engendrar vida humana (Alonso Pérez). Transformación radical de nuestro Derecho de Familia y desnaturalización de la institución social más básica (Informes y dictámenes de altas esferas jurídicas; Editorial de ABC del 1 de julio de 2004).

Sin duda –ha podido decirse– la falta de una Ley estatal de Parejas de Hecho facilitó el *iter* hacia el matrimonio para los homosexuales. Estos merecen, si conviven, el amparo constitucional, en base al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 C.E.) pero al acceder al matrimonio se produce una consecuencia que altera la misma sustancia del mismo. Lamentable.

VI. LAS PAREJAS DE HECHO

1. Introducción

Lo hasta ahora expuesto lleva de la mano a apuntar unas ideas acerca de la regulación jurídica de las llamadas Uniones estables de Pareja

Existiendo el matrimonio para homosexuales y lesbianas, ¿hace falta que la ley regule las parejas de hecho? ¿Los poderes autonómicos están legitimados para crear nuevas formas legales de unión sexual distintas a las que el Código Civil regula con la institución matrimonial?

Evidentemente, la respuesta a los dos interrogantes es negativa. Innecesarias a todas luces las regulaciones autonómicas. Carentes de legitimación si lo hacen.

Y lo han hecho: proliferan las regulaciones en las CCAA –por la indolencia o pasividad del legislador nacional–, de las que solo expongo unos datos reveladores del alcance real de su existencia.

2. ¿Razón de ser de las regulaciones autonómicas?

En algunas, su Preámbulo parte de una base falsa –al menos actualmente- al decir que "las personas homosexuales se ven excluidas del derecho a contraer matrimonio". "Discriminación negativa… desconociendo que el derecho a contraer matrimonio del art. 32 C. E. incluye el derecho a no contraerlo y optar por un modelo de familia distinto"…

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

¿A qué parejas se aplica el régimen legal de cada C. A. respectiva? O no se habla de requisitos o basta el empadronamiento de los dos miembros de la pareja o se requiere reidencia habitual, o la inscripción en un Registro *ad hoc.*

3. Las contradicciones que se producen

El concepto y los caracteres definitorios, así como el régimen jurídico en general aplicable y también las causas de extinción de las uniones varían de tal forma en las distintas regulaciones que es prácticamente imposible construir una teoría general de esta relación jurídica y si se intentara habría que preguntarse por la eficacia de tal construcción dado que cada C. A. ha dado el paso regulatorio de espaldas o ignorando a las demás.

El legislador catalán separa y diferencia lo que es casarse y sus efectos: régimen económico matrimonial de modo específico, y lo que es vivir en pareja, tratando de enfocar ésta como "formas de vida y realización personal diferentes a las tradicionales" con lo que abarca no solo la convivencia en pareja estable, también las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes, la familia monoparental, salvando –dice– las diferencias impuestas por la naturaleza de las cosas. Por último, igualmente, las relaciones convivenciales de ayuda mutua (Preámbulo).

Y trata de poner orden respecto a los pactos organizativos de las parejas estables no casadas entre sí, de modo que respecto a la previsión de la extinción de las mismas y sus consecuencias "pueden ser pactadas por los convivientes en escritura pública con aplicación de la regulación que el CC Cat. Realiza –en el art. 234.5– respecto a los pactos en previsión de las crisis conyugales".

¿Con esto pretende encauzar situaciones tan variadas como las que están contenidas en el concepto y régimen de pareja estable no casada? Cajón de sastre que por mucho que incidentalmente advierta en su Preámbulo: "salvando las diferencias impuestas por la naturaleza de las cosas", genera –como dice M. M. Heras Hernández– disfunciones e incoherencias.

4. Separación matrimonial y pareja de hecho.

En algunas regulaciones basta con que una persona casada esté

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

judicialmente separada, ¿y si se reconcilia?, habrá de considerar sin duda extinguida la unión de pareja. Pero, es que en una concreta C. A. basta con se esté separado de hecho, con lo que se producen efectos contradictorios y el valor del matrimonio ante la situación fáctica queda degradado hasta la humillación (no es el caso de las Baleares: "no pueden constituir pareja estable, dice la Ley 28/2001, los que están ligados por vínculos matrimoniales"). Jurídicamente, desde luego, no se sostiene el paso dado con dicha posibilidad (art. 234-2 CCCat.)

5. ¿Efectos en la sucesión *mortis causa?*

Incluso en algunas regulaciones autonómicas la convivencia estable produce efectos sucesorios. Ello y en general la falta de claros criterios reguladores, como he apuntado, produce una sensación negativa, tanto por la desidia y pasividad de unos como por el paso adelante de otros que se irrogan el papel de legisladores sin legitimación para ello. En definitiva –con Serrano Alonso– el panorama actual del régimen legal de las parejas de hecho cabe afirmar que por de pronto constituye un atentado contra el principio de igualdad entre los españoles.

6. ¿Efecto "llamada"?: el aumento de las parejas de hecho

En fin, ya sea por el mal trato que se ha dado en los últimos años a la institución matrimonial por el legislador, ya por otras circunstancias (mantener la pensión…) hay que constatar que las parejas de hecho están siendo atraídas por los ofrecimientos legislativos de las CCAA: revelan las estadísticas que más de 25000 parejas españolas han formalizado su situación como pareja de hecho ante Notario desde 2007 a 2013.

VII. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

Introducción. La plurivariedad familiar. Su heterogeneidad

El panorama que se ha venido exponiendo revela cómo la realidad familiar incide en el Derecho de familia. Ha afirmado en este

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sentido López Burniol, que en sede de capitulaciones matrimoniales y su causa se ha producido una evolución desde la Ley 30/1981, de 7 de julio –reformadora del CC– a partir de la cual las capitulaciones matrimoniales otorgadas constante matrimonio comenzaron a utilizarse para pactar las consecuencias de la separación o del divorcio de los cónyuges, sobre todo a fin de proteger a los hijos. La causa de las CM ya no es entonces la *matrimonii* , sino la *causa familiae.* Pero años después se iba a ir produciendo una segunda ampliación del ámbito capitular, al preverse la ruptura matrimonial futura e incierta (lo que plasmó el Código de familia de Cataluña al hablar de … "incluso en previsión de una ruptura matrimonial"), para desembocar –resumo el enfoque evolutivo del citado autor– en la perspectiva actual en la que al lado de la familia matrimonial existen una pluralidad de situaciones convivenciales estables a las que las leyes consideran y regulan (así, el actual Derecho catalán codificado, Ley 25/2010, de 29 de julio, en cuya Exposición de Motivos se dice: "… Finalmente, hoy predomina una mayor tolerancia hacia formas de vida y realización personal diferentes a las tradicionales. En una sociedad abierta, la configuración de los proyectos de vida de las personas y de las propias biografías vitales no puede venir condicionada por la prevalencia de un modelo de vida sobre otro, siempre y cuando la opción libremente escogida no entrañe daños a terceros. Éste es el principio del que parte el libro segundo en cuanto al reconocimiento de las modalidades de familia. Por ello, a diferencia del Código de familia, el presente libro acoge las relaciones familiares basadas en formas de convivencia diferentes a la matrimonial, como las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes, la convivencia en pareja estable y las relaciones convivenciales de ayuda mutua. La nueva regulación acoge también la familia homoparental, salvando las diferencias impuestas por la naturaleza de las cosas".

Realidades que llevan a López Burniol a considerar –entre otras conclusiones– que los pactos reguladores de estas familias, tienen una causa *ad hoc,* la *familiae,* y no evidentemente la *causa matrimonii.* En consecuencia, respecto a éstas, más que hablar de capitulaciones, hay que hablar de los pactos regulados de negocios familiares.

1. Me centro en la FAMILIA matrimonial (dejando aparte las que antes he considerado que tienen esta consideración para la ley y

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

además teniendo en cuenta que de las parejas de hecho ya he apuntado algunas ideas respecto a su regulación, tanto por las CCAA como en el plano de la autonomía contractual), es evidente que la realidad constata hoy como el *crescendo* del poder autonormativo se produce continuamente. ¿Hasta dónde es posible y hacedera la autonomía de la voluntad? La denominada reprivatización de la familia (Roca Trías), ¿qué cauces ordenadores ha de seguir para no desbocarse? Voy a exponerlo.

A) Ante todo, existe un orden público familiar constitucional: todo acuerdo que coarte el derecho a la intimidad, a la libertad personal o la religiosa es nulo.

El mismo exige que los pactos se celebren con un reforzamiento de la seguridad de que se realizan a sabiendas de sus consecuencias, lo que exige la necesaria información profesional y reforzamientos formales garantizadores de todo ello. Cuando se pacta "en previsión de una ruptura matrimonial", su otorgamiento (dice con acierto el art. 231.20 CC catalán) puede realizarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública, debiendo el Notario, antes de autorizar la escritura, informar por separado a cada otorgante sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse… Y más, tales pactos, si llega el momento de que se pretende su cumplimiento y son gravemente perjudiciales para un cónyuge, no son eficaces si éste acredita que "han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron."

B) Los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges en el matrimonio (art. 32) y de protección integral de los hijos (art. 39) son absolutamente prevalentes sobre la autonomía de la voluntad. Es constante la aplicación del segundo por parte del Código Civil –así, en caso de separacion, divorcio o nulidad matrimonial– como por los Tribunales. Respecto a la igualdad conyugal, se proyecta en el art. 66 ("son iguales en derechos y deberes"), así como en el 1328 en sede estipulaciones capitulares (aquí, de difícil interpretación en la práctica).

C) He citado al art. 1328. Efectivamente: es nula cualquier estipulación capitular contraria a las leyes o a las buenas costumbres.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

¿Buenas costumbres? El CC ya en el art. 1255 prohibe los pactos contrarios a la moral, y el 1275 declara ineficaces los contratos con causa ilícita y lo son no solo cuando se oponen a las leyes, también a la moral. Con ésta son identificables –dice, con acierto, M. MEDINA ALCOZ– las buenas costumbres. Estamos ante la necesaria actuación de los cónyuges en sus pactos capitulares conforme a la ética social: por ej.: establecer un determinado régimen matrimonial o pactar una concreta atribución de bienes a cambio de una conducta ilícita, dedicarse a la prostitución o consentir una relación concubinaria (infidelidad), como supuestos significativos sin duda.

Contraria a las leyes: las normas imperativas de un lado y la configuración típica legal de los sistemas económicos-matrimoniales por otro. Baste apuntar –para no invadir aspectos que se estudian en profundidad en otras partes dentro de FAMILIA–, como es inderogable todo lo que constituye la configuración por la ley de la institución matrimonial, así, los derechos y los deberes de los cónyuges, el régimen matrimonial primario (sin perjuicio de aspectos específicos que se tratan en otros estudios en la presente obra, atinentes al levantamiento de las cargas del matrimonio, potestad doméstica, disposición de la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia, ajuar de la misma y derecho sobre él del cónyuge sobreviviente, *ex* art. 1318 y ss.). Igualmente las normas que estructuran los patrimonios conyugales en cuanto no pueden ser éstos modificados en perjuicio de los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317).

2. Sin duda, no cabe –por lo dicho– alterar el régimen normativo de celebración del matrimonio, ni el sistema legal de la separación y el divorcio o las causas de nulidad del matrimonio. Y son imperativas las normas reguladoras de la patria potestad y de la custodia de los hijos en cuanto supongan renuncia o delegación en un tercero sin más de las funciones ínsitas propias de la patria potestad (en general, se cuida el CC de exigir la aprobación por el Juez de los acuerdos de los cónyuges para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, de modo que no los aprobará "si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges". Como no es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos legales entre parientes (arts. 142, 143 y 151).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

APUNTE PANORÁMICO DE LAS POSIBILIDADES DE AUTORREGULACIÓN POR LOS CÓNYUGES EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

A) Ante todo, en capitulaciones cabe modificar la sociedad de gananciales: "queremos que sea el régimen aplicable a nuestro matrimonio, pero…"

No voy a introducirme en el estudio de las modalizaciones, cambios y modificaciones posibles: fijación de la naturaleza privativa o ganancial de determinados bienes (fondos de inversión, indemnizaciones, pensiones…); respecto a las facultades de gestión de los cónyuges sobre los bienes conyugales (dado el principio legal de igualdad, antes apuntado); incluso, por lo que se refiere a pactar un régimen de separación –no por lo tanto ganancial modificado– pero acordando que serán comunes…; establecer la división del remanente ganancial, en la liquidación, en proporción no igualitaria atendiendo a…; ampliar los supuestos en que el art. 1406 configura un derecho de atribución preferente; o someter el régimen ganancial a término o a condición resolutoria, incluso con efectos retroactivos… Cabe apuntar posibles pactos en este ámbito, porque realistamente son dignos de atención, pero no me corresponde profundizar. Constituye materia de estudio en otras partes de la presente obra.

B) La *causa matrimonii* posibilitadota de la Aportación de bienes privativos a la sociedad conyugal.

No sin esfuerzo ha ido afianzándose la posibilidad –que la legislación fiscal reconoce y considera exenta de tributación- de que los cónyuges aparten bienes privativos de la sociedad de gananciales: no entro en los supuestos de atribución *ex* art.1355 CC ni en la confesión de privaticidad del art. 1324 del CC.

La aportación no es negocio típico de compraventa ni es oneroso, o de donación, ni carece de contraprestación: cuando un cónyuge aporta un bien suyo a la sociedad conyugal –lo que acepta su consorte– y lo hace para contribuir a las cargas *familias,* "y en compensación a la retribución que su consorte realiza a las mismas declara haber recibido ya la debida contraprestación", por resaltar un supuesto real prototípico de *Aportación* estamos –como reconoce con claridad la Resolución de 22 de junio de 2006– ante un acuerdo cuya causa está en "*ad sustinenda oneri matrimonii"*, sin perjuicio

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de que se presuma la existencia del derecho al reembolso conforme al art. 1358 CC. No estamos, por tanto, ni ante una compraventa ni ante una permuta o una donación.

Expuesta por mí hace años la *causa matrimonii* justificadora del negocio de Aportación (recuérdense los *avantages* y en Aragón las aventajas), he querido desarrollar aquí y ahora el planteamiento del supuesto. Y es que actualmente pueden seguir leyéndose estudios sobre la materia que desconocen la esencia interna, la sustantividad y el profundo calado de la figura. No es el caso de Pereña Vicente, con cuyas palabras cierro el apunte sobre la materia. Dice esta autora: después de años resistiéndose la DGRN a lo que ya Savigny nos enseñó, que las relaciones conyugales modalizan los negocios jurídicos, de modo que la posible intención de enriquecerse, la donación pasa a un segundo plano, porque prevalece la *causa matrimonii* se ha terminado por reconocerla. No se puede por tanto calificar –termina diciendo- de liberalidad, lo que es una consecuencia necesaria de la vida en común.

VIII. ACERCA DE LAS INSTITUCIONES TUTELARES

1. Introducción

No voy a tratar el amplio campo de la protección de los menores de edad. Cuando el art. 39 CC se refiere a la protección de la familia, proclama que "los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación…, lo que exigió reformar el Código Civil y dio lugar a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Pero sí voy a detenerme en los medios de protección jurídica que cabe englobar, genéricamente, dentro de las Instituciones tutelares.

2. En sede de la institución de la tutela actualmente regulada en el Código Civil (conforme a la Ley 13/1983, de 24 de octubre)

Desde luego "nadie añorará la supresión de las figuras del protutor y del Consejo de familia pues su fracaso en la práctica resulta evidente y probado" (Rams Albesa). Cierto, eran decimonónicas y

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

desajustadas a la realidad familiar actual. Y por otra parte la separación entre la tutela y los supuestos de personas que por su grado de discernimiento solo necesitan ser asistidas por un curador, ha sido acertado. Ahora bien, como ha demostrado el tiempo transcurrido desde 1983, en términos generales el sistema implantado –expone Parra Lucán– "adolece de rigidez y de falta de flexibilidad, lo que lo ha hecho insuficiente para una adecuada protección de quienes la necesitan y es que solo un 15 por 100 de los que están necesitados de tutela han sido declarados judicialmente incapacitados. Prolifera por tanto –como mal menor- la figura del guardador de hecho, cuyos actos en interés del menor o del presunto incapaz –dice genéricamente el art. 304– no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

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

3. La persona mayor de edad con disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas

"El reino de Vejecia" (Ramón y Cajal) tiene cada vez más componentes: en el año 2023 habrá en España –asegura Rafael Puyol– casi dos millones de mayores de 80 años.

Autotutela: en previsión de que el que hoy tiene capacidad de obrar suficiente, sea incapacitado judicialmente en el futuro, puede en documento público notarial designar tutor (art. 223, conforme a la redacción por Ley 41/2003, de 18 de noviembre). Y además mandato preventivo de protección, por quien en previsión de la posible incapacitación judicial o para el caso de incapacidad, lo celebra, otorgando poder al efecto conforme al actual art. 1732, redacción también por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)… Son figuras jurídicas que están actualmente reguladas y cumplen una función práctica innegable. Pero ¿basta con ellas?

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

B) La figura de la Asistencia

La realidad ha hecho necesaria la aparición de figuras que –en la línea de desjudicialización que se considera conveniente para la eficaz protección de las personas mayores de edad disminuidas pero no en estado de privación propiamente de su capacidad de obrar- les prestan atención y cuidado bajo control judicial.

Estamos ante la Asistencia que , proveniente del Derecho alemán y regulada también en Italia, hoy lo es también por el CC de Cataluña, en su artículo 226.

La persona que así lo considera: necesidad de ser cuidada ella misma o sus bienes, "debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas", lo puede solicitar a la autoridad judicial, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria: Su contenido es el propio del ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses, de los que debe cuidar el asistente (a petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio, ello sin perjuicio de las facultades de la persona asistida de realizar actos de esta naturaleza por sí misma).

Conforme se vayan produciendo circunstancias en relación a la disminución de las facultades de la persona asistida, la autoridad judicial acordará la reducción o ampliación del ámbito de funciones del asistente.

Figura que se extingue, entre otras causas, por la incapacitación de la persona asistida.

En definitiva, estamos ante la realidad de la vida; ésta se prolonga desde luego, pero el paso de los años hace necesaria que, aparte de las institución de la tutela e incluso de la curatela, se considere la conveniencia de la Asistencia, para quien debido a "la disminución no incapacitante de sus facultades", al Juez la solicita. Es para tenerla en cuenta en una futura reforma a los efectos de regularla en el Código Civil.

IX. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

El art. 39 CE, transcrito ya en lo que importa para la protección de la familia, dice que "los poderes públicos aseguran su protección, tanto social como económica y jurídica".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Sin cargar las tintas, la realidad es que: divorcio, aborto, matrimonio de homosexuales, debilitación de la institución matrimonial con las regulaciones autonómicas de las parejas de hecho (¿para qué casarse?)…, con la crisis de valores y la económica, están produciendo efecto negativo. Y los poderes públicos aseguran…¿no es acáso España una de las naciones menos protectoras en el fomento de la natalidad ("el suicidio demográfico español" es expresión real de la situación a la que otros países están tratando eficazmente de poner remedio: en 2010 se destinó un 1,51 por ciento del PIB a la familia, muy por debajo de la media europea, con el 2,26 por ciento; y la prestación por hijo a cargo es de 24,25 euros al mes, mientras que en la Unión Europea ronda los 100 euros; la duración del permiso por maternidad es de 16 semanas, muy lejos de la de otros países de nuestro entorno, y las medidas fiscales –baste apuntarlo– son insatisfactorias a todas luces).

X. EL DERECHO REGULADOR DE LA FAMILIA

1. Introducción: ¿Hay un modelo familiar prevalente?

Cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dice que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 16.3) afirma algo irrebatible y las Constituciones –he apuntado a la española, por no citar a muchas más– proclaman y reconocen. Pero la pregunta es ¿a qué Familia hay que proteger? ¿Existe un modelo de familia prevalente?

2. El panorama jurídico actual respecto al derecho que regula la familia

A lo largo de la exposición realizada he tratado de poner de manifiesto el panorama jurídico a día de hoy. Cabe afirmar que lo que la CE proclama, lo que el art. 39 y otros preceptos a la familia atinentes nos dicen, han quedado desbordados, por de pronto por las regulaciones autonómicas de las parejas de hecho (y sin legitimación para ello).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A partir de ahí, el hablar de familias, de modelos de familia en plural, es una realidad evidente, y toca al jurista levantar acta sí pero encauzar la "heterogeneidad del hecho familiar": no todo hecho con repercusión en el seno de la familia supone Familia y no es lo mismo contraer matrimonio que no hacerlo, que emparejarse de hecho. Algo básico, absolutamente elemental, pero que no hay que dejar de considerar y tener en cuenta para evitar confusión.

Es lo que he tratado de poner de manifiesto hasta ahora. A partir de aquí resta resaltar, destacar los rasgos caracterizadores del Derecho Civil que regula la familia.

3. Los derechos que tienen los miembros de la familia son en determinados casos para cumplir sus deberes

Nada nuevo, pero conveniente resulta hoy por hoy resaltarlo: la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos; éstos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y los padres los derechos que tienen respecto a sus hijos lo son en función del cumplimiento de sus deberes con ellos (arts. 155 y 154 respectivamente). Y el tutor ha de ejercer la tutela "respetando la integridad física y psicológica de sus pupilos" (art. 268).

4. Los cónyuges han de actuar en interés de la familia. El artículo 67 del Cógigo Civil

Siempre decía el precepto hasta la supresión del adverbio por la Ley 13/2005, de 1 de julio (lo que –cabe afirmar– se debió a la contradicción que suponía la redacción anterior al contrastarla con la posibilidad de acudir al divorcio legalmente regulado y cada vez más facilitado por ley).

¿Es exactamente así como deben actuar los cónyuges? Evidentemente, la expresión del CC constituye barrera a todo lo que pueda suponer un exceso propio del individualismo liberal, pero el deber conyugal de la ley se dirige a ambos cónyuges en un matrimonio en el que cada uno de ellos no puede tomar la determinación de "rehacer su vida", digámoslo con términos plásticos, realistas, que son los que suelen emplear quienes al divorcio acuden.

Ante el CC regulador del matrimonio indisoluble decía gráficamente Ossorio y Gallardo: "rehacer la vida"; el matrimonio es mucho

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

más que eso, porque es la familia y la familia es el padre más la madre, más… los x hijos del matrimonio, es la fusión de todos ellos en una entidad superior y distinta, que es el verdadero fundamento de la sociedad. Hoy ante el CC regulador del divorcio, reconozcámoslo, el "interés de la familia" es el de cada una de las personas que componen la sociedad familiar, pero no aisladamente, no yuxtapuestos, sino considerando a cada persona como lo que es, componente de la familia: de ahí que –por ejemplo– la fijación del domicilio conyugal corresponde a los cónyuges de común acuerdo, y a falta de éste, el Juez ha de resolver teniendo en cuenta el interés de la familia. Y si de cónyuges hablo, de padres e hijos, de hermanos…hay que hablar: en la patria potestad, en el acogimiento familiar, en los casos de ruptura matrimonial, predomina el interés más necesitado de protección" (arts. 90 y ss).

En definitiva, ante la regulación actual del matrimonio, el término transpersonalismo no cabe entenderlo en el sentido total y omnicomprensivo que he considerando citando a Ossorio (por no hacerlo respecto a más civilistas). Sí en cuanto el interés de la familia exige atender al de cada uno de los miembros que la componen, no solo por ser personas, sino por serlo de la familia (como expone Alonso Pérez, los intereses son personales o individuales pero adjetivados familiarmente: en cuanto nacen por su pertenencia o vinculación a la familia como lo que es, institución natural, social y cultural, es decir, en cuanto se es cónyuge, hijo, hermano, padre… No únicamente en cuanto se es persona, sino por ser persona familiar). De ahí, como he puesto de relieve y destacado "el interés más necesitado de protección" en su caso es el que ha de prevalecer siempre.

5. Imperatividad normativa y autonomía de la voluntad en el derecho regulador de la familia

Normas imperativas, derechos familiares inalienables, irrenunciables e imprescriptibles por tratarse de derechos-deberes para cumplir una función. Frente a ello reprivatización del Derecho de familia, aumento del pactismo, de los acuerdos y estipulaciones en el Derecho de familia…

De todo ello he hablado: el reconocimiento primero y después el gradual aumento de los negocios familiares es de toda evidencia. Como lo es –para evitar el desenfreno y poner orden en un campo

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

como el de la familia donde los pactos entre sus miembros aunque puedan tener finalidad patrimonial, no puede primar sin más el *"pacta sunt servanda"–.* He hablado –y ahora lo recuerdo por si acaso pudiera desdibujarse– del orden público familiar constitucional: su importancia he tratado de ponerla de manifiesto en este estudio, con apunte de supuestos de aplicación real a fin de resaltar que por de pronto a él hay que atenerse. Y además apunto por último que en sede de autonomía de la voluntad, en los negocios jurídicos familiares, sus efectos no solo dependen normalmente de la voluntad de quienes los celebran, y es que debido a lo resaltado como prioritario, es precisa la intervención de la autoridad (civil o religiosa en el matrimonio), la homologación judicial del convenio regulador, el otorgamiento de la escritura pública de las capitulaciones…y otros requisitos reveladores del innegable carácter institucional que, en mayor o menor medida, existe en el Derecho regulador de LA FAMILIA.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA EN LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL
(Comentario a la STS de 26 de octubre de 2012)

Juan-Faustino Domínguez Reyes
Doctor en Derecho

Resumen: La sentencia objeto de comentario disipa la doctrina que venía considerando cierta arbitrariedad en los juzgados de instancia a la hora de otorgar la guarda y custodia de una menor de parejas extramatrimoniales, o no llegaron a convivir juntos.

Palabras claves: Sentencia, patria potestad, guarda y custodia.

Abstract: The judgment under review dissipates the doctrine had been considering some arbitrary instances courts when granting custody of a minor of extramarital partners, or failed to live together.

Key words: Judgment, custody, guardianship and custody.

SUMARIO

I. DOCTRINA

II. ANTECEDENTES

III. COMENTARIO
1. Doctrina de la Sala
2. La patria potestad compartida
3. Determinación de la guarda y custodia

IV. CONCLUSIÓN

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. DOCTRINA

El domicilio de los hijos no puede dejarse a la voluntad de la madre custodia.

II. ANTECEDENTES

1.º Por la representación de don Cirilo se interpuso demanda solicitando medidas provisionales y definitivas de guarda y custodia de alimentos, frente a doña Magdalena, alegando, entre otros motivos, que dicha pareja no llegaron a convivir, pero de dicha relación nació la menor Claudia, que fue reconocida por ambos progenitores. Por motivos profesionales la madre y la menor se trasladan a la ciudad de Nueva York (con consentimiento paterno), otro traslado posterior, pero la menor permaneció en Valladolid con su padre. En un momento determinado don Cirilo considera que existe inestabilidad laboral en su expareja, situación que influye de forma negativa en la menor. Por lo que revoca el consentimiento para que su hija no pueda desplazarse con su madre, instando al Juzgado de Familia unas medidas que prohíban la salida del país sin previa autorización judicial, medida que fueron otorgadas mediante Auto de 20 de abril de 2010, confirmado por la sentencia de instancia, en donde señala entre otros extremos: "que si la madre residiese en Valladolid, se le atribuye la guarda y custodia, con un régimen de visitas ordinario para el padre y pensión de alimentos a su cargo. Sin embargo, si la madre residiese en Nueva York, se le atribuye la guarda y custodia al padre, estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre de un fin de semana completo al mes, así como la mitad de vacaciones de invierno y de verano, con obligación de abonar la pensión de alimentos".

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid dictó sentencia con fecha 20 de abril de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando parcialmente la demanda deducida por la representación procesal de don Cirilo contra doña Magdalena, acuerdo: mantener como definitivas las medidas acordadas en el procedimiento de Medidas Provisionales núm. 615/2009, mediante auto dictado en la misma fecha que la presente resolución sin hacer expresa imposición de costas".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.º Don Cirilo interpuso recurso de apelación, ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, que dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 2011, conteniendo el siguiente Fallo: Que estimando parcialmente el recuso de apelación interpuesto por doña Magdalena contra la sentencia dictada con fecha de 20 de abril de 2010, en el procedimiento de Juicio verbal sobre Atribución de Guarda y Custodia y Fijación de Alimentos que se ha seguido con el número 814/2009, ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valladolid, y desestimando a su vez el interpuesto contra la referida resolución por don Cirilo, debemos revocar y revocamos la misma en relación con los pronunciamientos siguientes:

a) La guarda y custodia de la menor Claudia se atribuye a su madre, doña Magdalena, siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija.

b) El régimen de visitas de don Cirilo con su hija para el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York, será el que ambos progenitores pactaron y se fijó en la resolución recurrida y que en los fundamentos de derecho de esta resolución se especifica. Asimismo, y mientas Claudia permanezca en Valladolid, podrá disfrutar de la compañía de su padre en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta la mañana del lunes en que será reintegrada al centro escolar por su padre, así como todos los miércoles desde la salida del colegio en que será recogida por su padre y reintegrada al centro el jueves por la mañana al inicio de las clases, e igualmente y, en todo caso, la mitad de vacaciones escolares, incluyendo ahora las de Semana Santa, eligiendo el periodo el padre los años pares y la madre los impares. Igualmente se mantendrá la decisión adoptada en la instancia para regular el contacto de Claudia con sus progenitores en los días de cumpleaños de cualquiera de ellos, de la propia Claudia y días del Padre y de la Madre.

c) La pensión alimenticia que debe abonar el Sr. Cirilo ascenderá a la cantidad de 750 euros mensuales anualmente actualizada con arreglo al IPC y, además satisfará el progenitor no custodio el 50 % de los gastos extraordinarios de carácter médico-sanitario, no cubiertos por seguro, y educacionales que genere la menor, debiendo

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

adoptarse en todo caso las prevenciones a que se refiere respecto al ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores el auto de medidas provisionales ratificado en la resolución recurrida. Además debe atribuirse al Sr. Cirilo, en su caso, la obligación de atender en exclusiva y hasta la financiación del presente curso, la totalidad de gastos de matricula generados por su hija Claudia en el Colegio Internacional de Valladolid.

Se mantiene el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida, sin que se haga especial pronunciamiento de condena en las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

3.º Contra la sentencia de apelación se preparó recurso de casación al amparo del art. 477-2.º de la LEC invocando dos motivos: uno, el régimen de visitas (art. 94 del CC); otro, sobre la cuestión de si la madre puede unilateralmente fijar el domicilio de la menor o es necesario el consenso con el padre (arts. 154 y 156 del CC).

III. COMENTARIO

A) La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo analiza el recurso a partir del segundo motivo señalando: "porque lo que se resuelve sobre la fijación de la residencia de la menor, como derecho deber ínsito en la patria potestad o derivado de la guardia y custodia, será determinante para decidir si el régimen de visita fijado en la sentencia es el adecuado" (1).

El Alto Tribunal en su Fundamento Jurídico segundo destacó que: "la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro" (art. 156 del CC) lo que supone, como dice la sentencia objeto de comentario: "la regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todos o algunos de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores". Añadiendo más adelante: "la ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa en la patria potestad, entre otras la

(1) Díaz Martínez (2012: 3), comparte el criterio de que la elección del lugar de residencia forma parte del contenido de la patria potestad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente, por lo general, con el de quien ostenta la guarda y custodia". Sin duda, añade la sentencia del Tribunal Supremo: "hubo desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hija, y se acudió también a la autoridad judicial. Sin embargo, la solución adoptada deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al extranjero vinculado a la guarda y custodia de la madre, que tampoco ha sido definido no en cuanto al tiempo de permanencia, ni en razón a las circunstancias concurrente".

No obstante, un sector de la doctrina (2) entiende que el art. 156, párrafo 5.º del CC no es de aplicación a los supuestos de padres separados, sino a los padres con hijos extramatrimoniales o parejas que no conviven y tienen un hijo en común del que quieren ejercer la patria potestad. En este sentido el mencionado art. 156-5.º dispone: "Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio". De este modo la regla general es que, el art. 154 y ss. del CC, establece la titularidad y el ejercicio de la guarda y custodia corresponde indistintamente a ambos progenitores. Pero no siempre esta dualidad ha sido pacífica. Así, mientras el art. 156-5.º del CC se aplica a los supuestos de separación de hecho o uniones libre; las normas del art. 92 y ss. se aplican a los supuestos de nulidad, separación y divorcio (*vid.* Castilla Barea 2011: 397). Pero, como afirma Yzquierdo Toslada (2011: 83-84), el art. 156-5.º supone unas medidas especiales sobre guarda y custodia que, durante algún tiempo fue objeto de discrecionalidad de los juzgados de instancia.

(2) Yzquierdo Tolsada (2011: 80), Castilla Barea (2011: 396-397), Ballesteros de los Ríos (2000: 296), Serrano Alonso (2000: 443).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ciertamente la STS de 22-5-1998 (RJ\1998\3358), que versó sobre la solicitud de guarda y custodia, en donde la actora convivió maritalmente durante ocho años. El recurso de casación fue promovido por el otro progenitor invocando los arts. 154 y 159 del CC, en relación con el 14 y 39 de la CE, en donde el recurrente alegó, entre otros cuestiones, "preferencia de la madre sobre el padre para el ejercicio de la guarda y custodia", entendiendo la Sala que "el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad". La STS de 9-6-2003 (RJ\2003\5137), que trae causa sobre la atribución de guarda y custodia de un menor a sus progenitores (pareja de hecho), en donde la Sala estimó: "El art. 92 del CC sin expresión del párrafo pertinente, es norma que habilita al juez para, en función de la situación de atribución de la guarda y cuidado al progenitor cumplir con el deber propio de la patria potestad respecto de los hijos, arbitrio judicial no revisable en casación, salvo que aparezca manifiestamente carente de fundamento, o se muestre como absurdo e ilógico".

La jurisprudencia expuesta confirma la discrecionalidad más arriba indicada. Pero, las SSTS de 26-10-2012 (objeto de este comentario) y la de 7-6-2013 (ROJ 2926/2013), esta última versa sobre un matrimonio con dos hijos menores, en donde la esposa solicita el divorcio, además de la guarda y custodia siendo la pauta de referencia el interés de los menores: "Esta Sala ha venido repitiendo que «la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse [...] si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre», tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS 27 de abril 2012). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. El Juez ha valorado la prueba que consta en los autos y ha considerado que lo más adecuado para los hijos, sin perjuicio de un cambio de circunstancias, era dejarlos bajo el cuidado de la madre, como ya lo venía haciendo desde el año 2009, sin que tal valoración sea contradictoria o incongruente al señalar, de un lado, que «las rela-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ciones entre los cónyuges no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia», y admitir, de otro, que la incomunicación existente entre ambos son un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad y coordinación que exige el sistema de guarda y custodia […] que directamente influirían de forma perniciosa en el desarrollo integral de los menores".

Como consecuencia, creemos que, en efecto, queda disipada la referida discrecionalidad al establecer estas últimas resoluciones que la patria potestad, como la guarda y custodia no son revisables en casación, salvo que manifiestamente carezca de fundamento, siendo el Juez el que debe conforme a las pruebas aportadas designar cuando corresponde a ambos progenitores o a uno de ellos la patria potestad.

B) La regulación de la patria potestad (arts. 154-171 del CC) se basa en que a través de dicha figura se benefician a los hijos y se logra un mejor desarrollo de su personalidad (*vid.* Díez Picazo y Gullón 1992: 284), que originariamente se basaba en el poder del *paterfamilias* (poder absoluto con la intención de mantener cohesionado al grupo). Posteriormente, en el Derecho moderno la patria potestad se transforma en una función social o conjunto de poderes encaminados al cumplimiento de los deberes y obligaciones que la Ley impone a los progenitores, que, como señalan Díez-Picazo y Gullón (1992: 285), no se trata de derechos subjetivos, sino de derechos instrumentales en beneficio de otros, por ello la patria potestad es de orden público, lo que supone intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.

El Derecho de familia se ha venido forjando después de publicada la Constitución, concretamente a través de los arts. 10, 14, 32 y 39, siendo los preceptos en que se inspiró la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Ley que, por otro lado, dio nueva redacción a los arts. 154 a 171, ambos del CC, concretamente, el art. 156 dispone: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro". Precepto que, como señala Bercovitz Rodríguez-Cano (1984: 1060), su precedente, el art. 154, atribuía la patria potestad al padre y, solo en su defecto, a la madre, ahora se atribuye conjuntamente salvo que se consienta de forma

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

expresa o tácita. Por otro lado, el art. 159 del CC establece: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años". Precepto que junto con los arts. 90 y 92-2.º del CC se limitan a fijar el "cuidado" de los hijos en los casos de desacuerdo entre los cónyuges (*vid.* Bercovitz Rodríguez-Cano 1984: 1073). En cambio la expresión "guarda y custodia" se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, arts. 748-4.º, 769-3.º y 770-6.º, relativo a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Nuestro Primer Cuerpo legal, por el contrario, asume la expresión "guarda y custodia" por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (3), en donde el art. 92, párrafo 5.º quedó redactado de la siguiente manera: "Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos". El art. 92, párrafo 8.º, dispone que: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". Ambos preceptos se rigen por los principios de igualdad entre los padres, corresponsabilidad familiar, y derecho de los hijos a continuar el contacto directo y regular de sus progenitores después de la ruptura matrimonial o de la pareja (*vid.* Viñas Maestre 2012: 7-12, Porcel González 2011: 26, González-Espada 2011: 38).

C) Por tanto, podemos señalar que, en efecto, la patria potestad queda compartida entre los progenitores o por uno con consenti-

(3) BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

miento expreso o tácito del otro, teniéndose que determinar la modalidad de atribución de guarda y custodia de los hijos menores de edad (*vid.* Alascio Carrasco 2011: 8).

Nuestro sistema ha aptado por los modelos de guarda y custodia siguientes: a) la unilateral, individual o exclusivo; b) la guarda y custodia compartida, alternativa o sucesiva (*vid.* Castilla Barea 2011: 417) (4); a) la guarda y custodia unilateral se puede definir como "aquella en que la convivencia se atribuye a uno solo de los progenitores, mientras que el otro tiene un derecho de visita". Esta modalidad se alude en los arts. 103, regla 1.ª, 90-1.º y 96-1.º del CC, por lo que la hace mayoritariamente aceptada por la doctrina, pero no de forma unánime, pues depende de que, en el convenio regulador, las partes opten por este modelo; b) la guarda y custodia compartida o sucesiva: "es aquella en que los períodos de tiempo estipulados se distribuyen entre ambos progenitores", es decir, se distribuyen de forma alternativa o de relevo la convivencia de los hijos (*vid.* Castilla Barea 2011: 420-421). La diferencia entre ambos consiste en que la custodia individual es el custodio el que habitualmente convive con los menores, mientras que la guarda alternativa se asigna la custodia por periodos iguales.

La nueva redacción del art. 92-5.º del CC utiliza expresiones como: "ejercicio compartido"; "guarda conjunta" o "guarda establecida", aunque perfilando la terminología empleada, Porcel González (2011: 25), añade que se puede hablar de "guarda compartida cuando son los padres quienes lo solicitan por medio de convenio o lo acuerda a lo largo del proceso".

La Ley 15/2005, no define la guarda y custodia, sino como señala Castilla Barea (2011: 427) se deja la custodia unilateral como modelo para organizar el cuidado de los hijos menores en manos de los padres los aspectos de su contenido y funcionamiento.

Por el contrario, el modelo que permite la custodia compartida es cada vez mayor, siendo frecuente, señala Castilla Barea (2011: 431), la solicitud de la madre de la custodia individual y el padre la compartida para ambos. Este último se otorga "excepcionalmente" como dispone el art. 92, párrafo 8. º del CC, que en opinión de

(4) Porcel González (2011: 11), señala que existen tres modalidades de guarda y custodia: la exclusiva o unilateral; partida o distributiva y compartida o alternativa.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Fernández Martínez (2013: 1), opera cuando no existe acuerdo entre los progenitores, siendo el juez el que acuerde "fundamentando en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". Además de tres requisitos básicos: a) a instancia de uno de las partes, esto supone que el art. 92-8.º deja claro que cuando no concurre los requisitos del art. 92-5.º (solicitud de los padres mediante convenio regulador) cabe promover la guarda y custodia a instancia de uno de los padres; b) informe del Ministerio Fiscal, este interviene en cumplimiento de su deber institucional, y su parecer puede ser: "darse por enterado", "oponerse a la compartida" o "apoyar la petición de compartida", de este modo la decisión del juez no queda condicionada, sino lo que acuerde en interés del menor (*vid.* STC 185/2012, de 17 de octubre [RTC 2012\185]) (5); c) interés superior del menor, en cuanto a esta expresión estamos; por un lado, ante un Principio General de Derecho, que se plasma a través de una cláusula general cuya máxima consiste en que el menor tenga el máximo de contacto con sus padres; por otro lado, supone un concepto general y abstracto que solo puede concretarse en el momento de su aplicación (*vid.* Torres Perea 2011: 8-14).

Corrobora la expuesto la STS de 29-4-2013 (RJ\2013), cuando dice: "El art. 92 del CC, establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5.º, que la atribuye cuando se da la petición por ambos progenitores. La segunda, se contiene en el párrafo 8.º, de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a interés de una de las partes", con los demás requisitos exigidos […] En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo 5.º, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo 8.º, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecer este sistema de guarda".

(5) Pérez Conesa (2012: 1), señala que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, promovió la cuestión de inconstitucionalidad del art. 92-8.º del CC, por posible contradicción con los arts. 117-3.º, 24, 14 y 39 de la CE. Dictando sentencia el TC el 17-10-2012, quedando el informe del Ministerio Fiscal como preceptivo y favorable.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

4. CONCLUSIÓN

La sentencia de Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012, que casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Primera) de 28 de febrero de 2011, para que se dicte otra en su lugar en la que se pondere la necesidad y proporcionalidad del traslado de una menor a Nueva York con su madre, además de fijar un régimen de visita equitativo y estable que garantice los derechos de su padre.

Guarda y cuidado de una menor de pareja extramatrimonial que no llegaron a convivir y, conforme a lo dispuesto en el art. 156 del CC, la Sala de Tribunal Supremo estimó que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer conjuntamente, y cuando existe desacuerdo, será el Juez, quien determinará cuál de los progenitores debe ejercer dichas facultades, salvo que, de común acuerdo, y mediante convenio decidan lo contrario. Línea jurisprudencial que estimamos disipa la arbitrariedad apreciada por la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, Manuel (1991): *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia,* tomo 4.º, 6.ª edición, Barcelona: José María Bosch (Editor).

Alascio Carrasco, Laura (2011): "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010", www.indret.com

Ballesteros de los Ríos, María (2006): *Comentarios al Código Civil,* coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª edición, Pamplona: Thomson Aranzadi.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1984): *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia,* dirigidos por Manuel Amorós Guardiola *et al,* vol. 2.º, Madrid: Editorial Tecnos.

Castilla Barea, Margarita (2011): "Dispersiones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)" *Tratado de Derecho de la Familia,* dirigido por Mariano Yzquierdo Toslada y Matilde Cuena Casas, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters.

Díaz Martínez, Ana (2013): "Comentarios al Código Civil", dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, tomo 1.º, Valencia: Tirant lo Blanch.

Díez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio (1992): *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones,* vol. 4.º, Madrid: Editorial Tecnos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Fernández Martínez, Juan Manuel (2013): "La guarda y custodia compartida", BIB 2013/1426.

González-Espada Ramírez, Silvana (2013): "La guarda y custodia compartida", www.lexfamilia.es/img.

Yzquierdo Tolsada, Mariano (2011): "La patria potestad"*, Tratado de Derecho de la Familia,* dirigido por Mariano Yzquierdo Toslada y Matilde Cuena Casas, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters.

Pérez Conesa, Carmen (2012): "Inconstitucionalidad del inciso «favorable»del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge (STS 17 de octubre de 2012)", BIB 2012\3457.

Porcel González, Isabel (2011): "La guarda y custodia compartida de los hijos. Comentarios a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio", www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/172.

Serrano Alonso, Eduardo (2000): *Comentario del Código Civil,* coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 2.º, Barcelona: Editorial Bosch.

Sancho Rubullida, Francisco de Asís (1989): *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia,* dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo *et al*, 3.ª edición, vol. 2.º, Barcelona: José María Bosch (Editor).

Torres Perea, José Manuel (2011): "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", www.indret.com.

Viñas Maestre, Dolores (2012): "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda". www.indret.com.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

MEDIDAS DE REACCIÓN FRENTE A LA CALIFICACIÓN DESFAVORABLE DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Rodrigo Tena Arregui
Notario

1. INTRODUCCIÓN

La atribución de medidas de reacción frente a la calificación desfavorable tiene como fundamento constitucional, tanto la exigencia de actuación de la Administración Pública con arreglo a los principios de eficacia, jerarquía y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103 de la CE) –lo que exige reconocer la posibilidad de revisión en vía administrativa de sus propios actos–, como la exigencia de sometimiento de la Administración a un control por parte de la jurisdicción ordinaria (art. 106 de la CE), como, en definitiva, la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la CE).

En consecuencia, frente a una calificación realizada por el registrador por la que se deniegue o suspenda total o parcialmente la práctica del asiento solicitado, el interesado dispone de las siguientes medidas de reacción en defensa de su derecho (art. 66 y 322 y ss. de la LH):

1. Instar una calificación sustitutoria por otro registrador.
2. Interponer un recurso en vía administrativa ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.
3. Interponer un recurso ante el Juzgado de Primera Instancia competente.

Todas tienen en común idéntico objeto: revisar la conformidad a Derecho de la calificación registral. El interesado tiene libertad para acudir indistintamente a cualquiera de ellas. No obstante, depen-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

diendo de cuál escoja en primer lugar puede o no tener cerradas las otras posibilidades de reacción. Si la calificación sustitutoria es negativa, todavía puede acudir indistintamente a las dos restantes. Si la resolución de la Dirección General es desestimatoria, todavía puede acudir a la vía judicial, pero por la vía de recurrir la resolución de la Dirección y no ya la calificación. Pero si acude directamente a la vía judicial y la sentencia firme es desestimatoria, lógicamente quedan cerradas las otras dos.

Lo natural, en consecuencia, sería reaccionar por el orden indicado: solicitar primero la calificación sustitutoria, luego recurrir ante la Dirección General y, por último, interponer el recurso judicial frente a esa resolución. No obstante, aunque acudir a la calificación sustitutoria siempre es aconsejable debido a la brevedad de los plazos, no ocurre lo mismo con el recurso ante la Dirección General. Los frecuentes cambios de criterio, el silencio negativo sumado a la exoneración del deber de resolver transcurrido el plazo previsto para ello, y la posibilidad de que, aún en el caso de obtener una resolución favorable, el registrador pueda recurrir en algún supuesto ante los tribunales la resolución de su superior jerárquico, disuaden de acudir a una instancia que se observa en ocasiones como un mero trámite dilatorio. Sin embargo, como se explica más adelante, el fortalecimiento del recurso en vía administrativa es una exigencia imprescindible para evitar indefensiones y mejorar el nivel de seguridad que proporciona el sistema.

El art. 324 de la LH señala que cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano.

Han regulado la materia los Estatutos de Autonomía de Cataluña, Galicia, Baleares, País Vasco, Aragón, Navarra y Extremadura. Pese al uso, en algunos casos, de expresiones muy genéricas, debe entenderse que esta competencia queda limitada a las controversias suscitadas por aplicación del Derecho civil especial (por oposición al común) de cada Comunidad. La Ley catalana 4/2005 encomendó a un órgano de la Generalitat (la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas), la primera instancia gubernativa, competente incluso en los casos de recurso mixto por infracción de normas comu-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

nes y especiales. La regulación actual deriva de la Ley 5/2009, que impone ese recurso gubernativo no como potestativo, sino como obligatorio para acudir a la vía judicial.

2. LA CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA

Esta materia viene regulada por el art. 19 bis de la Ley Hipotecaria (introducido por la Ley 24/2001) y por el RD 1039/2003. El interesado dispone de un plazo de 15 días a contar desde la notificación de la calificación negativa para instar esa calificación sustitutoria, mediante la aportación al registrador sustituto del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria, así como –si lo considera conveniente– de un escrito indicando los motivos por los que discrepa de la calificación. Los registradores deberán hacer constar en sus notas de calificación el derecho a la aplicación del cuadro de sustituciones y, cuando se inste su aplicación, el registro ante cuyo titular puede ejercerse. En cualquier caso, el Colegio de Registradores deberá facilitar a los interesados el cuadro de sustituciones que les resulte de aplicación con indicación del registrador sustituto que corresponda.

El registrador sustituto deberá calificar en el plazo máximo de 10 días a contar desde la fecha de la aportación completa de la documentación correspondiente. Dicha documentación deberá ser solicitada por el sustituto al sustituido el mismo día de la recepción de la solicitud de nueva calificación, o el día hábil siguiente, y deberá ser suministrada por éste en idéntico plazo.

Si la calificación del sustituto fuera positiva (total o parcialmente) ordenará al registrador sustituido que extienda el asiento solicitado, remitiéndole el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse aquél, junto con el testimonio íntegro del título y documentación complementaria. Si calificara negativamente el título, devolverá éste al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la DGRN, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta medida de reacción, la Dirección General (en resoluciones de 6-10-2004, 29-4-2006 y 25-9-2009) ha señalado que no se trata propiamente de un recurso de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

clase alguna, sino de una suerte de reposición previa que provoca una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro. Su objeto se circunscribe a los defectos apreciados por el registrador sustituido sin que pueda apreciar defectos distintos (resoluciones de 29 de febrero y 13 de marzo de 2008 y de 12 de marzo de 2009). En consecuencia, conlleva como efecto la suspensión de los plazos propios para interponer el recurso ante la Dirección General. Esa misma naturaleza explica que no sea necesario entrar a desarrollar en la solicitud de calificación sustitutoria las causas de oposición a los fundamentos de derecho de la nota de calificación, bastando con expresar genéricamente el desacuerdo con dicha nota.

Por lo que se refiere al fundamento de este remedio, tanto la Dirección General, en las resoluciones citadas, como la Exposición de Motivos del RD 1039/2003, alegan como último objetivo el agilizar el despacho de los títulos sujetos a inscripción. Se señala que, por razones diversas, la vía del recurso ante la Dirección General se ha demostrado en los últimos tiempos menos eficaz de lo que demandan las actuales necesidades del tráfico jurídico. Se indica, por último, que la exclusividad territorial del registrador y la independencia que proporciona pueden generar efectos colaterales no deseables, que se concretan ocasionalmente en un exceso de rigor. Este fundamento explica el porqué acudir a la calificación sustitutoria puede ser eficaz para salir al paso de calificaciones manifiestamente erróneas o excesivas. No obstante, aun cuando se ha previsto que el cuadro de sustituciones tenga carácter rotatorio y no recíproco para evitar ciertos incentivos perversos, tiene también sus naturales límites, especialmente cuando se trata de combatir defectos basados en posturas doctrinales compartidas por gran parte de los registradores. No hay que olvidar que la exclusividad territorial citada en la Exposición de Motivos y la visión del tráfico que ella implica afecta al cuerpo registral como un todo.

3. EL RECURSO ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

Esta materia viene regulada en los artículos 322 y ss. de la Ley Hipotecaria, que diseña un procedimiento que se puede calificar de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

propiamente administrativo (resolución de la DGRN de 13 de noviembre de 2006) no sólo por las remisiones a la Ley 30/1992, sino por la configuración de los trámites a seguir, incluida la determinación del silencio como negativo, cuya concurrencia deja expedita la vía jurisdiccional.

El plazo para la interposición del recurso es el de un mes a contar desde la fecha de la notificación de la calificación. En el caso de haberse solicitado calificación sustitutoria el plazo comenzará desde la notificación de la segunda calificación, aunque se recurra contra la primera en cuanto haya sido confirmada por la ulterior. Para el cómputo de todos los plazos hay que acudir al art. 48 de la Ley 30/1992.

Están legitimados para interponerlo la persona a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción y quien tenga interés en asegurar los efectos de ésta, como transferente o por otro concepto. También están legitimados el notario autorizante o aquél en cuya sustitución se autorice el título y la autoridad judicial o funcionario de quien provenga el título presentado. Se faculta asimismo al Ministerio Fiscal cuando la calificación se refiera a documentos judiciales expedidos en el seno de los procesos en los que deba ser parte con arreglo a las leyes.

En cualquier caso, la ley aclara expresamente (art. 325 de la LH) que la subsanación de los defectos indicados en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso. No hay que olvidar que la celeridad del tráfico exige en muchas ocasiones a los interesados inscribir su título de inmediato, sin poder esperar el tiempo normalmente dilatado previsto para la resolución del recurso. Por ese motivo, si no se permitiese recurrir el defecto, pese a la subsanación, se generaría indefensión e imposibilidad de control de la arbitrariedad y, por eso mismo, incentivos para endurecer la calificación en ese tipo de supuestos.

El escrito conteniendo el recurso debe presentarse en el registro que calificó para la Dirección General de los Registros y del Notariado, junto con el título objeto de la calificación –en original o por testimonio– y una copia de la calificación efectuada. Es posible también presentarlo en los registros y oficinas previstos en el art. 38.4 de la Ley 30/1992 (en los registros de cualquier órgano administrativo, en las oficinas de Correos y en las representaciones diplomáticas u oficinas consulares en el extranjero) o en cualquier Registro de la Propiedad para su remisión al registrador correspondiente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Si recibido el recurso el registrador no rectifica su calificación, formará expediente al que, además de los documentos citados, añadirá su informe y, en su caso, las alegaciones del notario, autoridad judicial o funcionario no recurrente, y lo remitirá a la Dirección General.

El informe del registrador no puede basarse en defectos no incluidos en la calificación, pues de lo contrario se produciría una clara indefensión para el interesado (resoluciones de 24-3-2004 y 13-12-2010). Más discutido es si puede contener argumentos jurídicos y de qué tipo. En numerosas resoluciones (15 de septiembre de 2004, 10 de enero de 2005, 19 de abril de 2006, 12 de mayo de 2007 y 11 de febrero de 2008, entre otras) la DGRN sostuvo que ese informe debía circunscribirse a cuestiones de mero trámite sin incluir argumento alguno, pues el momento procedimental adecuado para ello es únicamente el de la calificación. No obstante, este criterio fue revocado por algunas sentencias recaídas en los recursos interpuestos contra esas resoluciones, matizando que en el informe el registrador puede ampliar los argumentos de la nota de calificación, eso sí, siempre que se refiera a razones que ya fueron motivadas, aunque fuese de manera sucinta, en la nota, pues de lo contrario se produciría de nuevo indefensión en el recurrente que no puede combatir adecuadamente en su recurso los defectos alegados en la calificación (SAP de Madrid de 20 de febrero de 2009).

La Dirección General deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses computados desde que el recurso tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Su objeto debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación (art. 326, 1 LH), limitándose a comprobar si concurren o no los defectos apreciados por el registrador. La resolución puede ser estimatoria o desestimatoria. En caso de silencio el recurso se entiende desestimado. Procedemos a estudiar por separado cada una de estas posibilidades.

a) Si la resolución es estimatoria, el registrador practicará la inscripción en los términos que resulten de la resolución. El art. 327 de la LH señala que publicada en el Boletín Oficial del Estado la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los registradores mientras no se anule por los

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Tribunales. Es decir, la resolución no sólo es obligatoria para el titular del registro en ese caso concreto, sino que también le obliga en sus términos, a él y al resto de registradores, para el futuro (resoluciones de la DGRN de 21-5-2005, 5-5-2005, 13-11-2006 y 14-11-2007, entre otras, cuyo criterio al respecto ha sido confirmado por la STS de 20-12-2011 que se comenta más adelante). Ese carácter vinculante debe entenderse en el sentido de que no cabría denegar la inscripción de otro título en base a los mismos defectos que una resolución ha declarado improcedentes. Con ello se pretende unificar criterios y dotar al sistema de un mínimo de predictibilidad y de seguridad jurídica, en muchas ocasiones traicionadas por la propia Dirección General a través de sus cambios de criterio.

El art. 127 del RH, que permitía que presentado de nuevo el título tras la resolución estimatoria el registrador pudiese alegar defectos no comprendidos en la calificación revocada, no obstante poder incurrir en responsabilidad disciplinaria por ese motivo, fue anulado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de mayo de 2000, por considerar que tal posibilidad causa indefensión al interesado al privarle de la mínima seguridad jurídica, lo que quebranta los principios más elementales del procedimiento administrativo y de los procesos judiciales recogidos en la Ley 30/1992 y en la LOPJ. De esta sentencia se deduce el deber inexcusable que compete a los registradores de incluir en la nota de calificación todos y cada uno de los motivos por los que no procede la práctica del asiento solicitado.

El art. 328 de la LH señala que carece de legitimación para recurrir la resolución de la Dirección General, entre otros, el registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada, que únicamente podrá recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sea titular. Dicha expresión debe entenderse en el sentido de que el registrador cuya calificación ha sido revocada únicamente estará legitimado para recurrir la resolución estimatoria en el caso de que esa revocación pueda generarle una concreta responsabilidad civil o disciplinaria, que deberá acreditar en la demanda.

El TS, en su sentencia del Pleno de 20-12-2011, ha declarado que el interés que permitiría al registrador recurrir la resolución de la Dirección General es excepcional y no se identifica con el que resulta de la defensa de la legalidad o disconformidad con la decisión del superior jerárquico respecto de actos o disposiciones cuya

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

protección se le encomienda, ni con un interés particular que le impediría calificar el título por incompatibilidad, según el artículo 102 del RH, sino con aspectos que deberán concretarse en la demanda normalmente vinculados a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral si la nota de calificación hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la DGRN. Alega asimismo que esta interpretación se confirma desde el momento en que, de un lado, se fija como regla la imposibilidad de que el registrador pueda recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación, y, de otro, la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la DGRN cuando resuelve recursos frente a la calificación, lo cual supone mantener aquellos otros aspectos que no tienen que ver con la defensa objetiva o abstracta de la legalidad sino, con el anuncio o amenaza de responsabilidad disciplinaria

No obstante la interposición del recurso por un interesado (o por el registrador en el caso excepcional de que estuviese legitimado para ello) la resolución estimatoria es inmediatamente ejecutiva, por lo que debe a proceder a practicar la correspondiente inscripción. La Dirección General ha señalado (resoluciones de 13-11-2006 y de 27-8-2009) que por la interposición del recurso no cabe suspender la ejecutividad de las resoluciones, ya que tal posibilidad desapareció en virtud de la derogación expresa contenida en la disposición derogatoria única de la Ley 24/2005. La suspensión automática no está admitido en nuestro sistema administrativo requiriéndose siempre solicitar y obtener la suspensión de la resolución que se recurre.

Dada la legitimación restringida del registrador para recurrir (limitada a evitar una responsabilidad disciplinaria) parece lógico que esa suspensión sólo pueda ser solicitada por un tercero interesado que pudiera resultar perjudicado por la misma. Para este caso la LH prevé que el Juez que conozca del recurso interpuesto pueda exigir al recurrente la prestación de caución o fianza para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya sido calificado negativamente. En el caso de que, recurrida la resolución por el registrador, su recurso fuese estimado por los tribunales, quedará salvada la legitimidad de su calificación a efectos de desactivar la exigencia de responsabilidad disciplinaria, pero la inscripción practicada en virtud de la ejecutividad mantiene, lógicamente, todos sus

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

efectos. En el caso de que haya sido recurrida por un tercero que no haya solicitado o al que no se le haya sido concedida la suspensión y los tribunales, al estimar el recurso ordenasen la correspondiente cancelación, ésta tiene necesariamente como límite el no perjuicio a los terceros inscritos.

b) Transcurrido el plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recurso quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diera lugar. Se consagra de esta manera en esta sede el principio del silencio negativo. En una polémica sentencia de 3 de enero de 2011 (posteriormente reiterada en las de 18 de mayo, 31 de mayo y 1 de julio del mismo año) la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entendió que después de consumado el plazo de tres meses la Dirección General carece de competencia para resolver, siendo nulas las resoluciones extemporáneas.

Con esta interpretación el TS se aparta de los principios que rigen el procedimiento administrativo, en el que el silencio negativo no es más que una ficción legal que responde únicamente a la finalidad de que el administrado pueda llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración (STC 27/2007) y que no impide, es más, obliga, a que la Administración se pronuncie transcurrido el plazo. Sin embargo, en estas sentencias el TS considera el silencio negativo como un auténtico acto administrativo que determina la nulidad de la resolución extemporánea por no sujetarse a los procedimientos de revisión de actos anteriores establecidos en la ley. Esta interpretación se justifica por la materia sobre la que versa el procedimiento registral y por la necesidad de "protección de los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo". Sin embargo, esta postura ha sido fuertemente contestada por la doctrina en base a los siguientes argumentos: elimina la obligación constitucional impuesta a la Administración de resolver de manera motivada; el incumplimiento del plazo para resolver no está previsto como causa legal de nulidad radical; las supuestas especialidades del procedimiento registral regulado en la LH respecto del general en realidad no son tales; no se advierte una clara conexión entre el perjuicio a los derechos de terceros y las resoluciones extempo-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ráneas; desconoce que en muchos sectores propiamente administrativos también concurren intereses de terceros dignos de protección; no se justifica privilegiar unos hipotéticos e indeterminados derechos de terceros frente al interés actual y real del que insta la inscripción; aun aceptando este argumento del perjuicio a tercero no se entiende no admitir la eficacia de la resolución extemporánea mientras está vigente el asiento de presentación (un año y un días desde la interposición del recurso), sin perjuicio de que es perfectamente posible permitir una resolución extemporánea estimatoria que deba respetar la prioridad ganada en el ínterin por otro título; y, por último, entender el silencio como acto administrativo restringe los derechos de los que, teniendo legitimación para interponer directamente un recurso judicial, carecen de legitimación para recurrir las resoluciones de la DG.

En cuanto al recurso judicial contra la desestimación presunta, el art. 328 de la LH parece unificar bajo un mismo régimen este caso y el de la resolución desestimatoria expresa, que se estudia en el apartado siguiente. Sin embargo, no parece justificable que la restricción impuesta a notarios y registradores en su legitimación para recurrir las resoluciones expresas de su superior jerárquico se extienda también a las presuntas en el caso del notario, aunque esta solución parece inevitable a la vista de la sentencia del TS anteriormente comentada.

c) Si la resolución es desestimatoria, confirmando la calificación en todo o en parte, el interesado en la inscripción puede subsanar los defectos confirmados en los concretos términos acordados en la resolución, que vinculan al registrador, o recurrir esa desestimación.

Conforme al citado art. 328 de la LH, el notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo sólo podrá recurrir la resolución de la DGRN cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sea titular. Pese a que el tenor literal utilizado es el mismo que para el caso del registrador, hay que entender que, al margen de la legitimación derivada de una posible responsabilidad civil o disciplinaria por la autorización de un documento no inscribible, el notario que (cumpliendo el mandato del art. 22 de la LH) subsana los defectos alegados en la calificación a requerimiento del interesado y a su costa, ostenta un interés evidente en obtener una resolución judicial que revoque dicha calificación, por muy confirmada que haya sido

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por la Administración, por lo que hay que admitir su legitimación en estos casos (STS de 22 de mayo de 2000).

La mayor amplitud de su legitimación deriva, en definitiva, de la distinta posición que el notario y el registrador ostentan en el tráfico jurídico. Sin perjuicio del deber de control de legalidad derivada de su condición de funcionario público, el notario actúa en régimen de libre competencia en el mercado, por lo que la corrección de su actuación profesional constituye un valor mensurable en términos económicos que siempre está interesado en preservar, y ello con independencia de las consecuencias derivadas de la aplicación del art. 22 de la LH.

d) El recurso contra la resolución de la Dirección General, estimatoria o desestimatoria, expresa o por silencio, debe interponerse ante los órganos del orden jurisdiccional civil, concretamente ante los Juzgados de Primera Instancia, siendo de aplicación las normas del juicio verbal. A pesar de la naturaleza administrativa del recurso ante la DGRN, la LH opta por la jurisdicción civil a la hora de resolver los recursos contra sus decisiones, como consecuencia de la materia sustantiva sobre la que versan las resoluciones que revisan la calificación registral.

No obstante, si la resolución se va a impugnar única y exclusivamente en base a defectos adjetivos por infracción de la legislación administrativa aplicable, se podría justificar la competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa en base al art. 1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

La demanda deberá interponerse dentro del plazo de dos meses, contados desde la notificación de la resolución dictada por la Dirección General, o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de cinco meses y un día desde la fecha de interposición del recurso.

Al margen de las restricciones a la legitimación del registrador calificador y del notario autorizante, anteriormente examinadas, carecen de legitimación para recurrir el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales. Fuera de estos casos podría recurrir la resolución de la Dirección General cualquier legitimado para interponer el recurso gubernativo, aun en el caso de no haberlo hecho efectivamente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En el procedimiento judicial (que se estudia con más detalle en el epígrafe siguiente pues, con algunas matizaciones, la tramitación es idéntica se recurra directamente la calificación o la resolución de la DGRN) la Administración del Estado estará representada y defendida por el Abogado del Estado. No obstante, cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal.

El tratamiento del silencio negativo como acto administrativo conlleva la paradoja de que la abogacía del Estado se ve obligada en no pocas ocasiones a defender a la Administración de manera contradictoria, cuando sobre casos idénticos ha habido una resolución expresa estimatoria y un silencio desestimatorio. En este último caso la defensa del Estado emplea ante los tribunales argumentos contrarios a los sentados por la Administración en sus resoluciones expresas o a los que ella misma ha utilizado al defenderlas en los recursos interpuestos contra aquellas. La paradoja es todavía mayor cuando el recurrente es el funcionario competente de la correspondiente Administración de quién provenga el título presentado, pese a intentar resolverse con la intervención como demandado del Ministerio Fiscal.

Por último, por lo que se refiere a la conservación de la prioridad registral durante la tramitación del recurso, hay que distinguir distintos supuestos. Según el art. 323 de la LH, si la calificación es negativa se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación. Vigente el asiento de presentación, el interesado o el Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiere expedido, podrán solicitar dentro de ese plazo que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria, que caducará a su vez a los sesenta días desde su fecha (art. 96 LH), plazo que se podrá prorrogar hasta ciento ochenta días por justa causa y en virtud de providencia judicial. En cualquier caso, interpuesto el recurso, se entenderá prorrogado el asiento de presentación hasta los dos meses después de publicada la resolución estimatoria o desestimatoria en el BOE (en el supuesto de sentencia no se prevé plazo alguno, pero lo lógico sería aplicarlo por analogía). En caso de desestimación presunta por silencio administrativo, la prórroga del asiento de presentación vencerá cuando haya transcurrido un año, y un día hábil, desde la fecha de la interposición del recurso gubernativo con

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el actual siempre que no se haya interpuesto el recurso judicial en el plazo legalmente previsto (que al ser ahora más corto provoca que, pese a que este recurso ya no pueda interponerse, se mantenga la vigencia del asiento durante un periodo de tiempo muy prolongado). Interpuesto este último, el asiento de presentación mantiene su vigencia hasta la resolución definitiva del recurso.

La doctrina se ha planteado el problema de cómo evitar que el registrador cancele el asiento de presentación una vez transcurridos los pertinentes plazos por desconocimiento de la interposición del recurso judicial. En los recursos contra las resoluciones de la DGRN, en la que ésta figura como demandada, lo lógico sería que la propia Dirección lo comunique al registro correspondiente, tal como prevé el art. 4 de la Ley catalana 5/2009. En el recurso directo el problema se simplifica si se entiende, como más adelante justificamos, que la demanda debe interponerse contra el registrador.

4. EL RECURSO JUDICIAL

El llamado recurso judicial es en realidad un proceso jurisdiccional civil de carácter declarativo por el que se pretende, bien la simple declaración de que la calificación (o la resolución de la DGRN, en su caso) no es conforme a Derecho, bien, además, la condena a practicar la correspondiente inscripción. Es decir, puede consistir simplemente en una acción de anulación del acto lesivo (la calificación o la resolución) de naturaleza constitutiva, que, en caso de ser estimada, provoca que el título vuelva al Registro para ser nuevamente calificado, pero, eso sí, con vinculación a lo decidido en la sentencia, como veremos. No obstante, a título accesorio puede consistir además en una acción de condena por la que se solicita un pronunciamiento ordenando la inscripción, susceptible, en caso de ser estimado, de ejecución forzosa. Esta diferente configuración de la pretensión –en definitiva, del objeto del proceso– tiene importancia tanto a efectos de la legitimación, de la determinación del objeto de la contienda (incluido el sobreseimiento por falta del mismo), como en relación a los efectos de la sentencia y el alcance de la cosa juzgada.

El plazo en el caso del recurso judicial es el de dos meses a contar desde la notificación de la calificación (art. 328 de la LH). Se trata, al igual que el plazo para recurrir la resolución, de un plazo de ca-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ducidad de carácter civil que se rige por lo establecido en el art. 5 del CC, por lo que se ha de contar de fecha a fecha sin descontar los días inhábiles.

Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a las mismas personas que pueden interponer el llamado recurso gubernativo ante la Dirección General y con la misma amplitud. Es decir, en el recurso directo ante los tribunales contra la calificación, el notario no tiene limitada su legitimación a que la misma afecte a un derecho o interés del que sea titular, tal como ocurre cuando pretende recurrir la resolución de la DGRN. Pero lo que sí se plantea es si el notario (o el funcionario de donde proviene el título) tiene legitimación para pedir, no solo la declaración de nulidad de la calificación (o en su caso de la resolución), que es incuestionable, sino también la condena a la inscripción. Es decir, se afirma que en cuanto el notario no está legitimado por el art. 6 de la LH para solicitar la inscripción del título, tampoco podría por vía de demanda solicitar una condena a esa inscripción. Sin embargo, lo cierto es que en este caso la ley no hace ningún tipo de distinciones, por lo que es posible entender perfectamente que el notario ostenta una suerte de legitimación representativa respecto a la pretensión de condena a la práctica del asiento.

En cuanto a la legitimación pasiva se han planteado dudas sobre si esa legitimación corresponde a la Administración del Estado o directamente al registrador. A favor de la primera postura coadyuva el hecho de que nos encontramos ante una resolución administrativa dimanante de un órgano integrado en la Administración del Estado (resolución de la DGRN de 13 de noviembre de 2006) cuya representación y defensa viene atribuida por Ley al Abogado del Estado -tal como establece el art. 328 de la LH- y, además, vinculado a la DGRN en relación de dependencia jerárquica. Sin embargo no cabe olvidar que la ley facilita aquí un recurso judicial directo contra la calificación, sin necesidad de acudir previamente a la Dirección, por lo que, teniendo en cuenta además el objeto de la controversia anteriormente comentado, lo lógico sería entender que esa legitimación corresponde al registrador en cuanto autor material de la nota (dándole así, además, la oportunidad de allanarse a la demanda). No tiene mucho sentido demandar sólo a la DGRN cuando ésta no ha tenido ni tiene oportunidad de estudiar y revocar la calificación por otra vía que no sea la del simple allanamiento. No obstante, sí existen argumentos para defender una legitimación pasiva conjunta (tal como ha recono-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cido la sentencia de la AP de Alicante de 21 de diciembre de 2009) en base a la condición de funcionario público del registrador (art. 274 de la LH), y de que tanto en la impugnación en vía administrativa como judicial el interés que debe tutelarse es el mismo.

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primera Instancia (art. 66 LH) de la capital de la provincia donde el inmueble esté radicado (arts. 324 y 328 de la LH). La remisión realizada por la Ley al juicio verbal implica que la asistencia de letrado y la representación por parte de un procurador son preceptivas para todas las partes intervinientes, con la única excepción de la Administración General del Estado, que actúa a través del Abogado del Estado. De conformidad con lo dispuesto el art. 253 de la LEC, la cuantía de este tipo de demanda es indeterminada. Presentada la demanda y admitida a trámite por el Juzgado se acordará su traslado al demandado, citando a las partes para la celebración de la vista. Además se requerirá a la Administración demandada para que remita el expediente administrativo (aunque expediente en sentido propio sólo lo habrá en el recurso contra la resolución de la DGRN). Recibido el expediente, el secretario judicial, a la vista de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días. La vista consiste en una comparecencia de las partes ante el tribunal que se desarrolla en audiencia pública y de forma oral conforme a los arts. 442 y 443 de la LEC.

También rige para el recurso judicial la previsión ya comentada del art. 325 de la LH que habilita para interponerlo aun en el caso de que los supuestos defectos se hubieran subsanado y, en consecuencia, el título se hubiera inscrito. De ahí que, en línea de principio, no proceda la decisión de terminación del proceso por pérdida sobrevenida de objeto en estos casos. No obstante, a la postre ello dependerá del *petitum* de la demanda. Si lo que se ha solicitado es la condena a la inscripción del título, resulta lógico que la subsanación y correspondiente inscripción deje sin objeto el proceso. No obstante, si lo que se solicita es la revocación de la calificación (únicamente, o de forma independiente a la condena a la inscripción) la subsanación no afecta en absoluto a esta pretensión y el proceso debe continuar hasta la sentencia. Esta interpretación debe mantenerse aún cuando el recurrente sea el notario autorizante del título, más aún cuando la subsanación se hubiera realizado a su costa, tal

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

como declara las sentencias del TS (sala 3.ª, sección 6.ª) de 22 de mayo de 2000 y (sala 3.ª, sección 7.ª) de 24 de octubre de 2000, al objeto de poder obtener el correspondiente resarcimiento en base a la sentencia estimatoria obtenida.

La sentencia que ponga fin al procedimiento tiene efectos de cosa juzgada, incluso frente a terceros interesados, salvo que tratándose de sentencias desestimatorias no hubieran tenido la oportunidad procesal de intervenir por no haber sido llamados en tiempo y forma. No obstante, en todo caso conviene hacer las siguientes matizaciones. Si se ha solicitado la condena a la práctica de la inscripción y esta se ha estimado, nos encontraremos ante una sentencia condenatoria que impone una prestación de hacer al registrador, y que constituye un título ejecutivo susceptible de ejecución forzosa. Si lo que se ha solicitado es únicamente la revocación de la calificación, se plantea el problema de si estimada la demanda y presentado de nuevo el título en el Registro, el registrador puede alegar –sin perjuicio de incurrir en responsabilidad- nuevos defectos no incluidos en la calificación. A la vista de la citada sentencia del TS de 22 de mayo de 2000, la respuesta debe ser negativa. Frente al riesgo de posibles defectos no apreciados en su momento (riesgo mínimo en base a la doble calificación por notarios y registradores a la que se someten los títulos) debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y de atención a los perjuicios –estos sí muy reales y presentes– del que solicita la inscripción.

El régimen de recursos es el previsto con carácter general en la LEC. En consecuencia, frente a la resolución que ponga fin al procedimiento cabe el recurso de apelación con efectos suspensivos ante la Audiencia Provincial correspondiente. Frente a las sentencias dictadas en segunda instancia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo cuando la sentencia recurrida incurra en infracción de las normas aplicables al fondo de la controversia y exista un interés casacional en el asunto (por oponerse a la jurisprudencia del TS o existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales).

5. LA OPORTUNIDAD DE UNA REFORMA

El análisis de este conjunto de medidas de reacción frente a la calificación desfavorable arroja una impresión de complejidad y, con-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

secuentemente, de ineficiencia, verdaderamente notable. La combinación del silencio negativo con la exoneración a la Administración de su obligación de resolver (derivada de la interpretación sentada por la sentencia del TS de 3 de enero de 2011 anteriormente comentada), que implica equiparar a efectos prácticos la desestimación presunta a la expresa, es fuente permanente de incertidumbre y confusión ya simplemente en la vía administrativa. A esto se añade un sistema judicial de control de las resoluciones (expresas y presuntas) que de manera necesaria, debido a su natural dispersión en Juzgados y Audiencias de toda España, sienta una doctrina extraordinariamente heterogénea. A la vista de ello es completamente imposible predecir cómo puede terminar resolviéndose un determinado asunto, pues no hay ninguno respecto del que no exista una gran variedad de sentencias contradictorias, sin que el Tribunal Supremo tenga ni capacidad ni voluntad para poner orden en este caos. A ello todavía hay que sumar el elevado coste derivado de acudir a dos instancias a través de abogado y procurador, con sus tasas y sus costas, para resolver problemas de la más variada índole e importancia desde el punto sustantivo. Sin embargo, resolver rápidamente problemas meramente formales o sustantivos de escasa trascendencia, es algo capital para el tráfico jurídico de cualquier país. No disponer de un sistema eficiente a este respecto crea un natural incentivo a endurecer la calificación a sabiendas de que la subsanación será siempre la primera opción del usuario, lo que incide negativamente en la evolución de las instituciones jurídicas al fomentar su encorsetamiento, al margen de entorpecer el tráfico e incrementar sus costes.

Pensamos que una posible solución a estos problemas pasa por establecer una serie de reformas muy claras y poco complejas. En primer lugar, sería necesario imponer el recurso administrativo ante la Dirección General con carácter obligatorio (sin posibilidad de acudir directamente a la vía judicial), tal como ocurre ahora en Cataluña para su Derecho especial. Por supuesto, es imprescindible recuperar la obligación de resolver por parte de la Administración en todo caso, aun transcurrido el plazo para hacerlo. Se podría incluso plantear restringir el silencio negativo a los supuestos de mayor amenaza para el sistema, como serían los defectos vinculados al principio de tracto sucesivo, y consagrar el principio de silencio positivo con carácter general. Las restricciones a la legitimación para re-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

currir las resoluciones de la Dirección General para notarios y registradores deberían mantenerse en los términos actuales. Por último, como pieza clave del sistema, debería establecerse un único recurso judicial para todo el territorio nacional ante una única sala de un órgano judicial superior a determinar, que tendría encomendado de esta forma, de manera simultánea, la revisión de los actos de la Administración y la unificación de doctrina en esta materia. El ahorro derivado de ello para los propios usuarios y para el mismo sistema judicial sería gigantesco, medido tanto en términos puramente económicos como en el mucho más importante de la certidumbre y la seguridad del tráfico.

BIBLIOGRAFÍA

J. L. Gil Ibáñez, "El silencio administrativo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LII, p. 271 y ss.

J. Martín Pastor, *La impugnación judicial de la calificación registral*, La Ley, 2011.

A. Martínez Santos, *Jurisdicción y Registros públicos*, Marcial Pons, 2012.

F. L. Ruiz Piñeiro (Director), *La revisión judicial de la calificación registral*, La Ley, 2013.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

COMATERNIDAD SIN PADRE LEGAL

Ángel Sánchez Hernández
Acreditado como Catedrático de Universidad
Académico Correspondiente de la Real Academia
de Doctores de España
Profesor Titular de Derecho Civil (Universidad de La Rioja)

"La mujer es eterna, inquebrantable e inconmovible.
Cuando su espíritu toma parte activa en un ideal,
no se desprende de él, pese a los dolores de la lucha;
y le porta con la misma fe y consubstancialidad
que lleva al hijo en su ser".
Clara Campoamor, *La mujer y su nuevo ambiente (la sociedad)*.
Conferencia pronunciada en la Universidad Central, en mayo de 1923.

Resumen: El artículo 7.3 de la LTRHA se aparta del principio general que inspira en nuestro Código Civil la regulación en materia de filiación basado en la idea fundamental de la veracidad biológica. Estamos ante un precepto que se remite para la determinación de la filiación, en el caso de utilización de TRHA en un matrimonio entre mujeres, a las reglas generales de nuestro Código Civil –o en su caso Derecho Civil Foral o Especial– con las solas salvedades que contemplan los artículos 7, 8, 9 y 10 de la LTRHA. La vertebración e integración del art. 7.3 –como regla especial– con las normas civiles generales –basadas en el principio de verdad biológica, que es desatendido en el supuesto del propio artículo 7.3 de la LTRHA– puede resultar contradictoria, en el sentido de no ser siempre fácil tal encaje desde la estricta técnica jurídica. El susodicho precepto, rompe la regla general según la cual "*la maternidad es única y viene determinada por el hecho del nacimiento, sin que pueda sobrevenir otro reconocimiento de maternidad por otra mujer",* y en consecuencia, admitiéndose únicamente obtener otro vínculo filial de la maternidad mediante la adopción –artículo 175.4 CC–. Por el contrario, el artículo 7.3 de la LTRHA permite determinar una filiación formal a favor de una mujer –maternidad– que no se corresponde a la verdad natural –biológica–. Se contempla pues, una posible "comaternidad", así como los requisitos para la determinación de esa filiación matrimonial del nacido a favor de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la cónyuge de la madre biológica, sin que por ley venga impuesta, si bien los efectos de esta filiación a favor de aquélla, derivan directamente de la Ley, que para nada tiene en cuanta si la que consiente a su favor la filiación respecto del nacido quería alcanzar.

Palabras clave: *Determinación de la filiación matrimonial del nacido mediante TRHA a favor de la cónyuge de la madre biológica.*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE TRHA Y SU INCIDENCIA EN LA RELACIÓN JURÍDICA DE FILIACIÓN EN EL CASO DE MATRIMONIO ENTRE MUJERES

II. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL: DEL CÓDIGO CIVIL AL ART. 7.3 DE LA LTRHA
- II.1. Consideraciones generales sobre la filiación matrimonial en el Código Civil
  - II.1.1. *Concepto de filiación*
  - II.1.2. *Determinación de la filiación*
  - II.1.3. *La filiación matrimonial exige un triple requisito*
- II.2. Consideraciones sobre la filiación en el art. 7.3 LTRHA
  - II.2.1. *Filiación formal*
  - II.2.2. *Filiación voluntaria*
  - II.2.3. *Filiación matrimonial*

III. LA LTRHA Y LOS CONSENTIMIENTOS EN UN MATRIMONIO HOMOSEXUAL FEMENINO.
- III.1. Los consentimientos en un matrimonio homsexual femenino en la LTRHA
- III.2. El consentimiento de la cónyuge receptora de las TRHA
- III.3. El consentimiento de la esposa casada con la cónyuge receptora de las TRHA
  - III.3.1. *Tiempo para prestar el consentimiento*
  - III.3.2. *Diferencia ente consentimiento prestado por el marido –art. 6.3 LTRHA– y el prestado por la esposa –el art. 7.3 LTRHA–*
  - III.3.3. *La capacidad necesaria para prestar el consentimiento del art. 7.3 LTRHA*

IV. EL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 7 DE LA LTRHA
- IV.1. La mujer que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida, ha de estar casada con otra mujer

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

IV.2. La mujer que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida no ha de estar separada legalmente o de hecho de la misma
IV.3. La mujer que está casada –y no separada legalmente o de hecho– con la mujer que se ha sometido a las TRHA podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, "se determine a su favor la filiación respecto del nacido"

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE TRHA Y SU INCIDENCIA EN LA RELACIÓN JURÍDICA DE FILIACIÓN EN EL CASO DE MATRIMONIO ENTRE MUJERES

1. *España ha sido pionera en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA)* (1). La primera de las leyes que se ocupó en nuestro Ordenamiento Jurídico de las mismas fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de

(1) Sobre la posibilidad de las TRHA y su encaje en la Constitución Española de 1978, *vide* a Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *La filiación inducida y las clasificaciones legales,* en AAVV, "La filiación a finales del siglo xx", II, Congreso Mundial Vasco, Vitoria, 1988, pp. 134 a 136; Blasco Gasco, F., *La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación,* Anuario de Derecho Civil, 1991, p. 700; Lacruz Berdejo, J. L., *La Constitución y los hijos artificiales*, Actualidad Civil, 1987, septiembre, pp. 231 y ss. Lledo Yagüe, F., *La ley sobre técnicas de reproducción humana asistida,* Anuario de Derecho Civil, 1988, pp. 1245-1246; Rivero Hernández, F., *Filiación derivada de procreaciones asistidas*, en L. J. L.: Lacruz, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de familia*, vol. 2.ª, J. M.ª Bosch, Barcelona, 1989, 3.ª edc., pp. 148-149. Repasan las posturas doctrinales Cámara Águila, P., *Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de reproducción asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)*, Derecho Privado y Constitución, 1999, núm. 13, pp. 137 y ss., y Gómez de la Torre, M.ª C, *La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida,* Actualidad Civil, núm. 2, abril, 1993, pp. 290 a 293.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

reproducción asistida (2). Posteriormente como consecuencia de los avances de la investigación y la práctica médica en las TRHA, se aprobó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción humana. Después, introduciendo importantes novedades y derogando la Ley 35/1988 y la Ley 45/2003, entró en vigor la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre TRHA (3) (en adelante LTRHA). Por último, la Disposición Adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo

(2) La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida entendía que la finalidad de esas técnicas era "la actuación médica ante la esterilidad humana", configurando éstas como un procedimiento terapéutico encuadrado en el ejercicio de un derecho a la salud. Esta Ley encaja en el concepto general de asistencia médica a la procreación, así *vide* Alkorta Idiakez, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 302 y ss. No obstante, el texto legal admitía la fecundación post mortem, permitiendo así, que fueran receptoras de las técnicas de reproducción asistida las mujeres que no tenían problemas para procrear por medios normales. Sobre las soluciones diferentes a que conducirá la opción elegida –derecho a la procreación o derecho a la salud– que pasan, entre otras, no sólo por justificar o no que las técnicas puedan ser aplicadas a las mujeres solas, sino también por dar una solución distinta al ámbito de responsabilidad de los terceros –médicos– que intervienen en proceso, *vide* Roca Trias, E., *"La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional"*, II Congreso Mundial Vasco. *"La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*, Trivium, Madrid, 1988, p. 38 y ss.

(3) La vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), si bien no hace referencia alguna a un hipotético derecho a la maternidad, tampoco contempla estas técnicas vinculadas exclusivamente a situaciones patológicas y como remedio contra la esterilidad. En la actualidad una de cada tres parejas se ven afectadas por problemas de infertilidad y las cifras están constantemente subiendo. La esterilidad fundamental es la masculina. Probablemente por una confluencia de factores, pero también las parejas se casan más tarde, retrasan la maternidad y cuando llega tienen más problemas para ovular. Por todo ello en España estamos a la cabeza de los tratamientos de reproducción asistida. La Ley de reproducción asistida permite practicar muchos tipos de tratamiento, desde microinyección, la fecundación in Vitro, el cultivo secuencial, la donación de ovocitos, la donación de embriones… Información ofrecida por D. José Manuel Bajo Arenas, Presidente de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) y catedrático de la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de las personas, adiciona un apartado tercero al artículo 7 de la Ley 14/2006, quedando redactado como sigue: "*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido"* (4).

2. *Con el paso de tiempo, atrás hemos dejado unas primeras consideraciones referidas a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida humana,* en las que se defendían, frente a argumentos contrarios a la utilización de esas técnicas como medio de fecundación alternativo al natural de la mujer fértil sin pareja (5), otras posiciones más favorables, en la propia línea de la Exposición de Motivos del propio texto legal que se refería a la gestación de la mujer sola, fértil, sin pareja, como una de las aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida (6). Todavía,

---

Universidad Autónoma de Madrid, en el reportaje "Las españolas y la salud reproductiva", MUFACE, junio-agosto de 2008, pp. 36 y 37.

En general *vide* a Collado Nuño, M. J., *La nueva Ley de reproducción asistida Humana. Aspectos Civiles*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, XI, 2006.

(4) Hasta esta reforma el vínculo de filiación respecto de la mujer cónyuge de la madre natural receptora de las TRHA sólo podía obtenerse a través de la adopción, abierta en nuestro Código Civil a los matrimonios homosexuales. Con la modificación del artículo 7 de la LTRHA se hace posible la determinación de la filiación a la cónyuge de la madre natural receptora de las TRHA respecto del nacido sin necesidad de acudir a la adopción. Basta manifestar el consentimiento ante el Encargado del Registro Civil que se determine a su favor la filiación respecto del nacido. En este sentido De la Iglesia Monje, M.ª I., *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de pareja homosexuales femeninas,* Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias, Tomo I, Cívitas- Registradores de la Propiedad, Pamplona, 2008, p. 483.

(5) Moro Almaraz, M.ª J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 193 y 194; Lledó Yagüe, F., *Fecundación artificial y Derecho,* Tecnos, Madrid, 1988, pp. 94 y ss.

(6) Eran claras las divergencias de opinión, en contra y a favor *vide* a Montés Penadés, V. L., *El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción*, en "La filiación a finales del siglo xx: problemática planeada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponen-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por aquellas fechas, no se vislumbraba plantearse la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida a parejas de mujeres casadas con deseos de maternidad (7). Pero esto cambió ya que en el momento de entrar en vigor la modificación legislativa del apartado tercero del art. 7 LTRHA por la Disposición Adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ya había entrado en vigor la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (8), permitiendo

---

cias y comunicaciones", Vitoria- Gasteiz, 28-IX a 2-X- 1987, Trivium, 1988, pp. 180 y 181 y Cárcaba Fernández, M.ª, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 131 a 136. Esta división de la doctrina se manifiesta en muchos más autores divididos claramente en dos bloques: Uno, en contra del acceso de la reproducción asistida a mujeres solas con arreglo a la LTRA de 1988 por considerar inconstitucional la inseminación artificial de una mujer sin pareja si el hijo ha de quedar por hipótesis legal sin padre alguno y sin posibilidad de conocer la identidad del progenitor biológico *vide* Vidal Martínez, J., *La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español,* en Vidal Martínez, J., Benítez Ortúzar, J. I., y Vega Gutiérrez, A. M.ª (Coord.), en "Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida", Comares, Granada, 1988, p. 80. En contra también Herrera Campos, R., *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española,* Universidad de Granada, 1991, pp. 57 a 60. Se recurrió al interés del futuro hijo para no permitir el acceso de una mujer a las TRA sin un padre legalmente obligado a prestar al hijo la asistencia de todo orden a que se refiere el artículo 39.3 CE, en este sentido Pantaleón Prieto, F., *Procreación artificial y responsabilidad civil,* en "La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Trivium, Madrid, 1988, p.262; el otro bloque, por el contario, a favor, De León Arce, A., *La mujer sola sin pareja ante las nuevas técnicas de procreación humana,* en "La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Trivium, Madrid, 1988, p. 412 a 414 y Clavería Gosalbez,H., *Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana*, en "La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Trivium, Madrid, 1988, p.237.

(7) Padial Albás, A., *La discriminación de la cónyuge y de la conviviente homosexual de la usuaria, en la ley sobre técnicas de reproducción asistida,* en "Estudios jurídicos sobre la persona y familia, (Coord. Mª. T. Areces Piñol), Granada, 2009, pp. 285 a 296.

(8) García Rubio, M.ª P., *La modificación del Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio*, en "Familia, matrimonio y Divorcio en

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

–al añadir un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil– que el matrimonio se celebre entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera que sea su composición (9).

En este contexto, la voluntad de procrear puede estar bien asida a la voluntad de la mujer. Además, a la luz de la regulación de las nuevas TRHA en España, se permite que la mujer pueda decidir si quiere tener hijos sin varón y cuándo. Si bien en un principio se defendía que las técnicas de reproducción asistida estaban pensadas para solucionar el problema de esterilidad en parejas aquejadas de esta patología –una de cada cinco aproximadamente–, hoy, en realidad nuestra legislación sobre estas técnicas ha ido más allá para, superando el hecho de la esterilidad de las parejas, permitir, en su caso, la aplicación de estas técnicas a toda mujer mayor de edad, con plena capacidad de obrar siempre que preste su consentimiento por escrito de manera libre, consciente y expresa.

3. *La determinación de la filiación de las personas nacidas utilizando las TRHA es uno de los aspectos más importantes planteados por su utilización en España.*

Como afirman Díez-Picazo y Gullón *"la regulación de la filiación en nuestro Código Civil… presupone, aunque el Código no lo diga ex-*

---

los albores del S. xxi", Ed. C. Lasarte, UNED-IDADFE–El Derecho Editores, Madrid, 2006, pp. 71 a 86; Ferrer Vanrell, M.ª P., *El modelo constitucional de la institución del matrimonio*, en "Familia, matrimonio y Divorcio en los albores del S. xxi", Ed. C. Lasarte, UNED-IDADFE–El Derecho Editores, Madrid, 2006, pp. 451 a 460. Durán Rivacoba, R., *Filiación y matrimonio homosexual,* en "Reforma del modelo de familia en el Código Civil español: 17 y 18 de junio de 2005, Universidad San Pablo-CEU, 2005, pp. 117-132. Zurita Martín, I., *Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales*, en "La reforma del matrimonio: (leyes 13 y 15/2005)", Dir. Gavidia Sánchez, J. V., Madrid, 2007, pp. 262-335.

(9) Para el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 740/2013, de 5 de 451 a 459.diciembre de 2013, Fundamento de Derecho tercero, apartado 2 *"Ocurre que esta reforma –se refiere a la de la Ley 13/2005, sobre el derecho a contraer matrimonio– se hizo sin atender a otros aspectos que están en íntima relación con el matrimonio, como es el régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales, sin mencionar las homosexuales en que una de las personas no interviene en la fecundación."*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

presamente, que la reproducción humana se ha llevado a cabo en forma natural. Cuando el Título V del Libro I del Código se reelabora en 1981, lo que hoy se llaman técnicas de reproducción asistida eran conocidas pero el legislador no consideró oportuno por las razones que fuere, darle cabida en el Código… El problema que plantean estas técnicas es que permiten una diversificación ente maternidad y paternidad biológica, sobre las que el Derecho de la filiación tradicional descansa." (10)

Si bien es cierto que nuestra legislación sobre TRHA no introduce formalmente modificaciones al articulado del Código Civil en materia de la regulación de la relación jurídica de filiación, sin embargo, existen aspectos materiales que si afectan al tradicional planteamiento del Código Civil en aspectos de filiación (11). En efecto, la legislación de técnicas de reproducción asistida no introduce un régimen jurídico de la filiación paralelo al de nuestro Código Civil, el cual sigue regulando, de manera prácticamente completa, la filiación. Sin embargo, la coherencia interna del régimen jurídico de la filiación en nuestro Código Civil ha quedado afectado en este ámbito de la legislación sobre TRHA, dado que, en ciertos supuestos, se deja al margen el principio de veracidad biológica y limita la investigación de la paternidad en supuestos de fecundación con semen de donantes (12).

---

(10) Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones.* Sexta Edc., Tecnos, 1992, pp. 278 y ss.

(11) Hernández Ibáñez, C., *Incidencia jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 4 2006, pp. 671 a 630.

(12) Por ejemplo, en el caso en que la receptora de las técnicas de reproducción asistida sea una mujer sola. En este sentido, en primer lugar, se establece una confidencialidad del donante de gametos, *vide* el art. 5 de la Ley 14/ 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. permitiendo a la madre y al hijo únicamente un conocimiento general del donante, salvo en caso de peligro para la vida en que se podrá conocer su identidad personal y sin que en tal caso suponga relación paternofilial. En segundo lugar, y en el mismo sentido, "en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación", *vide* el art. 7.2 de la Ley 14/ 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En suma, no cabe dar noticias del origen de la filiación.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El artículo séptimo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRHA, lleva por rúbrica "Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida". En el primer apartado de este artículo se establece que "*la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos",* esto es, en los artículos octavo, noveno y décimo del citado texto legal, además de tener presente, las especificaciones del propio precepto. Por tanto, la regulación de las TRHA se regularán por las leyes civiles, pero no con carácter supletorio, sino que se aplicarán las leyes civiles salvo cuando concurran algunas de las especificaciones de los artículos 7, 8, 9 y 10 de la LTTRHA, dado el carácter incompleto de estas reglas sobre las relaciones jurídicas de filiación (13).

Obsérvese que el texto susodicho alude a las Leyes civiles en plural. Sin duda ello pone de manifiesto que la normativa española sobre filiación no se contempla solamente en nuestro Código Civil, sino que con arreglo al artículo 149.1.8.ª de la Constitución, ha de tenerse presente la competencia de las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil (14), en concreto la regulación de la filiación realizada en leyes civiles autonómicas (15).

De todo ello se deduce que el régimen de filiación de todos los nacidos con la ayuda de TRHA viene integrado por las reglas especiales previstas en el artículo 7 y ss de la LTRHA, y a salvo estas especialidades, por las normas generales vigentes sobre la filiación contenidas en el Código Civil (16) –y en su caso, por las demás nor-

(13) Así Rerverte Navarro, A. *Consideraciones desde el punto de vista del Derecho Civil acerca de la Ley sobre Técnicas de reproducción asistida,* Universidad de Murcia, Murcia, 1992, p. 16.

(14) Verdera Server, R. *Comentario a los artículos 7 y 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida,* (Dir. José Antonio Cobacho Gómez), Thomson-Aranzadi Pamplona, 2007, p. 233 a 236, expone la legislación autonómica en materia de filiación y reproducción asistida.

(15) Cataluña, en su artículo 235 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña y, por otra parte, Navarra, Leyes 68 a 72 de la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra.

(16) Verdera Server, R. *Comentario a los artículos 7 y 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asisti-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mas civiles vigentes en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio (17)–. Por consiguiente, nuestro Código Civil –basado en la verdad biológica– se aplicará directamente, si bien quedará desplazado en aquello que disponen expresamente los artículos 7, 8, 9 y 10 de LTRHA (18), que constituyen normas especiales espe-

---

da, (Dir. José Antonio Cobacho Gómez), Thomson-Aranzadi Pamplona, 2007, p.219, escribe : *"De forma unánime, la doctrina ha establecido que esas reglas se contienen, por lo que al Código Civil respecta, en los artículos 108 y ss., y más en particular en los artículos 115 y ss., y 120 y ss., para la determinación extrajudicial, y en los artículos 131 y ss., para la determinación judicial. Probablemente ésta es la interpretación correcta y la que mejor responde al planteamiento del legislador. Lo que no se ha planteado con la misma intensidad es la posibilidad de que la remisión efectuada a las leyes civiles (a las "normas vigentes" en la terminología del artículo 7.1 LTRHA/1988) sea a otros preceptos. Concretamente, la cuestión que, como mera hipótesis, cabe sugerir es la posibilidad de buscar esas reglas generales civiles, no en los preceptos que abordan la filiación por naturaleza, sino la filiación por adopción (artículos 175 y ss. CC). Puede (fundadamente) pensarse que esa hipótesis carece de base razonable por las dificultades que entrañaría la aplicación de los criterios sobre adopción a las técnicas de reproducción asistida y por el propio diseño de las reglas contenidas en los artículos 7 a 10 LTRHA, pero lo que el planteamiento doctrinal pone de manifiesto es que se renuncia a cualquier aproximación ente la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida y la filiación adoptiva, donde también el consentimiento de quien va a ser considerado jurídicamente padre reviste un alcance esencial (al igual que sucede en buena parte de los casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida); y que en cambio se prefiere un acercamiento entre la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida y la filiación por naturaleza, a pesar de que en ocasiones ni siquiera concurre un elemento biológico o genético en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida"*. Para solucionar esta disputa, se propone modificar el artículo 108 CC en el sentido de que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por adopción o como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, así, Nieto Alonso, A., *El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida,* en AAVV, "Régimen jurídico de la reproducción asistida en España: El proceso legal de reformas", (Coord. A. Díaz), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 55.

(17) Sobre la cuestión competencial vide a Blasco Gascó, F., *Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica,* Revista Jurídica de Catalunya, 1991, pp. 953 y ss.

(18) En relación con el artículo 10 LTRHA *vide* a Ferrer Vanrell, M.ª P., *La prohibición de la "maternidad subrogada" en el artículo 10 de la Ley*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cíficas respecto del régimen general que establece nuestro Código Civil en materia de relaciones jurídicas de filiación, y que sustituyen la premisa de la verdad biológica por la voluntad de quien consiente ser progenitor (19).

El legislador en el artículo 7 LTRHA se limita a prever algunos concretos supuestos y aspectos con especial atención y para el resto de la materia relativa al régimen jurídico de la filiación se remite para su regulación a la legislación civil (20).

Así, en la letra y en el espíritu de la propia LTRHA está que los hijos no son sólo biológicos, idea por otra parte, que no es nueva puesto que ya la recogía nuestro Código Civil al admitir que la atribución de la filiación no es sólo por el hecho biológico de la generación –filiación por naturaleza–, sino también por la adopción (21). En la LTRHA se contempla que la relación jurídica de filiación se determine o nazca de un acto jurídico –distinto de un hecho natural– previsto en el apartado tercero al artículo 7 de la Ley 14/2006, cuando afirma

---

14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: especial referencia al "acuerdo de gestación" prestado por pareja homosexual, en " Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Dominguez (Coord. Josefina Alventosa del Rio, R. y Moliner Navarro, M.ª, vol. 1, Valencia, 2008, pp. 461 a 476. Sobre este particular cfr. *La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno),* Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

(19) En este sentido Barber Cárcamo, R., *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, REDUR (Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, núm. 8, diciembre de 2010, pp. 28.

(20) Alguna doctrina consideró que la legislación especial TRHA pretendió establece meras especialidades respecto del marco general de nuestro Código Civil, en este sentido refiriéndose a al Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre TRA, *vide* a Montés Penadés, V. L., *La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española*, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, 2003, núm. 7 (versión informática). Considera que el artículo 7 LTRHA no es innecesario en la medida que se propende a una utilización de esas normas generales para supuestos bien diferentes de los que motivaron su establecimiento y atendiendo a finalidades casi contradictorias, así Vidal Martínez, J., *La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español,* en AAVV, "Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida", Comares, Granada, 1998, p. 104.

(21) Artículo 108 CC, admitiéndose por diversas razones –de legitimación, plazos a las acciones de impugnación…– que la relación jurídica de filiación puede no ser coincidente con la biológica.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que: "*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*". Esta regla especial viene a hacer posible determinar la filiación del hijo nacido respecto de la cónyuge de su madre. La voluntad o consentimiento de la cónyuge de la madre, pasa a ser un nuevo título de determinación de la filiación junto a los previstos en el artículo 115 y 120 de nuestro Código Civil.

II. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL: DEL CÓDIGO CIVIL AL ART. 7.3 DE LA LTRHA

II.1.º Consideraciones generales sobre la filiación matrimonial en el Código Civil

1. *Concepto de filiación.* En un principio la filiación se consideró un hecho biológico en cuanto que una persona es procreada por otra, realidad regulada en el Ordenamiento Jurídico distribuyendo derechos y obligaciones entre padres e hijos (22). "*Se denomina filiación tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno sólo.*" (23)

En nuestro Código Civil, la relación jurídica de filiación se establece en base a unos criterios, siendo el básico el biológico, si bien éste no cuenta en todo caso (24). Es claro que la relación jurídica de filia-

(22) Royo Martínez, M., *Derecho de Familia*. Imprenta Suarez, Sevilla, 1949, p. 227, define la filiación en sentido jurídico como *"la relación entre procreante o progenitor y procreado o engendrado, en cuanto determina derechos y deberes recíprocos".*

(23) Díez Picazo, L. Y Gullón, A, *Sistemas de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones.* Tecnos, Madrid, 1992, p. 247.

(24) Verdera Server, R. *Comentario a los artículos 7 y 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.* Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, (Dir. José Antonio Cobacho Gómez), Thomson-Aranzadi Pamplona, 2007, p. 245 entiende que "*en el planteamiento de la paternidad que subyace en el Código Civil,*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ción parte claramente de un presupuesto biológico de reproducción. Ahora bien, no es menos cierto que en determinados supuestos la relación jurídica de filiación es independiente de la relación biológica o verdad biológica (25).

En nuestro Código Civil se seleccionan unos criterios para establecer la relación jurídica de filiación. Como ya se ha asegurado, el criterio básico es el biológico, si bien no actúa en todo caso, ya que la filiación no deriva en todo caso y necesariamente del hecho biológico, puesto que no es el único origen de la filiación (26). La

---

la relación biológica es el hecho al cual debe ajustarse con carácter preponderante la filiación jurídica. Ahora bien, sería erróneo pensar que cualquier relación jurídica de filiación es, en nuestro sistema, una pura y simple traducción de una vinculación biológica. El ordenamiento toma en consideración otros elementos a la hora de pergeñar los medios a cuyo través se establece la paternidad/maternidad jurídica. Por decirlo de una manera gráfica, ni todo progenitor es padre, ni todo padre es progenitor. Bastaba pensar en el régimen de adopción (art. 108 y 175 y ss. CC) o en las filiaciones derivadas de técnicas de reproducción asistida para confirmar esa afirmación que ahora se ve corroborada por la proyección del matrimonio homosexual en el establecimiento de la filiación."

(25) Que en ocasiones la relación biológica de procreación no coincide con la relación jurídica de filiación lo pone de manifiesto Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia* (Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida), 3.ª Edc., vol. 2.º, José María Bosch, Barcelona, 1989, p. 25 citando a Cicu, A. *"La filiazione"*, Ed. Turín, 1969, *"no hay coincidencia plena entre el hecho natural de la filiación y la relación jurídica de filiación. La procreación no siempre de lugar a una relación jurídica de filiación. Hay personas que no tienen o no pueden tener progenitores jurídicamente reconocidos como tales. Incluso en casos en que la filiación es reconocida por la Ley, la relación jurídica no es siempre idéntica. Se puede, en fin tener una relación de filiación faltando, sin embargo, por completo el hecho natural."*

(26) Se ha replanteado la necesidad del elemento biológico no sólo desde la reforma de 1981, sino de la regulación en España de las TRHA, Bustos Pueche, J. F., *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética,* Dykinson, Madrid, 1991, p. 133 y ss., Lledo Yagüe, F., *Fecundación artificial y Derecho,* Tecnos, Madrid, 1988, pp. 24 y 25, y del mismo autor, *La ley sobre técnicas de reproducción asistida,* Anuario de Derecho Civil, 1988, pp. 1243 y 1244, Montés Penadés, V. L., *El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana,* en AAVV , "La filiación a finales del s. xx", II Congreso Mundial Vasco, Vitoria, 1988, pp. 200-201, y del mismo autor, *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida,* Actualidad Civil, 1994, pp. 967 a 970, Moro Almaraz, M.ª J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y de la fecundación "in vitro"*, Librería Bosch, Barcelona,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

relación jurídica de filiación tiene mucha más transcendencia que el hecho biológico –natural–. Por tanto, si bien nuestro Código Civil no se despreocupa de la realidad biológica, sin embargo, en aras de la seguridad jurídica y de la protección de la familia, y con arreglo a los principios constitucionales previstos en los artículos 14 y 39, da cabida a determinadas medidas, presunciones o a la voluntad unilateral a la hora de la determinación de la relación jurídica de filiación.

1988, pp. 209 y ss., Nieto Alonso, A., *Reproducción asistida y anonimato de los progenitores,* Aranzadi Civil, 2004, núm. 16.

Se ha defendido que la filiación que deriva de la inseminación artificial a través de donación de gametos es puramente formal y legal por lo que no se trata de una filiación por naturaleza y se encuentra más próxima de la adoptiva, así Rivero Hernández, F., *Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)*, Anuario de Derecho Civil, 2005, pp. 1071-1072, y Nieto Alonso,A., *El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida,* en AAVV, "Régimen jurídico de la reproducción asistida en España: El proceso legal de reformas", (Coord. A. Díaz), Dykinson, Madrid, 2006, p. 55.

La filiación por consentimiento en el caso de las TRHA, que no por sangre, se ha defendido como un "tertium genus", entre filiación por naturaleza y filiación por adopción, así Rivero Hernández, F., *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial,* en AAVV, "La filiación a finales del siglo xx", II, Congreso Mundial Vasco, Vitoria, 1988, pp. 156 y 157.

Por otra parte, hace un planteamiento que difiere de que la legislación sobre técnicas de reproducción asistida haya reflejado un nuevo concepto legal de paternidad sin estar basado como en el Código Civil en el mero dato genético sino en la voluntad " ad initio" de ser progenitor, Pantaleón Prieto, F., *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en AAVV, "Homenaje al profesor Juan Roca Juan", Universidad de Murcia, 1989, pp 654 y 655, y del mismo autor, *Técnicas de reproducción asistida y Constitución,* Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 15, 1991, pp. 145 y 146.

En todo caso queda claro que el legislador "ha pretendido que el consentimiento a la práctica de las técnicas de reproducción asistida tuviera un peso fundamental, siempre que se viera rodeado de garantías cautelares", cfr. Verdera Server, R., *Comentario a los artículos 7 y 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida,* (Dir. José Antonio Cobacho Gómez), Thomson-Aranzadi Pamplona, 2007, p.229.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En suma, la filiación en nuestro Código Civil, es una relación jurídica entre progenitores e hijos derivada de los vínculos de consanguinidad o de una decisión judicial (artículo 108 del Código Civil). Ahora bien, quienes no son progenitores por naturaleza, pueden ser padres por adopción –que requiere una decisión judicial–, que es otra clase de filiación, produciendo ambas ellas los mismos efectos.

Por tanto, la filiación puede ser de origen natural –procreación–, o de una decisión judicial. La primera –filiación por naturaleza (27)– se califica de matrimonial o no matrimonial "según el padre y la madre" se hallen o no casados entre si (artículo 108 del Código Civil). La filiación matrimonial, como la no matrimonial, surten los mismos efectos (28) dado lo dispuesto en nuestra Constitución Española de 1978, artículo 14 –principio genérico de igualdad (29)– y artículo 39.2 –no discriminación por razón de nacimiento–.

El vínculo jurídico de la filiación surge en el momento del nacimiento del hijo –"desde que tiene lugar" dice el artículo 112 del Código Civil– y no desde que se determina legalmente, y por eso es que, según el susodicho precepto, "su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la Ley no dispusiese lo contrario". La determinación identifica a la persona que –salvo en lo dispuesto en

(27) Barber Cárcamo, R. *Comentario del artículo 108*, en "Código Civil Comentado", vol., Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 573 y 574: *"También es filiación por naturaleza, la nacida mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida, que el artículo 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, somete en cuanto a su determinación a la regulación del Código, a salvo a las especialidades contenidas en ella y que pueden resumirse en la sustitución del dato biológico, más allá de la maternidad –siempre pero no sólo determinada por el parto–, por el consentimiento para la práctica de dichas técnicas."*

(28) Igualdad que no afecta al régimen de determinación prueba y acciones de las diferentes clases de filiación, lo que es conforme a la Constitución Española de 1978 las SSTC 138/2005, de 26 de mayo y 273/2005, de 27 de octubre, al entender que la existencia o no de matrimonio entre los progenitores constituye una justificación objetiva y razonable para un trato legislativo diferente.

(29) Sobre el particular STC 154/2006, de 22 de mayo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el artículo 111 del Código Civil– ostenta los deberes legales de protección del hijo y que le proporciona apellidos, parentesco y status familiae, así como los derechos sucesorios (30).

2. *Determinación de la filiación. ¿Cómo se establece o determina la filiación?* La filiación se determina cuando se establece jurídicamente (31), esto es, cuando se afirman o ponen de manifiesto hechos o actos jurídicos que dan lugar a la relación jurídica de filiación (32). Por tanto, estamos determinando la filiación cuando constatamos hechos o actos –biológicos o no– que dan lugar al surgimiento de la filiación y con ella nace la posibilidad del ejercicio de los derechos y deberes que de la misma resultan.

En la regulación de nuestro Código Civil, basado en las premisas establecidas para las relaciones de filiación por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, para determinar las relaciones de filiación se establecen unos hechos o actos jurídicos, títulos de determinación de la filiación, así como sus efectos: patria potestad, custodia, alimentos, apellidos y derechos sucesorios. Siguiendo la Ley 11/1981, y en armonía con los artículos 14 y 39 de nuestra Constitución de 1978, nuestro Código Civil establece un sistema de determinación de la filiación basado fundamentalmente en la verdad biológica: el padre

(30) Sobre estos aspectos Nanclares Valle, J., *Comentario al artículo 112 del Código Civil,* en Código Civil Comentado, vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 599, 600 y 601.

(31) Se centra en la realidad biológica según Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral,* T. V, *Derecho de Familia*, V. 2. *Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 9.ª Edc. puesta al día por García Cantero, G. Y Castán Vázquez, J. M.ª, Reus, Madrid, 1985, pp. 80 y ss., considera que determinar la filiación consiste en la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta y la calificación de la misma, lo cual puede ser legal, en base a un hecho evidente (artículos 113, 115.1.º, 116, 120.4.º, 131 y 135 del Código Civil), por una resolución judicial firme (artículos 115.2, 120.3.º, 114.2.º del Código Civil) por una resolución registral (administrativa) recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil (120.2.º del Código Civil) o por último, mediante determinación negocial –declaración de voluntad emitida a tal efecto, *vg*. reconocimiento de la filiación no matrimonial artículos 120.1 y 121 y ss del Código Civil)-.

(32) En este sentido *vide* Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia* (Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida), 3.ª Edc., vol. 2.º, José María Bosch, Barcelona, 1989, p. 40.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

y la madre biológicos –naturales–, son el padre y la madre, lo son legalmente (33).

La determinación de la filiación matrimonial, puede realizarse judicialmente –por sentencia firme- o extrajudicialmente -en la forma establecida en el artículo 115.1 del Código Civil– mediante la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, que más que determinación, es un medio de acreditación de la filiación puesto que el Registro Civil se limita a declarar tal condición, no a atribuir ni a constituir un Estado Civil (34). No ha de confundirse la determinación de la filiación con la acreditación o prueba de la misma, confusión favorecida por la propia confusa redacción de los artículos 112 y ss. del Código Civil. Por tanto, determinada la filiación, la relación jurídica preexisten cuenta con medios de prueba (artículos 112 y 113 de nuestro Código Civil).

3. *La filiación matrimonial exige un triple requisito:* que se determine la maternidad, que se determine la paternidad y que los padres estén casados entre sí. Mientras que la maternidad se ha regido por la regla *"mater semper certa est"* –la filiación materna queda determinada por el parto–, la determinación de la paternidad matrimonial, es más incierta –regla *"pater semper incertus"*–, se fija jurídicamente por reconocimientos expresos o tácitos, por resoluciones judiciales o por las presunciones legales. En cuanto a estas presunciones, se ha seguido la máxima *"pater vero is est quem nuptia demonstrant"* –Digesto 2,4,5.–, presumiéndose hijos del marido los tenidos por su esposa durante el matrimonio. Es lógico presumir que los hijos de la esposa lo sean también del marido, puesto que en la vida real eso es lo más probable. Normalmente los maridos, al ser usualmente aptos para la reproducción, no desconfían de su paternidad, lo cual sirve para determinar la filiación del hijo reforzando

(33) En la filiación adoptiva falta la relación biológica entre los padres y los hijos, estableciéndose, con arreglo a nuestra Constitución de 1978, por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la equiparación entre la filiación biológica –natural– y la adoptiva que requiere una resolución judicial.

(34) En contra vide las resoluciones de la DGRN de 11 de mayo de 1993, RJ 1993, 3923 y la de 15 de marzo de 1999, RJ 1999, 10159, que defienden que la filiación matrimonial está determinada legalmente mediante las inscripciones de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la estabilidad de la propia familia (35). Si el artículo 69 del Código civil presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuge viven juntos, habrá que presumir, salvo prueba en contrario, su cohabitación sexual y por tanto, presumir también, salvo prueba en contrario, la procreación que se deriva de la misma.

II.2.º Consideraciones sobre la filiación en el art. 7.3 LTRHA

1. *Filiación formal.* En el caso de un matrimonio homosexual entre mujeres, el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre TRHA, complementa el artículo 115 del Código Civil, mediante la creación de un nuevo medio de determinación de la filiación matrimonial. Se identifica las partes de la relación jurídica de filiación y por tanto surgen de la misma los correspondientes efectos jurídicos en el supuesto de la utilización de TRHA por parte de una mujer, casada con otra, y no separada legalmente o de hecho: *"Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*". El legislador establece este modo de determinación de la relación jurídica de filiación porque ésta no afecta solo a las personas, sino también afecta al interés público del Estado.

La no coincidencia entre la verdad biológica y la relación de filiación en este supuesto del artículo 7.3 de la LTRHA, no es novedosa puesto que ya ocurre esa falta esa coincidencia en el caso de la adopción. La determinación de las filiación para la mujer cónyuge de la mujer receptora de las TRHA se realiza en base a la manifestación del consentimiento –al igual que la filiación adoptiva–. Nos encontramos con una filiación formal (36), que se fundamenta en la

(35) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997, RJ 1997, 940.

(36) Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia* (*Lacruz Berdejo* y *Sancho Rebullida*), 3.ª Edc., vol. 2.º, José María Bosch, Barcelona, 1989, p. 27, nota 2, sitúa esta filiación formal frente a la filiación natural siguiendo a la doctrina germana HUG, *Die gerichtliche feststellung der vaterschaft nach dem nevn schweizerisches kindesrecht,* Zurich, 1977, pp. 72 y ss.; Trabucchi, A., *Procreazione artificiale e genética*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ficción de considerar madre a quien sabe que no lo es por naturaleza, al igual que en el caso de los hijos adoptivos, la propia institución de la adopción se fundamenta en la ficción de considerar padres a quienes se sabe que no lo son por naturaleza.

El artículo 7.3 LTRHA no proclama una maternidad natural de la cónyuge de la madre biológica, sino que simplemente proclama que ésta es jurídicamente madre –madre legal–, si ella consiente en la forma establecida en el susodicho precepto. Por tanto, no estamos ante una filiación por naturaleza (37), sino ante una filiación que

---

umana nella prospettiva del giurista, en , "Procreazione artificiales e interventi nella genética umna", Atti del Convegno di Verona, octubre, 1986, Padua, 1987, pp. 15-16; Zatti, *Inseminazione análoga ed eterologa, fecundazione e trattamento di gameti ed embrione, ibídem,* p. 73. Por último, *vide* Rivero Hernández, F., *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial,* Ponencia II, Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del S. xx", Madrid, 1988, p. 144.

En contra Barber Cárcamo,R., *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, REDUR núm. 8, diciembre de 2010, p. 30, entiende que el que la cónyuge de la madre que da a luz, por su sólo manifestación de voluntad de ser tenida como madre legal, ante el Encargado del Registro Civil y antes del nacimiento del hijo, es contrario no solo al ligamen de la maternidad con el parto, es una contradicción con la verdad biológica, principio rector de la regulación del Código Civil, asegura que *"en realidad, la introducción en nuestro Derecho de la doble maternidad por naturaleza, contraria a su unidad natural y a toda la regulación del Código sobre la filiación(como muestra, un botón: art. 113.2 CC) es tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste el mínimo análisis de técnica jurídica… ni la previsión del art. 7.3 LTRHA puede calificarse técnicamente de reconocimiento de filiación, por ser manifiesta y evidente su falta de correspondencia con la realidad, ni cabe negar que nuestro Derecho admite hoy, inexplicablemente, la doble maternidad por naturaleza."*

(37) En este sentido Iniesta Delgado, J. J., *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida,* en " Tratado de Derecho de Familia", (Dir. Yzquierdo Tolsada y Cuena Casas), vol. I, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pp. 804 y 807, que niega que constituya un supuesto de filiación natural. En cambio, no lo entiende así Barber Cárcamo, R., *La filiación en España: Una visión crítica,* Aranzadi, Pamplona 2013, pp. 134 y 135. *"Ciertamente, el papel que la voluntad juega en este título de determinación de la filiación lo aproxima más a la adopción que a la filiación natural. Pero no puede afirmarse que nos hallemos ante un supuesto de adopción: ni la filiación se establece por resolución judicial, ni está sometida al principio del interés del adoptando, por señalar las diferencias más*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por ley es resultado de una declaración de voluntad de carácter personalísimo de la cónyuge de la madre biológica, al igual que en la filiación adoptiva no estamos ante una filiación por naturaleza, sino ante un tipo de filiación adoptiva que deriva de la voluntad legal resultado de una decisión judicial. Por tanto, estamos ante un "tertium genus" introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico por el artículo 7.3 LTRHA, junto a la filiación por naturaleza y por adopción del artículo 108 CC. No cabe forzar dramáticamente como si no hubiese otra alternativa que considerar la filiación determinada con base en el artículo 7.3 como filiación por naturaleza a pesar de todas las diferencias de ésta con aquella y que resultaría contrario a la propia unidad natural de la filiación por naturaleza y a la regulación que de la misma realiza nuestro Código Civil (38).

"*En el régimen de filiación en la aplicación de estas técnicas, el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el Código Civil, lo sustituye la Ley por la voluntad de quien desea ser progenitor. Se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, una vez que se hayan cumplimentado los requisitos expuestos –los del artículo articulo 7.3 LTRHA–, lo que implica que en orden al ejercicio de una acción de reclamación de la filiación, no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley"* (39).

---

obvias. Y dado que nuestro ordenamiento no contempla un tertium genus ente la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza (artículo 108 CC), no hay otra alternativa que la segunda, aunque las profundas diferencias que caracterizan el supuesto ahora analizado "desactiven" muchas de las consecuencias de tal calificación".

(38) A pesar de considerar que "*es tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste el mínimo análisis de técnica jurídica."* Barber Cárcamo, R., *La filiación en España: Una visión crítica,* Aranzadi, Pamplona 2013, pp. 135 califica la filiación con base en el art. 73 LTRHA como filiación por naturaleza y considera que este precepto introduce en nuestro Derecho la doble maternidad por naturaleza.

(39) Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013, Fundamento de Derecho Tercero, apartado tercero.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La filiación de la madre formal es independiente de la verdad biológica (40), pero dimanando de la citada relación jurídica de filiación los correlativos derechos o facultades y deberes o cargas para el hijo y la madre formal, que por lo demás son los mismos que respecto de la madre biológica (41). Se constituye así un status reciproco entre esas personas determinadas legalmente, en virtud del cual surgen derechos y deberes de alimentos, apellidos, alimentos, sucesorios…

"*Del cumplimiento de esta normativa –artículo 7.3 LTRHA– deriva el conjunto de efectos que comporta en relación a la patria potestad, guarda y custodia, alimentos, apellidos y derechos sucesorios y se dota, en suma, al matrimonio y a los hijos biológicos de una de ellas de la estabilidad que resulta del matrimonio y de la voluntad de madre y de su pareja de asumir los papeles de progenitores con el preferente interés de los hijos concebidos mediante estas técnicas a*

(40) Cerderira Bravo de Mansilla, G., *La "comaternidad": matrimonio entre mujeres y filiación,* en "Levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho privado", Dir. García Rubio, M.ª P., Valpuesta Fernández, M.ª del R., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 444, entiende que en base al artículo 7.3 LTRHA, una es madre biológica y otra madre formal no natural, sin necesidad de acudir a la adopción posterior. Existe una comaternidad –biológica una, formal la otra–, teniendo en cuenta que la maternidad de la cónyuge de la mujer fecundada lo es por su consentimiento, si bien, este autor para ello insiste en que en base al artículo 7.3 LTRHA "la filiación de la cónyuge de la mujer fecundada lo es por su consentimiento, pero esta norma 7.3 no deja de ser una interpretación autentica que nada añade y que simplemente insiste a lo dispuesto en el artículo 6.1.II de la LTRHA y artículo 6.3 LTRHA que insiste en la interpretación extensiva que de las normas sobre matrimonio en que se nombren hombre y mujer debe hacerse desde el artículo 44.II CC y, sobre todo, desde la D. A. 1.ª de la Ley 13/2005 *("Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes")*, pareciendo, además, olvidar, por decirlo de nuevo, que la filiación del cónyuge o de la pareja no casada, según se vera del fecundado lo es por su consentimiento, especialmente cuando es heteróloga".

(41) La maternidad biológica es una posición rigurosamente exclusiva personalísima e intransferible desde el punto de vista de la verdad biológica y de la sangre, pero que desde el punto de vista de los derechos y deberes que por imperativo de la norma jurídica le corresponden no supone ninguna diferencia de los que tiene la madre formal que surge con independencia de la procreación –como ocurre también en la filiación por adopción–.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

partir de una ley que trata de ordenar las relaciones familiares entre el niño nacido y los padres que tuvieron la voluntad de serlo" (42).

2. *Filiación voluntaria.* En el artículo 7.3 de la LTRHA se contempla la facultad de la mujer casada con la cónyuge usuarias de las TRHA para que prestando su consentimiento –*"podrá manifestar… que consiente"*–, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. Se trata de un consentimiento que determina a favor de la mujer casada con la cónyuge receptora de las TRHA la filiación –la maternidad formal– respecto del nacido (43). A sensu contario, si no constaré ese consentimiento, el nacido será considerado como hijo extramatrimonial debiendo ser inscrito en el Registro Civil únicamente como hijo únicamente de la cónyuge receptora de las TRHA.

El artículo 7.3 LTRHA sigue como criterio de determinación de la filiación, no el biológico, sino el principio del consentimiento o criterio de la voluntad personal.

3. *Filiación matrimonial.* Si bien el susodicho precepto no se pronuncia acerca del carácter de la filiación de ese nacido, se trata

(42) Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013, Fundamento de Derecho Tercero, apartado cuarto.

(43) Llama la atención que para la determinación de la filiación el art. 7.3 de la LTRHA únicamente requiera manifestar el consentimiento en la forma prevista por el susodicho precepto, pero sin que éste aluda a otro tipo de requisito o exigencia. Muy diferente es el caso del reconocimiento del padre, en base a los artículos 118 y 120 de nuestro Código Civil, supuesto en el que no basta con la mera voluntad de quien pretende se padre. Se exige siempre el consentimiento del otro progenitor, del hijo o de sus herederos, o la aprobación judicial –artículos 118, 123, 124 y 126 del Código Civil–. Barber Cárcamo, R. *Reproducción asistida y determinación de la filiación,* REDUR (Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, núm. 8, diciembre de 2010, pp. 29 y 30, para quien la otra mujer cónyuge de la madre que ha dado a luz, no será madre, su sola manifestación de voluntad de que se determine a su favor la filiación respeto del nacido no la convierte en madre, ya que sería contrario a la unidad de la maternidad, ni esa manifestación de voluntad puede calificarse como reconocimiento de filiación por existir una falta de correspondencia con la realidad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de una filiación que además de formal es matrimonial (44) dado que ambas mujeres están casadas y no separadas legalmente o de hecho. Por tanto, estamos, ante una filiación voluntaria, formal pero matrimonial, aunque no sea por naturaleza (45) por no existir vínculo biológico (46). El art. 7.3 LTRHA viene a completar lo dispuesto

(44) De la Iglesia Monje, M.ª I., *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de pareja homosexuales femeninas,* Homenaje al Prf. Manuel *Cuadrado Iglesias,* Tomo I, Cívitas-Registradores de la Propiedad, Pamplona, 2008, p. 477, en cambio, en cuanto a la naturaleza de la filiación tendrá carácter de hijo extramatrimonial de la madre por considerar que respecto del él nadie podrá ser legalmente padre, puesto que el donante del semen ha de permanecer en el anonimato por imperativo legal. Por mi parte entiendo que esto mismo ocurre en los matrimonios heterosexuales y no por ello carece de padre, aún cuando el semen sea de donante, y la filiación no deja de ser matrimonial.

(45) En contra Nanclares Valle, J., *Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza*, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 7/2008 (BIB 2008/578), p. 10 al referirse a la filiación matrimonial materna y paterna, al artículo 15 CC dice que *"la conservación de los términos paterna y materna responde a que es la filiación por naturaleza la que puede ser matrimonial o extramatrimonial (art. 108 CC), lo que, unido a la imposibilidad natural de obtener descendencia de dos hombres o de dos mujeres, explica que dicho precepto no viera modificada su redacción tras la ley 13/2005. Aunque dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, la descendencia común que podrán lograr será solamente adoptiva, pero no natural. Lo que no podrán tener descendencia calificable como propiamente matrimonial. La modificación introducida en el artículo 7 de la Ley 14/2006 por obra de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, viene a desvirtuar esta afirmación aparentemente pacífica. Al permitirse que la mujer casada con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida pueda consentir(y suponemos que el objetivo del precepto es algo más: que directamente lo pueda lograr) que se determine a su favor la filiación respecto del así nacido, estamos admitiendo la posibilidad de una filiación matrimonial a favor de dos mujeres. Filiación matrimonial y, por tanto natural. La cuestión es entonces cuál es el título de atribución de dicha segunda maternidad natural".* Sin embargo, deja claro Quicios Molina, S., *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento,* J. M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 30: que *"la verdad biológica, la correspondencia entre filiación legal y filiación biológica, es el fundamento de la filiación natural, frente a la adoptiva".*

(46) Califica esta filiación también de matrimonial Díaz Martínez, A., *La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida,* Derecho Privado y Constitución, núm. 21, enero-di-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en el artículo 115 CC, puesto que el primero nos ofrece –junto a la previsto en el artículo 115 CC– un medio de determinación de la filiación aplicable a la cónyuge del la madre biológica: manifestación de un consentimiento, previo al nacimiento del hijo (47), que carece de posibilidad impugnatoria –salvo defecto de capacidad o de vicio de voluntad–, por atentar contra la estabilidad del estado civil de las personas y contra el interés del hijo, que la ley considera suficiente para la determinación de la filiación matrimonial.

En definitiva, el artículo 7.3 diseña un mecanismo extrajudicial de determinación de la relación jurídica de filiación que conduce, si se cumplen los requisitos establecidos en mismo, a una doble maternidad –natural en un caso y formal en el otro (48)– en los

---

ciembre de 2007, p. 84. Esta autora, en la p.125, entiende que la LTRHA se ha limitado a regular la doble maternidad legal en relación con las mujeres casadas y no con las parejas more uxorio, por dos razones. Una es la estabilidad de la relación que en principio el vínculo matrimonial proporciona y otra la voluntad de asumir en esa relación matrimonial la maternidad al margen de la realidad biológica.

Otros sin embargo la califican de "tertium genus" entre la filiación por naturaleza y adoptiva, *cfr.* Laventosa del Río, J., *La ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley,* en "Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo", Cuadernos de Derecho Judicial, XXVI, Madrid, 2005, p. 182. También hay quien distingue entre filiación por naturaleza y filiación civil, incluyendo en ésta última tanto la adoptiva como la derivada de las TRHA, *vide* Rivero Hernández, F., *Comentario al art. 108,* en " Comentario del Código Civil", Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo I, p. 428, y del mismo autor, *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial,* en "La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1988, pp. 143 y 144.

(47) Nanclares Valle, J., *Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza,* Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 7/2008 (BIB 2008/578), p. 13 , lo cual según este autor conecta con la hipótesis de los reconocimientos de filiación respecto de un nasciturus, posibilidad planteada por la doctrina con base en el artículo 29 y especialmente en el artículo 644.1.º CC y cita a De la Cámara Álvarez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 2000, pp. 414 a 419.

(48) De la Iglesia Monje, M.ª I., *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de pareja homosexuales femeninas,* Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias, Tomo I, Cívitas-Registradores de la Propiedad, Pamplona, 2008, p. 484

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

supuestos de utilización, en un matrimonio homosexual femenino, de las TRHA.

III. LA LTRHA Y LOS CONSENTIMIENTOS EN UN MATRIMONIO HOMOSEXUAL FEMENINO

III.1.º *Los consentimientos en un matrimonio homosexual femenino en la LTRHA. En el supuesto de un matrimonio homosexual de mujeres, los medios de determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante la utilización de las TRHA* (49) son : de una parte, respecto a la mujer que utiliza las TRHA –y que presto para ello su consentimiento, artículo 6.1 de la LTRHA–, la determinación de la filiación se realiza en base al hecho de la maternidad misma (el parto) –regla "mater semper certa est"–; y de otra parte, la determina-

considera que *"se introduce una ficción legal: una segunda maternidad añadida (no sustitutiva)"*.

(49) No son los mismos que para los matrimonios heterosexuales que utilizan las TRHA, ya que el artículo 6 de la LTRHA exige el consentimiento del marido al entrar el juego la presunción de paternidad de los artículos 116, 117 y 118 del Código Civil, normas que no resultan de aplicación por razones obvias a los matrimonios de homosexuales, bien porque no existe marido, bien porque no existe mujer que pueda fecundarse. En cambio, considera Zurita Martín, I., *Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres,* Diario La Ley, núm. 6427, 22 de febrero de 2006, pp. 7 entiende que *"la posibilidad legal que se le otorgó a una mujer sola para hacer uso de las técnicas de reproducción asistida permitiendo que se prive a un niño de la figura de un padre incluso antes del nacimiento, una vez admitida esta opción y equiparadas la uniones heterosexuales y homosexuales a todos los efectos, hemos de defender aquí que la determinación de la filiación respecto de estas parejas ha de realizarse de idéntica forma que la de aquellas, lo que sólo puede tener lugar, bien por medio de una interpretación extensiva y favorable … de la reforma operada por la Ley 13/2005, o bien mediante una reforma urgente que así lo posibilite".* Pues bien, se ha producido esa reforma, en efecto urgente, pero no en el sentido indicado por Zurita Martín, ni tampoco en el sentido de una interpretación expansiva de la Ley 13/2005, a través de su disposición adicional primera que textualmente dice :"Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes", ya que el legislador en el art. 7. 3 de la LTRHA ha dispuesto otra cosa.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ción de la filiación respecto de la mujer casada con la usuaria de las TRHA (la madre biológica, que ha dado a luz), en base a la manifestación del consentimiento –artículo 7.3 LTRHA– ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, de que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido, como madre formal (50). Analicemos estos consentimientos.

III.2.º *El consentimiento de la cónyuge receptora de las TRHA.* El artículo sexto apartado primero de la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre TRHA dispone que *"toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa."* Y añade: *"La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual".*

La primera exigencia que establece la Ley es que la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida sea mayor de edad por haber cumplido 18 años (art. 315 del Código Civil).

Se presume que al alcanzar la mayoría de edad, se tiene la suficiente madurez mental para saber la trascendencia de los actos. La mujer a partir de los 18 años y hasta que sus condiciones de salud se lo permitan, según dictamen facultativo y en cada caso concreto, podrá ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida.

La segunda exigencia que establece la Ley, además de que la mujer sea mayor de edad, es que tenga plena capacidad de obrar (art. 322 del Código Civil). No concurrirá esa plana capacidad de obrar cuando a la misma se haya establecido limitaciones debido a la existencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma

(50) Defiende la filiación por naturaleza Zurita Martín, I., *Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres,* Diario La Ley, núm. 6427, 22 de febrero de 2006, pp. 4 y 11. Se pregunta si sería posible la filiación por naturaleza respecto de una pareja homosexual. Se responde que es imposible si se trata de una pareja de varones, pero no se puede descartar si hablamos de una pareja de mujeres "que podrían determinar respecto de un hijo concebido mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida una relación de filiación matrimonial o no matrimonial".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

(art. 200 del Código Civil) y en consecuencia, un Juez declare su incapacitación (199 del Código Civil) y en su caso, se nombre un tutor (art. 222.2 del Código Civil) o un curador (art. 287 del Código Civil).

Se presume *–iuris tantum–* que toda mujer mayor de 18 años es plenamente capaz. Ahora bien, ¿si una mujer mayor de edad, no estando incapacitada judicialmente, padeciese alguna enfermedad o deficiencia que le impidiese gobernarse por si misma, puede ser usuaria de las TRHA? No basta con tener más de 18 años y la ausencia de una declaración judicial de incapacitación para ser usuaria de las TRHA. Ser receptora de estas técnicas requiere aptitud para entender y querer, esto es una capacidad natural (51). Es preciso comprobar si la mujer receptora de las TRHA, además de ser mayor de edad, tiene esa capacidad natural (52). De observarse, por los facultativos del Centro autorizado, que la mujer que pretende ser receptora de las TRHA esa ausencia de capacidad natural de obrar, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, para que, en su caso, promueva la incapacitación judicial (53).

En tercer lugar, además de ser mayor de edad y de tener plena capacidad de obrar, la mujer para ser usuaria de las TRHA ha de prestar su consentimiento (declaración de voluntad) escrito, libre, consciente y de manera expresa (54), dirigido a aceptar ser re-

---

(51) Díaz-Ambrona Bajardí, M.ª D., *Las técnicas de reproducción humana asistida con especial referencia a las uniones de personas del mismo sexo,* en "Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo xxi", (Carlos Lasarte Álvarez, Ed.), IDADFE, UNED y El Derecho Editores, Madrid, 2006, pp. 161 escribe: *"La falta de capacidad natural, por tanto, impide a la persona ser sujeto de las TRA. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en otras materias jurídicas, la nulidad del acto no impediría los efectos, siendo estos de tal entidad que transcienden de lo patrimonial y de lo personal para proyectarse sobre la esencialidad misma del ser humano como puede ser el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, con toda la dimensión ético y espiritual que ello comporta".*

(52) Como por otra parte, se les exige para los donantes de gametos y preembriones en el artículo 5.6 de la LTRHA, que además de tener más de 18 años, se les exige un "buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar".

(53) Artículo 757. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *"Cualquier persona está facultada par poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación…"*

(54) Practicar una TRHA a una mujer sin su consentimiento está tipifi-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ceptora de las TRHA –exonerando al Centro y a sus facultativos de cualquier daño a su salud siempre que hubiesen actuado con arreglo a la "lex artis ad hoc"–, y al mismo tiempo, aceptando voluntariamente *su maternidad que tras el parto determina la filiación:* tener al nacido como hijo propio, esto es, ser su madre.

El consentimiento ha de ser libre, esto es, la voluntad de la mujer no está viciada, no está sujeta a coacción, violencia y no viene impuesta. La mujer receptora de la TRHA sabe lo que hace, por qué lo hace y quiere hacerlo.

Además de libre, el consentimiento de la mujer receptora de las TRHA ha de ser consciente. Este consentimiento consciente se alcanza con la previa información completa de las consecuencias y riesgos de las TRHA (55). Es decir, la mujer sabe pormenorizadamente en qué consiste las TRHA que va a recibir y sus consecuencias, los posibles riesgos que corre ella como su descendencia durante el embarazo –artículo 3.1 de la LTRHA–.

---

cado en el artículo 161 del Código Penal: "*1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*"

(55) El artículo 3 de la LTRHA/2006, que se ocupa de las condiciones personales de la aplicación de las técnicas, en su apartado primero establece que: "Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación." La información suministrada debe ser lo más completa posible proporcionando a la mujer, antes de firmar (prestar su consentimiento informado), los posibles riesgos para ella misma durante el tratamiento, embarazo y para la descendencia (art. 6.2 LTRHA). La ciencia médica se ha desarrollado pero en los tratamientos sobre técnicas de reproducción asistida, no han desaparecido totalmente los riesgos sobre la salud de la mujer usuaria de los mismos. Sobre los riesgos vide la bibliografía médica citada por Miguel Beriani, I, *El embrión y la biotecnología: un análisis ético-jurídico.* Editorial Comares, Granada, 2004, p. 219.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Además, el consentimiento para ser eficaz ha de manifestarse de manera expresa y por escrito. Estamos ante una declaración de voluntad que ha de exteriorizarse, manifestarse y comunicarse ante el personal competente del Centro autorizado, para que sea conocido. Por tanto, se trata de una declaración de voluntad recepticia. La exigencia de que la declaración de voluntad esté por escrito persigue el contar con un medio de prueba documental, lo que no lleva consigo la nulidad del acto si la voluntad se exterioriza por medio de la palabra –signos o señas– que la revelen directamente. (56)

El consentimiento prestado por la mujer usuaria de las TRHA es revocable, "*podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse"* (57), lo cual significa, que después de ese momento –de la transferencia embrionaria–, el consentimiento se hace irrevocable, puesto que no pueden quedar las relaciones de filiación sujetos a al capricho de quien ya prestó su voluntad de asumir la relación jurídica de filiación. En este sentido, y primando la estabilidad de la filiación y el interés del hijo, se carecerá de acción impugnatoria de la maternidad formal consentida, de la que asimismo carecerán sus herederos.

Por otra parte, el párrafo segundo del apartado primero del artículo sexto de la LTRHA/2006, establece que "*La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual".*

Por tanto, para una mujer mayor de edad y con plena capacidad de obrar, es indiferente cual sea el estado civil, es decir, podrá estar casada –con un hombre o una mujer–, en pareja –con un hombre o una mujer–, soltera (58), separada, divorciada o viuda. En definitiva,

(56) Martínez de Aguirre y Aldaz, C., "*Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida"*, Cuadernos de Derecho Judicial. El Juez civil ante la investigación biomédica, CGPJ, Madrid, 2005, p. 250, entiende que en cuanto a la forma del consentimiento previsto legalmente es "ad probationem" puesto que lo realmente importante es que el consentimiento exista y sea expreso, siendo válido cualquiera que fuese la forma de prestarlo. Así, la falta de medio de prueba documental no lleva consigo la nulidad del acto.

(57) Artículo 3.5 de la LTRHA.

(58) Varias han sido las críticas doctrinales considerando inapropiado que la mujer sola sea receptora de las técnicas de reproducción asistida. Se

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la Ley elimina cualquier limite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.

Por otra parte, la Ley dispone que la mujer podrá ser usuaria de estas técnicas con independencia de su orientación sexual. En este sentido, se admite que la mujer receptora de estas técnicas pueda ser lesbiana, respetando así su orientación sexual, y situándola así, en plano de igualdad de trato con el resto de mujeres heterosexuales (59).

---

ha mostrado oposición a las mismas entendiendo que no son convenientes en el caso de una mujer sola, pensando en el desarrollo de la hijos, *vide* Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derecho de Familia,* Madrid, 1989, p. 490. También se aduce para oponerse a esa posibilidad, que no cabe un ejercicio individual del derecho a procrear, puesto que es mancomunado y por tanto no puede exigirse por parte sólo de la mujer, *vide* a Zaraluqui, L. *Procreación asistida y Derechos fundamentales,* Tecnos, Madrid, 1988, p. 152 y ss. A pesar de estas críticas, se ha defendido el que la Ley permita a la mujer sola ser receptora de estas prácticas tomando como base la doctrina del Tribunal Constitucional estableciendo que: "la fertilización de cualquier mujer independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente" no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar, cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, (RTC 1999,116), en su fundamento de derecho décimo tercero estableció que la CE "no ha diferenciado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, ni existe ninguna constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de la vida familiar".

La mujer sola que así lo quiera, de manera consciente, libre y voluntaria podrá ser madre por medio de las técnicas de reproducción asistida al margen de cualquier relación sexual. La mujer sola, cumpliendo los requisitos legales y con la única exigencia de prestar su consentimiento, puede ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida, pero sin que ello signifique reconocerle "una especie de derecho individual a procrear mediante estas técnicas" –frente a la situación mujer casada que según el art. 6.3 LTRHA, precisa el consentimiento del marido, a menos que estuviesen separados o legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente–.

(59) Hay que recordar que estos planteamiento legislativos de reconocimiento de ciertos derechos a las uniones homosexuales constituidas por hombres o mujeres, se inicio con la Ley de 29/1994, de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos, art. 12 y 16.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En definitiva, se establece la necesidad de que la mujer exprese su voluntad de someterse a la práctica de las TRHA manifestada a través de un consentimiento libre, consciente y expresado por escrito, que quedará reflejado en un formulario de consentimiento informado en el que se expresará las condiciones concretas en que se lleva a cabo la aplicación concreta de las TRHA –art. 3.4 LTRHA–.

El consentimiento libre y voluntario responde, por una parte, a la necesidad de contemplar a los usuarios de los servicios médicos como sujetos de derechos, en particular de derechos referidos a la información clínica y a la autonomía individual de los pacientes y usuarios (60). Por otra parte, con el consentimiento informado se respeta la autonomía de la voluntad de la mujer que decida libremente someterse o no a las técnicas de reproducción asistida. En suma, el consentimiento de la mujer en estos casos, es decisivo (61), puesto que nos encontramos ante un procedimiento médico que aplica en el cuerpo de la mujer unas técnicas encaminadas a originar el embarazo (62).

III.3.º *El consentimiento de la esposa casada con la cónyuge receptora de las TRHA.* El artículo 7 LTRHA, en su apartado tercero establece que: *"Cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido."* (63)

---

(60) Derecho que se recoge en los principios básicos a tener en cuenta en el art. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

(61) La falta de consentimiento de la mujer en la reproducción asistida está tipificada como delito en el artículo 162 del Código Penal, que castiga a quien lo practique con penas de prisión y de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio.

(62) Serna Meroño, E., *La reforma de la filiació*n, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 195-196

(63) De la Iglesia Monje, M.ª I., *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de pareja homosexuales femeninas*, Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias, Tomo I, Cívitas-Registradores de la Propiedad, Pamplona, 2008, p. 485, resume esta regulación con estas palabras: *"que presenta carácter*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

III.3.º1. *Tiempo para prestar el consentimiento.* El consentimiento de la esposa de la cónyuge embarazada mediante el uso de las TRHA ha de prestarse antes de que tenga lugar el nacimiento para *"que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido"* –artículo 7.3 LTRHA–, pero no antes de que la cónyuge receptora de las TRHA quede embarazada, puesto que difícilmente en otro caso vaya a nacer un hijo.

Se exige que la manifestación del consentimiento se haga antes de que nazca el hijo (64), *"no en el momento de la inseminación,*

imperativo o de ius cogens, y que remite la determinación de la filiación a las reglas generales de nuestro Código Civil o normas civiles autonómicas comunes, con las solas salvedades recogidas en la propia ley especial, contempla la posibilidad de atribuir la filiación no biológica en los casos de reproducción asistida por inseminación heteróloga a la mujer casada con la mujer usuaria de la técnica reproductora, que consiente la fecundación".

(64) Si no se hubiese prestado el consentimiento establecido en el artículo 7.3 LTRHA y se hubiese inscrito el hijo en el Registro Civil sólo con la filiación materna de la madre biológica, cabe asumir la relación jurídica de filiación de maternidad formal por parte de la cónyuge a través de la adopción o la posesión de Estado en aras de la seguridad e interés del hijo. Sobre la posesión de estado y estos principio constitucionales, además de los de la estabilidad de las relaciones familiares y relativos al estado civil alude *vide* Barber Cárcamo, R., *La filiación en España: Una visión crítica*, Aranzadi, Pamplona 2013, p. 110 y ss. La estabilidad de una relación de convivencia familiar entre la mujer que no es madre con el hijo de su cónyuge receptora de las TRHA que no ha asumido su maternidad formal a través del art. 7.3 LTRHA puede dar lugar a efectos jurídicos entre la cónyuge de la madre biológica y el hijo de ésta. Planteo el siguiente supuesto de la vida real. En el año 2005, dos mujeres tienen una hija en común concebida por TRHA, inscrita en el Registro Civil como hija de madre soltera y adoptada por la otra. En agosto de 2007, las dos mujeres contraen matrimonio, pero en marzo de 2007, ambas partes habían firmado el consentimiento informado para la fecundación in vitro de una de ellas. Tras el periodo de embarazo nacen dos mellizas, y son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta. En junio de 2009 las dos mujeres rompen su relación definitivamente, permaneciendo la madre biológica en la vivienda en la que convivían. La ex-cónyuge de la madre biológica formula reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las menores que fue estimada al entenderse que había prueba suficiente de la posesión de estado, de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente que resulta de los siguientes hechos: primero de la voluntad concorde de las dos mujeres, voluntad libre y manifiesta del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, de que una de ellas

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no sólo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento

---

se sometiera a las TRHA; las actuaciones judiciales llevadas a cabo y dirigidas siempre a mantener contacto con las niñas –medidas previas y provisionales de fijación de régimen de visitas de las menores, autos de adopción para interesar la adopción de las menores-, a lo que hay que añadir que, según testigos, la ex-cónyuge de la madre biológica, compartió su vida con las menores en calidad de "madre", hasta que la ruptura de la pareja produce también la ruptura de la relación con las niñas. En este supuesto se plantea un problema de aplicación del artículo 131 del Código Civil, en lo referente a la figura de posesión de estado para declarar la filiación, en relación con el artículo 7 LTRHA, en su redacción dada por la Ley 3/2007. Vide el supuesto planteado en la Sentencia del Tribunal Supremo 740/3013, de 5 de diciembre de 2013, Iustel, 22-01-2014, (RI 1122910). En esta sentencia, el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Tercero, apartado quinto, afirma : *"la remisión a las leyes civiles «salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos» –art. 7.1LTRHA– que efectúa la Ley posibilita además el ejercicio de la acción que aquí se ejercita al amparo del artículo 131 del Código Civil, sobre posesión de estado–, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque "constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras", hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que "dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige*", remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 8. 2 de la LTRHA. La posesión del "estado de filiación" que legitima para el ejercicio del artículo 131 de nuestro Código Civil –tengamos presente *la remisión a las leyes civiles "salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos"– art. 7.1 LTRHA –que efectúa la LTRHA y que posibilita el ejercicio de la acción que aquí se ejercita al amparo del artículo 131 del Código Civil, sobre posesión de estado–,* constituye una cuestión de hecho, en el supuesto susodicho, a partir de una acreditada relación de hecho y de derecho entre las partes que se inicio con la adopción de una hija nacida con carácter previo al matrimonio, que siguió con el matrimonio, en el seno del cual nacieron las dos hijas mellizas, y que concluye por ahora con el posterior divorcio. En esta situación, el interés real no es otro que el de las niñas y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas, que se preserve las vinculaciones conseguidas entre todas. Vide el supuesto planteado en la Sentencia del Tribunal Supremo 740/3013, de 5 de diciembre de 2013, Iustel, 22-01-2014, (RI 1122910), concretamente el fundamento de Derecho Tercero,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación" (65).

Por otra parte, no cabe realizar la manifestación de consentimiento susodicha después del nacimiento puesto que entonces se trataría de reconocer como hijo al nacido, y no se admite el reconocimiento como forma de determinación de la relación jurídica de filiación en el matrimonio entre mujeres (66).

---

apartado sexto. Esta sentencia en el susodicho apartado in fine afirma "*El sistema familiar actual –STS de 12 de mayo2011– es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independiente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que respeten las reglas constitucionales.".* Resulta sorprendente la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 15 enero de 2014 (Sentencia número 836/2013, recurso 785/2012) en la que el Tribunal Supremo estima el recurso de una mujer homosexual que reclama la filiación de un niño concebido por su pareja con reproducción asistida, determinando la filiación no matrimonial por posesión de estado. En el voto particular se discrepa de la remisión al Código Civil realizada por la sentencia, al considerar de aplicación al caso la legislación especial en técnicas de reproducción asistida, bajo la cual la recurrente no podría haber obtenido la filiación por no estar casada con la madre biológica y por la falta de acreditación del consentimiento conjunto de las partes, que la sentencia considera en este tipo de casos título de determinación de la filiación.

(65) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 740/2013, de 5 de diciembre de 2013, Fundamento de Derecho Tercero.

(66) El artículo 120.1 CC regula el reconocimiento que sirve como título para la determinación de la filiación, sometido a forma esencial. Ahora bien, entre los presupuestos del reconocimiento se encuentran la voluntariedad, imprescriptibilidad, indisponibilidad de sus efectos y veracidad biológica. Según Barber Cárcamo, R., *La filiación en España: Una visión crítica.* Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2013, p. 189: "Pero dicha verdad no se configura como un requisito esencial para su validez. La veracidad de la manifestación de voluntad que es el reconocimiento comporta una presunción sobre la que el legislador asienta su elección como título de determinación de la filiación, pero la falta de aquélla no acarrea la nulidad del título. Ahora bien, ese vínculo estructural con la verdad explica la negativa a conferir eficacia registral al reconocimiento manifiestamente inveraz, según doctrina de la Dirección General de los Registros que niega reiteradamente su inscripción. Y también desde ese punto de partida se explica la posibilidad de impugnarlo por vicio del consentimiento (error), cuando la realidad no responde a la creencia del reconocedor."

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A través el artículo 7.3 de la LTRHA puede surgir, si así lo consiente la esposa antes del nacimiento, una asunción legal de la maternidad del hijo nacido de su cónyuge como consecuencia de ser ésta receptora de las TRHA. Este consentimiento es un acto de naturaleza jurídica distinta de la figura del reconocimiento (67) del artículo 120 del Código Civil, y por tanto, otro título de determinación de la filiación diferente al reconocimiento (68).

El reconocimiento es un acto eficaz sobre la base de su verdad extrínseca (69) que se entiende como expresión de asunción de una relación paterno-filial que lo es por naturaleza, en coherencia con la verdad biológica (70). El reconocedor al declarar su paternidad afirma implícitamente las relaciones sexuales habidas con la otra persona en tiempo apto para la concepción (71) y la creencia que el hijo es suyo. Tal reconocimiento es irrevocable salvo la concurrencia de vicios del consentimiento al realizarlos (72) –artículo 141 CC–, o

(67) Barber Cárcamo, R., *La filiación en España: Una visión crítica,* Aranzadi, Pamplona 2013, p. 135, entiende que la previsión del artículo 7.3 LTRHA no puede calificarse técnicamente de reconocimiento de filiación, por ser manifiesta y evidente su falta de correspondencia con la realidad y advierte de que tal denominación se está generalizando indebidamente en la practica registral y judicial.

(68) En este sentido Barber Cárcamo, R., *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, REDUR(Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, núm. 8, diciembre de 2010, pp. 29.

(69) Montés Penadés, V., *El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana,* en "La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Tivium, Madrid, 1988, p. 186.

(70) Otros planteamientos existen en la doctrina que recogen una doble concepción como reconocimiento-confesión y reconocimiento-admisión vide a Verdera Server, R., *Determinación y acreditación de la filiación: En especial el establecimiento jurídico de la paternidad del marido de la madre*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 174 y 175.

(71) El dato objetivo de la cohabitación es el más relevante, en este sentido *vide* Rivero Hernández, F., *Comentario al artículo 120. Comentario del Código Civil.* Ministerio de Justicia. Madrid, t. I, 1991, p. 461.

(72) Si el reconocedor era sabedor de que no era el padre biológico, no prosperará la acción Sentencia de la AP de Valencia de 23 de octubre de 2006- JUR 2007/76340; tampoco prosperará si el reconocedor tenía dudas a raíz de ciertas manifestaciones de la madre a raíz del proceso de separación matrimonial con esa madre del niño Sentencia del TS de 26-3-2001, RJ 2001/4762.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

bien cuando se trate de un reconocimiento de complacencia en que no se corresponde con la verdad biológica la declaración de reconocimiento de que el hijo es suyo. (73)

En el consentimiento previsto en el art. 7.3 LTRHA no estamos ante un reconocimiento del tipo previsto el artículo 120.1.º del Código Civil (74), precepto que considera el reconocimiento como el primero de los modos de determinación de la filiación no matrimonial, con independencia de que el que le reconoce estuviere casado con persona distinta del otro progenitor del reconocido (75). Varias son las razones. La primera diferencia se encuentra en que mientras el consentimiento previsto en el art. 7.3 LTRHA ha de manifestar siempre antes del nacimiento del hijo, el reconocimiento se manifiesta, salvo excepción, después del nacimiento (76).

---

(73) Sentencia del T.S. de 20 de enero de 1967, RJ 1967/383, estableció la nulidad de un reconocimiento en testamento porque el actor no era padre biológico del reconocido.

(74) De la Iglesia Monje, M.ª I., *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de pareja homosexuales femeninas,* Homenaje al Prf. Manuel Cuadrado Iglesias, Tomo I, Cívitas- Registradores de la Propiedad, Pamplona, 2008, p.482 utiliza la expresión reconocimiento de la maternidad por otra mujer, si bien utiliza cursiva, quizá para dar a entender que no se trata del reconocimiento del artículo 120.1.º del CC. Concretamente escribe "Ahora con la modificación legal podría pensarse que iba a surgir una contradicción pues el principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación parecía que se oponía frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir –además– otro *reconocimiento* de la maternidad por otra mujer."

(75) Entienden Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones.* Tecnos, 6.ª Edc. Madrid, 1992, p. 260 , que "*la filiación no matrimonial queda determinada por la declaración del progenitor, pero los efectos de esta filiación derivan directamente de la Ley, que para nada tiene en cuanta si el que reconoce quería alcanzar."*

(76) En cuanto a la posibilidad de reconocer a un nasciturus vide a Barber Cárcamo,R., *La filiación en España: Una visión crítica.* Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2013, pp. 196 y ss. Se puede reconocer a un nasciturus en base a la finalidad del reconocimiento y a la regla general del artículo 29 del Código Civil : "*… el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables…",* si bien se ha tratado de negar esta posibilidad en base a lo dispuesto en el artículo 122 CC: "*Cuando un progenitor hiciere reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En segundo lugar, en el supuesto previsto en el artículo 7.3 de la LTRHA no se determina una filiación no matrimonial, puesto que el propio precepto comienza diciendo que se aplica "*cuando la mujer estuviese casada, y no separada legalmente o de hecho con otra mujer…",* luego la filiación que se determine, en virtud de lo dispuesto en el precepto, a favor de esta última será una filiación matrimonial.

La tercera diferencia se encuentra en que en el art. 7.3 de la LTRHA estamos ante un acto jurídico cuyo contenido es una manifestación de consentimiento de la mujer cónyuge de la gestante, pero no de que haya existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido, ni esa manifestación de voluntad puede calificarse como reconocimiento de filiación por existir una falta de correspondencia con la realidad, cosa que si ocurre en el reconocimiento del artículo 120.1.º del CC, como base de la afirmación de paternidad del hijo. En el art. 7.3 LTRHA se acepta voluntariamente y se consiente, independientemente de la participación en el hecho biológico-carnal de la procreación, en que cuando nazca el hijo de su cónyuge gestante, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. Por tanto, no se trata de una variante del reconocimiento del art. 120.1.º CC, sino de un nuevo acto jurídico como medio de determinación de la filiación, voluntario, personalísimo, puro –no sujeto a condición- e irrevocable.

III.3.2. *Diferencia ente consentimiento prestado por el marido –artículo 6.3 LTRHA– y el prestado por la esposa –el art. 7.3 LTRHA–.* La mujer casada con otra mujer que es usuaria de las TRHA podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, ("*consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge,*

---

otro a no ser que esté ya determinada legalmente". Para salvar este escollo se considera por Peña Bernaldo de Quirós, M., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 919 y ss. que el artículo 122 CC no es aplicable en base a lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución, si bien en todo caso la eficacia de ese reconocimiento paterno del narciturus queda sujeta al "nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno" –art. 29 y 30 CC– y concurra, por tratarse de un menor, " el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente reconocido" –artículo 124CC–.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

se determine a su favor la filiación respecto del nacido"), su consentimiento, que ninguna semejanza tiene con el consentimiento previsto para el marido en el artículo 6.3 de la misma Ley de TRHA–.

En el matrimonio entre mujeres ni existe marido (77), y por tanto no existe la presunción de paternidad (78) matrimonial del artículo 116 de nuestro Código Civil (79), presunción que está llamada a activar el consentimiento prestado por el marido y para lo cual está previsto en el art. 6.3 LTRHA. Es evidente pues que semejante presunción sólo puede darse en los matrimonio heterosexuales, únicos en los que existe un marido capaz de mantener la operatividad de la susodicha presunción en materia de TRHA aun cuando la técnica utilizada sea la inseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga –con material genético de un tercero–.

En cambio, el consentimiento previsto en el artículo 7.3 del mismo texto legal, además de no activar ninguna presunción de paternidad, constituye un instrumento de determinación de la relación jurídica de maternidad sin acudir a la vía adoptiva por parte de la mujer cónyuge de la usuaria de las técnicas RHA.

El consentimiento del marido en el caso de que la mujer receptora de las TRHA previsto en el artículo 6.3 tiene por objeto (80), por

(77) Cuando una mujer estuviese casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, es obvia la ausencia de varón –marido– y por lo tanto no precisa el consentimiento de éste –que establece para los matrimonios heterosexuales el artículo 6.3 de la LTRHA–. Igualmente es obvio que no entra en juego la presunción de paternidad matrimonial.

(78) Según RDGRN de 20 de septiembre de 1996, RJ 1997, 714, la presunción de paternidad no sirve para acreditar la filiación, sino para determinarla. La fuerza y el automatismo de la presunción de paternidad determina la filiación al margen de que haya o no posesión de estado del hijo matrimonial.

(79) La paternidad matrimonial normalmente se determina simultáneamente a la maternidad al aplicar la presunción de paternidad –artículo 116 del Código Civil–: establecida maternidad, dada la condición de casada de la madre pone en juego la presunción de paternidad a favor del marido determinando a su favor la paternidad con las limitaciones del artículo 116 susodicho.

(80) Rebolledo Varaela, A., *El consentimiento del marido en la utilización de las técnicas de reproducción asistida: su regulación en el Proyecto de Ley 12/000039,* en –Cord. Díaz Martínez, A.–, "Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas", Dykinson, Madrid, 2006, p. 178, entiende que aunque no parece que los centros

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

parte del varón consentir la fecundación de su esposa –que siendo semen de donante es tanto como reconocer obviamente que no es suyo (81)– con el efecto de determinación posterior de la relación jurídica de filiación mediante la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil. Si falta ese consentimiento, el marido podrá impugnar la filiación matrimonial inicialmente atribuido por la presunción del artículo 116 CC.

En cambio, el consentimiento del artículo 7.3 constituye un mecanismo "ad hoc" que excluye la aplicación al matrimonio entre mujeres de la presunción de filiación matrimonial que establece nuestro Código Civil para los nacidos después de la celebración del matrimonio (82). No se establece pues para la cónyuge de la madre receptora de las TRHA ninguna presunción de maternidad (83) ya que, la presunción del artículo 116 de nuestro Código Civil únicamente opera en los matrimonios heterosexuales, no entre personas del mismo sexo, dado que en el matrimonio homosexual, o no existe mujer que dejar embarazada, o no hay varón cuya filiación presumir, caso del matrimonio entre dos mujeres (84), .

Es en éste último supuesto, el del matrimonio entre dos mujeres, en el que entra el juego el consentimiento previsto en el artícu-

---

tengan obligación de exigir certificación del Registro sobre el estado civil de la mujer que desea ser usuaria de las técnicas, bastando la simple manifestación de ésta sobre el mismo, si tienen conocimiento del estado de casada de la mujer y pese a ello prescinden del consentimiento del marido, sin concurrir las excepciones del artículo 6.3.º, se incurriría en infracción grave, art. 26.b) 3.º.

(81) La paternidad del nacido de la madre que recurre a una TRHA a través de un donante, no es padre con arreglo a la verdad biológica, pero si es padre legalmente en función de la presunción de la paternidad del artículo 116 CC, sin prestar otro consentimiento, pero si falta éste cabe impugnarla.

(82) En este sentido Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Transexualidad, matrimonio entre personas del mismo sexo y nombre*, Aranzadi Civil, 2007, núm. 3 (versión informática)

(83) Como entiende Verdera Server, R., *Comentario a los artículos 7 y 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida,* (Dir. José Antonio Cobacho Gómez), Thomson-Aranzadi Pamplona, 2007, p. 287.

(84) Y por tanto no es aplicable a tal supuesto lo dispuesto en el artículo 6.3 de la LTRHA

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lo 7.3 de la LTRHA, que constituye un *medio autónomo de determinación de la filiación* (85) –además de los medios previstos en el artículo 115 de nuestro Código Civil–, y que quedará determinada legalmente por una parte, por el parto de la madre que consintió ser receptora de la fecundación asistida (madre natural o biológica) –artículo 6.1 de la LTRHA– y por otra parte, por el consentimiento que manifiesta –ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal– la mujer cónyuge de la embarazada que utiliza las técnicas de reproducción asistida (madre formal y no biológica).

En el artículo 7.3 de la LTRHA se establece un título de atribución de la filiación, un hecho determinante de la filiación distinto del hecho de la generación biológica. Se trata de un acto jurídico formal (86) de carácter previo al nacimiento por el cual la mujer casada con la receptora de las TRHA, puede consentir en asumir la maternidad formal del hijo natural de ésta (87). Su ausencia impide la inscripción en el Registro Civil al nacido como su hijo matrimonial. Pon tanto, ante la ausencia del consentimiento de la esposa de la madre bilógica, de tener como hijo al que nazca como consecuencia de la utilización de TRHA de su cónyuge, y dado que no se aplica la presunción del artículo 116 CC, únicamente quedará determinada la relación jurídica de filiación respecto de la madre biológica, como hijo extramatrimonial (88).

---

(85) En este sentido vide a Nanclares Valle, J., *Comentario al artículo 112 del Código Civil,* en Código Civil Comentado, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 616 y 617.

(86) El consentimiento se ha de prestar con unas exigencias formales que son insustituibles para ofrecer las máximas garantías jurídicas. En aras de esas garantías algunos propusieron el documento público notarial como forma de expresar el consentimiento, así Alkorta Idiakez, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho Español y comparado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 244.

(87) Este acto jurídico formal tiene unos efectos que guardan cierta analogía con la adopción en cuanto que sirve para la determinación de la filiación, constituye un título de atribución de la filiación que no corresponde por naturaleza. No obstante, no dejan de existir diferencias con la adopción en particular, entre otras, a lo relativo a la intervención de la autoridad judicial.

(88) Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Transexualidad, matrimonio ente personas del mismo sexo y nombre,* Aranzadi Civil, núm. 3, Tribuna (BIB 2007/3004)

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

III.3.3. La capacidad necesaria para prestar el consentimiento del art. 7.3 LTRHA

Con carácter previo al nacimiento, la mujer casada con la receptora de las TRHA, puede consentir en asumir la maternidad formal del hijo natural de ésta. Ahora bien, esta mujer, cónyuge de la receptora de las TRHA y que presta su consentimiento puede ser mayor edad o una menor de edad emancipada.

Sabemos que pueden contraer matrimonio (89) por tener edad núbil, según el artículo 46.1.º del Código Civil, los mayores de edad, los menores emancipados que han cumplido los 16 años (90) y los mayores de catorce años que obtengan la dispensa judicial.

Por consiguiente, es claro que se permite contraer matrimonio a partir de la edad núbil –a partir de los 14 años–, que es la edad a partir de la cual el legislador entiende que se tiene capacidad para contraer matrimonio. Se permite así contraer matrimonio sin dispensa a los menores emancipados por entender que éstos cuentan con la necesaria madurez de juicio para regir su persona "como si fuera mayor" –artículo 323 del CC– y han alcanzado esa capacidad natural para contraer matrimonio.

Así, si la mujer que ha de consentir está casada, y si es menor de edad, está emancipa por el matrimonio, se le amplia su capacidad de obrar que se acerca a la del mayor de edad, si bien con las limitaciones relevantes del artículo 323 CC. Por tanto, esta mujer al estar emancipada, puede prestar el consentimiento previsto en el artículo 7.3 LTRHA, ya que como emancipada se le habilita para regir su

(89) Sobre la materia vide a García Cantero, *Comentarios al Código Civil,* EDERSA, II, 2.ª Edc., Madrid, 1982.

(90) Saliendo de la patria potestad o la tutela, sea por concesión de los padres artículos 314.3.º y 317 del Código Civil), sea por concesión judicial (artículos 320 y 321 del Código Civil), por un anterior matrimonio del menor celebrado con dispensa e edad o convalidado por convivencia (artículo 75 del Código Civil). Según De Pablo Contreras, P., *Comentario al artículo 46, Código Civil Comentado,* Cívitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 353. *"Hay que entender, en cambio, que no tiene la aptitud legal para casarse –y habrá de solicitar la dispensa de edad si desea hacerlo– el menor emancipado por vida independiente (art. 319 CC), pues, al tener el matrimonio como efecto la emancipación, se extingue unilateralmente la facultad de libre revocación del consentimiento de los padres que constituye su presupuesto."*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

persona y bienes como si fuera mayor, esto es, puede actuar como mayor de edad a efectos personales y familiares, con las salvedades legalmente establecidas, en su mayoría de carácter patrimonial según el susodicho artículo 323 del CC.

Ahora bien, si la mujer que manifiesta ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, (que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido) está incapacitada en virtud de sentencia judicial, el Encargado del Registro Civil ha de rechazar su manifestación. No así si se trata de una persona previamente incapacitada cuya declaración de incapacidad tenga contenido meramente patrimonial –*vg.* pródigos o concursados– en cuyo caso, evidentemente tendrá que aceptarse válidamente su manifestación de consentimiento.

Si se tratase de una mujer con incapaz natural, esto es, sin que se la haya incapacitado por Sentencia Judicial, que acuda a manifestar su consentimiento ante el Encargado del Registro Civil, éste deberá rechazar su manifestación por proceder de una persona sin la necesaria capacidad y madurez suficientes para consentir que se determine a su favor la filiación (91). De observarse esa ausencia de capacidad natural de obrar, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, para que, en su caso, promueva la incapacitación judicial (92).

(91) Referido al reconocimiento otorgado por incapaces *vide* a Naclares Valle, J, *Comentario al artículo 121 del Código Civil, en Código Civil Comentado*, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 644. En materia de reconocimiento de la filiación vida, entre otros a Durán Rivacoba, R., *La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz,* Anuario de Derecho Civil, 1998, pp. 453 y ss. Peña Bernaldo de Quirós, M., *"De la paternidad y la filiación",* en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Madrid, 1984, pp. 773 y ss. Pozo Vilches, J., *El reconocimiento de la filiación: requisitos complementarios,* Ed. Trívium, 1994; Quicios Molina, M. S., *Determinación de la filiación matrimonial por reconocimiento,* J. M. Bosch Editor, Barcelona 1997.

(92) Artículo 757. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *"Cualquier persona está facultada par poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación…"*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

IV. EL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 7 DE LA LTRHA

Si la mujer que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida, esta casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge –madre biológica, usuaria de las TRHA-, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. *–art. 7.3 LTRHA–.* (93)

IV.1. *En primer lugar, la mujer que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida, ha de estar casada con otra mujer.* Ello actualmente, como es sabido, no entraña ningún problema ya que la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (94), añadió un

(93) De la Iglesia Monje, M.ª I., *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de pareja homosexuales femeninas*, Homenaje al Pre. Manuel Cuadrado Iglesias, Tomo I, Civitas-Registradores de la Propiedad, Pamplona, 2008, p.489, en las conclusiones de su artículo, además de abogar por la urgente y necesaria revisión del tema de la filiación, escribe *"A simple vista no se ha producido ninguna modificación en torno a la filiación pues los hijos nacidos de estas técnicas de reproducción asistida siguen denominándose matrimoniales o extramatrimoniales, aunque el legislador se ve obligado a recurrir a las ficciones o, de otro modo, presunciones legales iuris et de iure, para atribuir la matrimonialidad –sin admitir prueba en contrario– a quien, en realidad, es hijo o no matrimonial; también para calificar de extramatrimonial a quien no es hijo, tanto en parejas heterosexuales como homosexuales, y, otras veces prolonga las categorías tradicionales de matrimonial fuera de los límites temporales universalmente aceptados; y en supuestos de matrimonio de parejas homosexuales femeninas con las implicaciones que de ellos se derivan en materia de Derecho sucesorio".*

(94) En la doctrina, más o menos crítica, sobre la susodicha Ley, vida a García Cantero, G., *Sobre el llamado matrimonio homosexual. Análisis de algunas cuestiones debatidas*, en " La reforma del modelo de familia en el Código Civil español", Granada 2005, pp. 54 y ss.; Hernández Ibáñez, C., *Cambio revolucionario en España en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual.* La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 3, 2006, pp. 1875-1884; Rodríguez-Arana Muñoz, J., *Sobre el dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 1, 2005, pp. 1612-1618. García Rubio, M.ª P., *La modificación del Código Civil en materia de*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

párrafo segundo al artículo 44 de nuestro Código Civil en el que se establece que *"El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".* Tan sencilla redacción introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo (95) y modificó, además del artículo 44, otros 16 artículos del Código Civil para cambiar la referencia marido-mujer por la de cónyuges y la expresión padre-madre por la de progenitores (96). Además la disposición adicional 1.ª de la mentada Ley 13/2005, establece que: *"Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes".*

En suma, la Ley 13/2005, como se afirma en su Exposición de Motivos "permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualesquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio… serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes…", y por tanto, en su caso, incluso a efectos de filiación.

Por otra parte, es claro que no existe matrimonio, en el caso de divorcio o en el supuesto de la nulidad matrimonial. La nulidad del matrimonio supone *"la destrucción legal y retroactiva de un vínculo imperfectamente establecido, por concurrir en la celebración de las nupcias un vicio consustancial a ellos, suficientemente acreditado"* (97). Declarada la nulidad no existe matrimonio. El matrimonio nulo ha producido determinados efectos respecto los contrayentes de

---

derecho a contraer matrimonio, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 5 , 2005, pp. 1118 -1131; Bercovitz Rodríguez Cano, R. *El matrimonio de los homosexuales*, Aranzadi civil: revista doctrinal, núm. 3, 2004, pp. 2271 y ss., Pérez Cánovas, N., *El matrimonio homosexual,* Actualidad Civil, núm. 20, 2005, pp. 2442-2451

(95) La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198), desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005.

(96) Son los siguientes artículos 66, 67, 154.I, 160.I, 164.2, 175.4, 178.2, 637.II, 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365.2.º, 1404, 1458 del Código Civil y los artículos 46, 48 y 53 de la Ley del Registro Civil.

(97) Puig Peña, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, t. II., v. 1.º, Editoriales de Derecho Reunidas SA, Madrid, 1971, p. 523.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

buena fe, pero una vez declarado nulo, el matrimonio deja de existir. Los efectos del matrimonio que se respetan son los anteriores a la declaración de nulidad nunca los posteriores puesto que después de declarar nulo el matrimonio, la unión matrimonial ya no existe.

IV.2. *En segundo lugar, la mujer que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida, no sólo ha de estar casada con otra mujer, sino que no ha de estar separada legalmente o de hecho de la misma, esto es,* el vinculo matrimonial ha de subsistir y ha de estar vigente la convivencia conyugal en ese momento, no existiendo separación judicial o de hecho.

La separación tiene lugar cuando los cónyuges suspenden su vida en común independientemente de que lo hagan en virtud de una resolución judicial (separación judicial, decretada judicialmente –a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, o a petición de uno solo de los cónyuges según se establece en el art. 81 CC–) o se trate de una separación fáctica de mutuo acuerdo o por decisión de uno sólo de los esposos (98).

La separación de hecho consiste en la interrupción de la vida conyugal sin que intervenga ningún órgano jurisdiccional. Se trata de la manifestación fáctica de un deseo de interrumpir la vida matrimonial al existir, en uno o en ambos cónyuges, la intención o animus de vivir por separado, cesando en la convivencia conyugal –separación física, corpus–.

Tanto la separación judicial –decretada mediante sentencia firme– como la separación fáctica (99) –en la basta que uno de los

(98) Sobre la separación y su concepto vida a Valladares, E., *Nulidad, separación y divorcio (Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio)*, Civitas Ediciones SL, Madrid, 1981, p. 263 y ss.

(99) Siguiendo a Cámara Álvarez, M. de la, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales,* Anuario de Derecho Civil, 1969, p. 4 y Varela de Limia, F., *La separación convencional de los cónyuges y el Derecho Español,* EUNSA, Pamplona, 1972, p. 21, en la separación de facto han de concurrir tres requisitos: el primero, una interrupción de la vida en común; el segundo, acuerdo de los cónyuges o voluntad de uno de ellos en tal sentido y tercero, que no haya intervención judicial –litigio entre cónyuges– al realizarse de manera particular. Ogayar y Ayllón, T. *Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce,* Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio-agosto 1972, p. 38 y ss. exigía además la "existencia de una causa grave y duradera en la que funde la separación de hecho", que hoy no tiene

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cónyuges la imponga, interrumpiendo la vida conyugal, supuesto en el que existe una ausencia de "affectio maritalis", una ruptura de la convivencia conyugal– es independiente de cualquier imputación causal a uno o ambos cónyuges.

La separación de hecho ha de quedar debidamente acreditada, esto es, ha de acreditarse fehacientemente por cualquier medio probatorio (100). En este sentido, ha de probarse la intención de al menos uno de los cónyuges de vivir separados, y que ello ha llevado al cese de la convivencia conyugal. Si existe una separación de hecho acreditada, es porque existe la intención romper con la convivencia conyugal, decisión que se supone meditada antes de tomarla y con todas las consecuencias. Si actualmente para conceder el divorcio o la separación judicial basta con que uno sólo de los cónyuges lo solicite, la separación de hecho no requiere la intención de ambos cónyuges de vivir separados ni tiene que ser consentida por ambos cónyuges, sino que basta con que uno de los cónyuges, con más o menos reflexión antes de tomar la decisión, no desee continuar su vida en común, lo que implica una separación de hecho con todos los efectos jurídicos que de ella se derivan.

La separación de hecho –fehacientemente acreditada–, se puede dar habitualmente en los casos de haberse interpuesto una demanda de separación de conformidad con lo establecido en el artículo 81 del Código Civil, o en los supuestos de acceder directamente a solicitar el divorcio –sin que los cónyuges se haya separado judicialmente– en base al artículo 86 CC: *"Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio,*

---

porque existir ya que la separación de hecho puede ser consecuencia del deseo de vivir separadamente y no seguir conviviendo.

(100) En cuanto a la acreditación fehaciente de la separación de hecho, se ha de admitir cualquier medio de prueba siempre que de él se derive la autenticidad, la certeza de la separación; sobre este aspecto, en su momento, ya se mostraba partidaria Hernández Ibáñez, C., *La separación de hecho matrimonial,* Ed. Edesa, Madrid, 1982, p. 181 y ss. y Maside Miranda, J. E., *Legítima del cónyuge supérstite,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, p.234, escribió: *"A mi juicio, la separación de hecho podrá acreditarse fehacientemente por cualquier medio probatorio porque el legislador utiliza una fórmula amplia, imprecisa (separado de hecho... que conste fehacientemente) y no una interpretación restrictiva, si hablase de convenio".*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81" del Código Civil (101).

Por tanto, si está pendiente un litigio sobre separación o divorcio, hemos de tener presente, que durante la tramitación de un proceso de separación o de divorcio, como aún no se ha dictado la sentencia de separación o de divorcio, nos encontramos con que a la presentación de la demanda de separación o divorcio, se produce por ministerio de la Ley el efecto de que los cónyuges puedan vivir separadamente, cesando la presunción de convivencia conyugal –art. 102.1.º CC–.

Ahora bien, ha de tenerse presente que tanto el divorcio, la nulidad del matrimonio y la separación judicial, se prueban fácilmente al existir una resolución judicial. Cuestión distinta es la dificultad de prueba en el supuesto de la separación de hecho. En ésta, lo determinante que hay que probar, no es tanto la duración temporal de la misma, cuanto la existencia inequívoca de un ánimo de permanecer separado de hecho, ánimo que se ha de probar plenamente e irrefutablemente (102). En este sentido, será determinante justificar fundamentalmente la ausencia de voluntad de uno o ambos cónyuges de mantener una convivencia conyugal propia de la normalidad

(101) El artículo 81 del CC contempla los supuestos en que se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: *"1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación."*

(102) Se probará la separación de hecho en el juicio declarativo que corresponda –AAP Zaragoza, sec. 5, 12 de febrero de 1999, AC 1999, 3317– por parte de quien tenga interés en hacerla valer –SAP Cáceres, sec. 1, 19 de mayo de 2006, JUR 2006, 183438–.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

matrimonial (103) aunque, en algún caso, no hubiese desaparecido la convivencia física en un mismo domicilio por diversos motivos justificados de necesidad.

IV.3. *En tercer lugar, la mujer que está casada –y no separada legalmente o de hecho– con la mujer que se ha sometido a las técnicas de reproducción asistida podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, "se determine a su favor la filiación respecto del nacido".*

En el caso del matrimonio entre dos mujeres, a los efectos de la utilización de las técnicas de reproducción asistida que se realizará con semen de donante, se precisa únicamente el consentimiento de la mujer receptora. La cónyuge de la mujer usuaria de las técnicas nada tiene que consentir respecto de la aplicación de las técnicas a la otra mujer con la que se encuentra casada, puesto que en principio no derivan para ella ninguna relación jurídica de filiación. Por el contrario, la el artículo 7.3 de la LTRHA, plantea la posibilidad del consentimiento de la mujer cónyuge de la usuaria de las TRHA, pero no a los efectos de poder aplicar éstas, sino posteriormente y pensando en cuando nazca el hijo y a los efectos de determinar a su favor la filiación respecto del nacido: "*… podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido".*

Por tanto, el consentimiento de la mujer cónyuge de aquella otra mujer a la que se le ha aplicado las técnicas de reproducción asistida, no va referido a la utilización de éstas TRHA, sino a que se determine a su favor la filiación respecto del nacido como consecuencia de que su cónyuge se ha sometido a las susodichas técnicas. La inclusión de ese apartado tercero en el artículo 7.3 de la LTRHA pone de manifiesto que a la hora de aplicar las TRHA a una mujer casada, el consentimiento del cónyuge mujer no tiene el mismo tratamiento que el del cónyuge hombre, previsto en el apartado tercero del artículo 6.3

(103) Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (Coord.), De Pablos Contreras, P. y Pérez Álvarez, M. A., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia,* Coles, Madrid, 2007, p. 159.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LTRHA (104). Ahora bien existen razones que justifican este diferente tratamiento legal. En primer lugar, el consentimiento del cónyuge mujer está previsto en el apartado tercero del artículo 7 rubricado "filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida", mientras que el otro consentimiento, el del cónyuge hombre, está contemplado en el apartado tercero del artículo 6 "usuarios de las técnicas". En segundo lugar, porque mientras el consentimiento del cónyuge varón se precisa antes de la utilización de las técnicas; en cambio, el consentimiento del cónyuge mujer no se precisa antes de la utilización de las técnicas y se presta ante el encargado del Registro Civil.

¿A qué obedecen estas diferencias? Según dispone el artículo 6.3 de la LTRHA, si la mujer receptora de las TRHA estuviera casada, precisa además del suyo, el consentimiento (libre, consciente y formal) de su marido –a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho– antes de la utilización de las TRHA, consentimiento que abre la puerta a la presunción de paternidad del marido –art. 116 del CC–: se consideran hijos del marido los hijos nacidos a consecuencia de la utilización de las TRHA consentidas por el marido. Todo ello no cabe aplicarlo analógicamente al matrimonio de mujeres a los efectos de la filiación –regulado en el art. 7.3 de la LTRHA– en el sentido de presumir la maternidad de la mujer casada con la receptora de las TRHA, puesto que si bien es cierto que estamos ante una inseminación heterologa (al igual que ocurre en un matrimonio heterosexual cuando el material reproductor procede de donante anónimo y no del marido), no se ha establecido por el legislador una ficción legal –como la del art, 116 del Código Civil– como título de atribución de la maternidad, y que se aplica a los casos en que el progenitor legal no biológico –marido– presta su consentimiento (art. 6.3 LTRHA).

(104) Según éste precepto "Si la mujer estuviera casada, se precisa además, el consentimiento de su marido, a menos que estuviesen separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal."

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

V. CONCLUSIONES

1.º El artículo 7.3 de la LTRHA se aparta del principio general que inspira en nuestro Código Civil la regulación en materia de filiación basado en el principio de veracidad biológica (105). Estamos ante un precepto que es de ius cogens –tiene carácter imperativo–, que se remite para la determinación de la filiación en el caso de utilización de TRHA en un matrimonio entre mujeres, a las reglas generales de nuestro Código Civil –o en su caso Derecho Civil foral o especial– con las solas salvedades que contemplan los artículos 7, 8, 9 y 10 de la LTRHA. La vertebración e integración de este precepto –regla especial– con las normas civiles generales, basadas en el principio de verdad biológica, que es desatendido en el supuesto del artículo 7.3 de la LTRHA, puede resultar contradictoria, en el sentido de no ser siempre fácil tal encaje desde la estricta técnica jurídica.

El susodicho precepto rompe la regla general según la cual "*la maternidad es única y viene determinada por el hecho del nacimiento, sin que pueda sobrevenir otro reconocimiento de maternidad por otra mujer",* admitiéndose únicamente obtener otro vínculo filial de la maternidad mediante la adopción (106) –artículo 175.4 CC– (107). Por el contrario, el artículo 7.3 de la LTRHA permite determinar una filiación formal a favor de una mujer –maternidad– que no se corresponde a la verdad natural –biológica–.

(105) Introducido por la Ley de 13 de mayo de 1981. Sobre este principio vida la STC 138/205, de 26 de mayo .

(106) Con anterioridad a la redacción del vigente artículo 7.3 LTRHA, la doble maternidad se concedió por varias decisiones judiciales polémicas, referidas a una pareja no casada de mujeres, tras el sometimiento de una de ellas a las TRHA, a través de la adopción por la mujer que no era la madre biológica del hijo de ésta: Autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pamplona de 22 de enero de 2004 y de 26 de enero de 2005, AC 2004/164 y AC2005/180 respectivamente.

(107) En este sentido véase la RDGRN de 5 de junio de 2006, La Ley 84038/2006. El artículo 7.3 LTRHA sin necesidad de adopción es un cauce para alcanzar la compaternidad o doble maternidad legal a los matrimonios de mujeres (sorprende esta doble maternidad sin adopción a García Vicente, J. R., *La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas.* Derecho Privado y Constitución, núm. 20, 2006, pp. 208 , nota 5).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2.º En el apartado tercero del artículo 7 LTRHA se contempla la posible "comaternidad" (108), así como los requisitos para su determinación. Se puede admitir la comaternidad, sin que por ley venga impuesta a la cónyuge de la madre biológica, en el sentido de que, por una parte se encuentra la madre por naturaleza (la biológica, la que ha dado a luz) y por otra la madre formal (109) (no natural) (110). El susodicho precepto no permite entender que estemos ante una doble maternidad por naturaleza (111) puesto que biológica-

(108) Comaternidad que deja al margen de la adopción por parejas del mismo sexo, que ha estudiado, entre otras, Solé Resina, J., *Adopción y parejas homosexuales,* en "Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional (Coord. Susana Navas Navarro), 2006, 209-220. Por otra parte, en contra, sobre la admisión de la doble maternidad vida a Rubio Torrano, E., *Madre no hay más que una*, Aranzadi Civil: revista doctrinal, núm. 2, 2006, pp. 2089-2092.

(109) Para cierta parte de la doctrina se trata de un concepto jurídico de filiación que no deja de recoger una ficción legal amparada en la asunción del papel de madre, en este sentido Roca Trías, E. *Comentario al artículo 92,* en Egea i Fernández, y Ferrer i Riba (Coord.) en "Comentarios al Codi de Familia, a la Llei d´unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d´ayuda mutua", Madrid, Tecnos, 2000, p. 429, entiende que, en este sentido, estamos ante un sistema análogo al de la adopción, cobrando importancia decisiva la asunción del rol de padres.

(110) Se deja así atrás el aserto de que "la maternidad es única en nuestro Derecho" defendido por las Resoluciones de la DGRN de 30 de septiembre de 2004 (RJ 2005/664) y de 5 de junio de 2006 (JUR 2007/130357), en las que se argumentaba que "la maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción, resultando en el primer caso, respecto de la madre, del hecho del nacimiento". Así determinada la maternidad por el hecho del parto, no cabe, atendiendo al principio de verdad biológica, el que pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer. Sobre lo discutible que pudieran resultar a la vista de la normativa aplicable vide a Rubio Torrano, E., M*adre no hay más que una,* Aranzadi Civil, núm. 12, 2007, Tribuna, BIB, 2006/1283.

(111) En sentido contrario Verdera Server, R. *Comentario a los artículos 7 y 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida,* (Dir. José Antonio Cobacho Gómez), Thomson-Aranzadi Pamplona, 2007, pp. 281, entiende que la introducción del apartado 3 del artículos 7 de la LTRHA, por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral del sexo de las personas, es consecuencia de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, e implica, en el caso de un matrimonio entre mujeres , en el que

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mente en el matrimonio entre mujeres no es posible la fecundación, aunque si es posible superar tal necesidad a través de las TRHA. El legislador ha reconocido la posibilidad de que la mujer, cónyuge de la otra receptora de las TRHA pueda ser madre formal, pero sólo si así lo consiente, esto es, si volitivamente así lo quiere asumiendo el contenido de derechos y deberes derivados de la relación paterno-filial (112).

Por tanto, hemos de concluir que a través del art. 7.3 de la LTRHA, se supera la barrera que existía hasta este texto legal y que se levantaba sobre "el carácter único" que la maternidad tenía en el Ordenamiento Jurídico español (113), que traía causa en nuestro Código Civil (art. 113.II) y en la Ley del Registro Civil (artículo 50).

3.º Es claro que el artículo 7.3 de LTRHA permite la constitución de una relación jurídica de filiación formal, puesto que si el legisla-

---

una de ellas sea receptora de las TRHA. "implica –dice– la franca admisión de la doble maternidad (por naturaleza) en el Derecho español".

(112) Comentando el proyecto de Ley que luego resulto ser la LTRHA de 2006, Carrasco Perera, A., *Reproducción asistida,* Actualidad Jurídica Aranzadi, 2005, núm. 674 (versión informática) escribe: "*Nos surge un problema que a los proponentes de la reforma del matrimonio parece no se les ocurrió: la pareja homosexual ya no es «infértil», y toca determinar si la señora no gestante deberá determinar su progenie como «padre» (el demandante nunca podrá serlo) o como madre bis. Bien es verdad que pueden repetir el fenómeno a la inversa y trastocar con el segundo hijo los papeles de madre carnal y madre bis. Me la represento, y no veo la hipótesis tan irreal, aunque si monstruosa."*

(113) *Vide* la RDGRN de 5 de junio de 2006 (JUR 2007, 130356) que analizó la solicitud de inscripción de maternidad por la conviviente de la madre progenitora : "Aunque partiendo del principio incuestionable de que las parejas del mismo sexo no deben ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas la maternidad tanto respecto de la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción, resultando en el primer caso, respecto de la madre, del hecho del nacimiento (*Cfr.* Art. 87 CF). El principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación se oponer frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer". Un comentario de la misma Rubio Torrano, E., *Madre no hay más que una,* Aranzadi Civil, 2006, núm. 12.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dor no hubiese introducido este apartado, hubiese tenido continuidad la previa regulación legal que posibilitaba el vinculo de maternidad respecto de quien no es madre natural a través de la adopción –posibilidad abierta en nuestro Código Civil (artículo 175 y ss.)– que permite obtener una relación jurídica de filiación de igual contenido que la filiación por naturaleza, dada la equiparación absoluta entre ésta y al adoptiva –artículo 108 CC– en cumplimiento del artículo 39 de nuestra Constitución que proclama la igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación.

A efectos de filiación, y sin dejar al margen al hijo como sujeto principal digno de protección, el consentimiento prestado por la cónyuge de la mujer usuaria de las técnicas para cuando nazca el hijo de ésta, determinará, por ley, a su favor la filiación matrimonial del nacido, de forma, en principio, irrevocable. Por tanto, el consentimiento de la cónyuge de la mujer receptora de las TRHA determina a su favor una maternidad formal (puesto que la maternidad natural está determinada por el parto y no puede ser doble), pero los efectos de esta filiación derivan directamente de la Ley, que para nada tiene en cuanta si el que consiente a su favor la filiación respecto del nacido quería alcanzar.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA TESTAR

Aurelia María Romero Coloma
Doctora en Derecho. Abogada especializada en Derecho de Sucesiones, Derecho de Familia, Responsabilidad Civil y Derechos fundamentales de la persona persona. Profesora del Máster de acceso a la Abogacía de la Universidad de Cádiz

Resumen: La capacidad para testar se presume, siempre y en todo caso, en la persona que no está incapacitada judicialmente. Se trata de una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario, prueba que, en todo caso, ha de ser suficiente y razonada. Sin embargo, en la práctica, sabemos que muchas personas no se encuentran en su cabal juicio cuando proceden a redactar sus disposiciones de última voluntad y que, a veces, es muy difícil que el Notario autorizante del testamento perciba la "incapacidad sutil" del testador para llevar a cabo un acto de tanta trascendencia jurídica como lo es el testamento. Hay que subrayar que el Notario no es una persona experta en Medicina y, en concreto, en Psiquiatría ni Neurología. De ahí la necesidad, cuando exista duda, de convocar a los facultativos con el fin de que emitan un diagnóstico adecuado.

Palabras clave: CAPACIDAD; INCAPACIDAD; INCAPACITACIÓN; TESTAMENTO

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

INTRODUCCIÓN AL TEMA

LA CAPACIDAD PARA TESTAR

LA INCAPACIDAD DE TESTAR: ANÁLISIS Y SUPUESTOS PRÁCTICOS

LA APRECIACIÓN NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR

CONCLUSIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUCCIÓN AL TEMA

La capacidad de testar es uno de los temas más complejos y apasionantes que el Derecho de Sucesiones tiene planteados. A toda persona con capacidad de obrar se la va a reputar capaz, también, para hacer testamento, para la denominada testamentifacción activa. Es decir: se presume la capacidad de la persona para realizar testamento válido y, en sentido contrario, hay que demostrar fehacientemente que la persona que ha testado no se encontraba, en ese momento trascendental de su existencia, en su cabal juicio, es decir, que no gozaba de sus facultades mentales en un estado óptimo para disponer de su patrimonio. En este sentido, el artículo 663.2 de nuestro Código Civil establece, con rotundidad, que está incapacitada para testar la persona que, habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

En función de este precepto civil y de la problemática que genera su aplicación práctica, voy a detenerme en la consideración de la capacidad para testar.

LA CAPACIDAD PARA TESTAR

En principio, la persona que no se halla en su cabal juicio no puede emitir una declaración de voluntad testamentaria, porque

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

esa declaración, de efectuarse, no es considerada como plenamente consciente. Como estimaban Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (1), para hacer testamento, es preciso que el juicio de quien ordena su sucesión sea cabal, es decir, que la persona que dispone ha de tener no sólo capacidad, sino, además, capacidad suficiente de entender y de querer –funciones intelectiva y volitiva– precisamente las disposiciones que plasma en testamento, y de apreciar los motivos y razones que la impulsan a hacerlas, sin que baste con que se halle en un umbral de conocimiento, o incluso en un estado de obnubilación, que, sin embargo, permita asentir y firmar, o simplemente con una capacidad mental tan disminuida que las alteraciones psíquicas y/o emocionales eliminen la claridad de juicio y la libertad de decisión.

A tenor del artículo 1.263 del Código Civil, los incapacitados no pueden prestar consentimiento –en sede de obligaciones y contratos–. Para disponer mortis causa, es evidente que es válida la misma exigencia: una persona incapacitada no sería, en principio, capaz para testar. Sin embargo, ello va a depender, en todo caso, de la declaración de incapacidad y la consiguiente incapacitación de la persona, en función de los actos que la Sentencia estima que puede llevar a cabo válidamente, o no.

Para disponer mortis causa de los bienes, se exige, y con toda razón, un grado de consciencia que se describe en nuestro Código Civil como "cabal juicio", si bien este concepto ha de ser analizado en profundidad.

La incapacidad natural de disponer mortis causa de los bienes se funda en la falta de discernimiento. Para disponer mortis causa, es decir, para testar, es requisito sine qua non que el testador se halle en su cabal juicio, teniendo en cuenta que el testamento es un acto relevante en la vida de la persona, al menos desde el punto de vista jurídico y, desde luego, es más relevante que el hecho de contratar inter vivos.

Habría que preguntarse si el defecto, o ausencia, de juicio íntegro de la persona incapacita a ésta para testar incluso cuando este defecto, o ausencia, es accidental, es decir, en aquellos supuestos, bastante frecuentes en la práctica, en los que esa anomalía o alte-

(1) Lacruz y Berdejo, José Luis y Francisco de Asís Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho Civil*. Tomo V, Derecho de Sucesiones, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ración no es continua, ni persistente, sino meramente accidental o transitoria. En estos casos, estimo que, para quedar incurso en esta causa de incapacidad, bastará que la persona se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno patológico transitorio que sea lo suficientemente grave como para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio, es decir, que no está en razonables condiciones de entender o querer, si bien no se pueda, en muchos de estos supuestos, catalogar a esa persona como un enfermo mental. Actualmente, la terminología que se empleaba antes de "loco" o "demente" ha quedado desfasada desde el punto de vista psiquiátrico y, en consecuencia, tampoco debe ser admisible en el ámbito jurídico.

Hay que tener en cuenta que la facultad de testar, denominada también testamentifacción activa, es un derecho de naturaleza privada y lo puede ejercitar toda persona física o natural, siempre que se reúna unos requisitos determinados exigidos legalmente. Ésta es la regla general. Pero, como toda regla, admite excepciones y precisamente son estas excepciones las que constituyen las incapacidades para testar, que toman su justificación, tal como puso de relieve Luis Roca-Sastre Muncunill (2), de razones de orden estrictamente privado y natural, y no de consideraciones o valoraciones de carácter público y civil, como se hacía en el Derecho Romano y en otros Ordenamientos.

La regla general de capacidad para testar contrasta, por su amplitud, con la mayor rigidez y restricción que preside la capacidad de realización de actos o negocios jurídicos inter vivos, tal como ya expresé anteriormente. Así, en la testamentifacción se identifican la capacidad de goce o aptitud para ser titular o sujeto del derecho de testar con la capacidad de obrar o de ejercicio de este derecho, ya que, para su ejercicio, basta gozar de una aptitud psíquica o discernimiento natural, no jurídica, sin que pueda poder accionarla mediante la institución de la representación, ni por suplencia ni con complemento, debido, sin duda, al carácter personalísimo del acto de testar.

El carácter unilateral y no recepticio del acto testamentario, y su eficacia mortis causa, rechazan todo concurso de contraprestación

(2) Roca-Sastre Muncunill, Luis: *Derecho de Sucesiones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de equivalentes o reciprocidad de prestaciones, es decir, toda idea de onerosidad en sentido técnico y, en consecuencia, en la facultad de testar o testamentifacción activa está ausente, a diferencia de las incapacidades propiamente dichas de los actos o negocios jurídicos inter vivos, el sentido tuitivo o de protección del testador incapaz, así como la finalidad de protección a terceros, entendiendo que esto último lo es en cuanto se trata de la propia incapacidad para testar, no respecto del contenido testamentario, que, en ciertos aspectos y a tales fines, está limitado por la Ley.

De ahí que el testamento otorgado por una persona incapaz para testar sea nulo de pleno derecho o incluso cabría afirmar que es un testamento inexistente, por ausencia de aptitud o discernimiento natural, que impide ser titular de la facultad de testar, tal como destacó Puig Ferriol (3).

Nuestro Código Civil se alinea entre las tendencias modernas, proclamando que la capacidad para testar es la regla general y la excepción es la incapacidad, de forma que ésta sólo existe en los casos taxativamente determinados por la Ley, respondiendo este criterio de numerus clausus a la lógica construcción de la facultad de testar como elemento inherente a las prerrogativas fundamentales de la persona, derivado, asimismo, del derecho a la propiedad privada y a la herencia, que se reconocen en el artículo 33 de nuestra Constitución.

El Código Civil se refiere a las incapacidades absolutas para hacer testamento y esta referencia lo es a todas las formas testamentarias, al establecer que están incapacitados para testar los menores de catorce años de uno y otro sexo y el que, habitual, o accidentalmente, no se hallare en su cabal juicio.

La edad debe computarse no de momento a momento, sino de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 315.2 del Código Civil, que establece que "para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento."

Hay que plantearse, a la vista de este precepto citado, cuestiones importantes de cara al Derecho de Sucesiones y, en concreto, en relación con la capacidad de testar. ¿Qué se entiende por "cabal juicio"? Algunos autores han defendido la tesis de que por "cabal

(3) Puig Ferriol, Luis: "La capacidad para testar en Cataluña después de la compilación", en *Revista Jurídica de Cataluña,* 1969.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

juicio" hay que entender un grado de conciencia mayor que el que debe postularse para otros actos y negocios jurídicos. No bastaría, por tanto, con encontrarse el testador en el umbral del conocimiento, ni tampoco cumpliría con el requisito exigido la persona que se hallare en un estado de obnubilación que le permitiera asentir – con gestos o expresiones faciales y firmar, o simplemente con una capacidad mental tan disminuida que las alteraciones psíquicas e incluso emocionales eliminaran la claridad de juicio y la libertad de decisión.

Como ha expresado Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (4), se exagera el valor de la terminología empleada por el artículo 663 del Código Civil, sobre todo si se tiene en cuenta que nuestro corpus civil no se caracteriza, precisamente, por su tecnicismo, ni por la precisión del lenguaje utilizado. En este sentido, los estados de obnubilación que permitan una vaga consciencia de lo que se hace, no deberían reputarse suficientes para proclamar la validez del acto testamentario, ni siquiera la validez de cualquier otro acto o negocio jurídico, otorgado por la persona que se encuentre en dicho estado. No obstante, por lo que respecta a las manías y obsesiones, habría que ser más cautos a la hora de pronunciarse por la nulidad, o anulabilidad, del acto. En cualquier caso, las teorías relativas a determinados estados patológicos o cuasipatológicos, como lo son las manías, las fobias y los estados transitorios de excitación mórbida son difícilmente aptos para la realización del acto testamentario.

Pero habrán de ser la Psiquiatría y la Psicología las Ciencias las que, en definitiva, deban definir, con claridad y precisión, estos conceptos, ya que, al fin y al cabo, el Derecho no tiene por qué hacerlo, sino, todo lo más, ajustarse, en estas cuestiones, a tesis que provienen de otras Ciencias no jurídicas.

A mi juicio, el testamento es un acto jurídico trascendental y personalísimo, por lo que, inevitablemente, me parece demasiado abierta la postura del legislador a la hora de admitir la validez de testamentos de personas que rozan el límite –difícilmente inclasificable también– entre la cordura y lo propiamente patológico. De ahí que hay que estimar muy permisivas algunas Sentencias dictadas en nuestro país en relación con este controvertido tema, como, por ejemplo, la de 20 de Febrero de 1975, al afirmar que, aunque en el

(4) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *Principios de Derecho Sucesorio*, Editorial La Ley, Madrid, 1999.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

caso de autos pudiera parecer "casi segura" la incapacidad mental de la testadora, "esa casi seguridad no constituye la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige".

Es evidente que la capacidad debe apreciarse en el momento mismo de realización del testamento, ni antes ni después, aunque habrá que valorar, inevitablemente, cuál era la capacidad del testador antes y tras la testamentifacción activa. Así hay que deducirlo del artículo 666 del Código Civil, y, en este mismo sentido, hay que resaltar que el artículo 664 de dicho corpus legal establece que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Ante los preceptos de nuestro Código Civil, las dudas pueden plantearse con facilidad. Pensemos que la "casi seguridad", o "casi certeza" de que una persona no se halla en su cabal juicio, no limita su capacidad para testar. En consecuencia, la seguridad, la certeza, ha de ser absoluta, completa, sin posibilidad de duda o de falta de certeza alguna.

La expresión "cabal juicio", según ha expuesto Roca-Sastre Muncunill (5), significa capacidad natural o, en otras palabras, suficiente discernimiento del testador acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del negocio testamentario. Carece de esta capacidad, obviamente, el menor de catorce años, la persona declarada incapaz para la testamentifacción activa, o aquella que se somete a curatela en atención a su grado de discernimiento, en función de los artículos 200 y 287 y concordantes del Código Civil.

Pero habría que añadir que la persona incapaz, aunque no haya sido judicialmente declarada incapacitada por medio de Sentencia firme, carece de la capacidad para testar. También carecen de esta capacidad las personas que sufren trastornos mentales, aunque sea de una manera circunstancial o accidental, si otorgan testamento precisamente en esas circunstancias o condiciones no permanentes, ya que, en el momento del otorgamiento, carecen del discernimiento exigido por la normativa civil y que se reputa necesario, en cuanto requisito sine qua non, para gozar de la testamentifacción activa.

Tal como dispone el artículo 666 del Código Civil, "para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento." En consecuencia, el testamento hecho antes de la patología mental –"enajenación men-

(5) Roca Sastre Muncunill, Luis: Obra citada en nota 2.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tal", según la anticuada expresión del corpus civil–, es válido, y así lo dispone el artículo 664. Por supuesto, cabe subrayar que la capacidad ha de tenerse durante todo el tiempo del otorgamiento del testamento, si bien el Código Civil, en este punto, no es muy preciso.

Hay que distinguir, también, y resulta muy útil en la práctica, entre el concepto de capacidad para testar, de un lado, y el de la libertad de la voluntad testamentaria, porque ésta última puede estar, en determinados supuestos, viciada por error, dolo, violencia o intimidación. Son facetas distintas que, en definitiva, pueden afectar al negocio testamentario. La voluntad testamentaria puede ser libre y consciente, pero el testador puede ser incapaz para testar, y viceversa. El testador debe querer testar, y debe discernir, o entender, acerca de lo que desea que conste en su testamento y en las disposiciones o cláusulas de éste. Son dos aspectos diferentes, pero que, lógicamente, han de confluir en un solo acto.

La capacidad es requisito sine qua non para otorgar testamento válido, pero esta capacidad se presume iuris tantum, en tanto no se pruebe fehacientemente que el testador no gozaba de su cabal juicio en el momento del otorgamiento del testamento. En la práctica, será bastante complicado destruir, mediante prueba en contrario, esta presunción de capacidad, si tenemos en cuenta, además, que muchos trastornos mentales y determinadas alteraciones psíquicas se presentan de forma solapada, no son evidentes, lo cual abre una vía, amplia sin duda, a la extensa y compleja problemática de la validez de los testamentos otorgados por las personas con estos problemas.

En nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, corresponde la carga probatoria de la incapacidad del testador a quien sostenga la existencia o presencia de dicha incapacidad. Así se ha reiterado en constante doctrina jurisprudencial, que, para evitar la farragosidad, omito, aunque sí me parece muy interesante, y carismática, la Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo de 26 de abril de 1995, que, en su Fundamento de Derecho Primero, declaró que "… tiene esta Sala igualmente declarado con reiteración… que la capacidad del testador es una cuestión de hecho sometida al Tribunal de Instancia a cuya apreciación ha de estarse, y también que la afirmación hecha por el Notario autorizante sobre la capacidad del testador, si bien puede ser desvirtuada por ulteriores pruebas demostrativas de que, en el acto del otorgamiento no se hallaba éste en su cabal jui-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cio, es necesario para ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste especial relevancia de certidumbre…"

Se deja sentado, como puede apreciarse, que, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, existe una presunción de capacidad del testador, en tanto no se demuestre que éste tuviera alteradas sus facultades mentales. Esto quiere decir, desde mi punto de vista, que la capacidad para testar es la regla, siendo la incapacidad para tan esencial acto jurídico la excepción. Cuando se aportan elementos probatorios que demuestran la incapacidad del testador, se abre el camino para solicitar su impugnación. Pero, en cualquier caso, es importante resaltar que, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, no se exige, a priori, ni tampoco a posteriori, una aseveración de la capacidad del testador que tenga u ofrezca una certeza absoluta. Recordemos, en este sentido, que la Medicina no es una Ciencia Exacta y tampoco la Psiquiatría, con todo lo que pueda aportar en este ámbito, lo es.

Es evidente que lo esencial es la condición psíquica de la persona en el momento del otorgamiento del testamento, lo cual es una idea consolidada en la doctrina jurisprudencial, vistos, además, los términos en los que está redactado el artículo 666 del Código Civil. Así lo han afirmando muchísimas Sentencias, entre las que cabe destacar las dictadas por nuestro Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 1982, 10 de abril de 1987 y 30 de noviembre de 1991.

En cualquier caso, hay que resaltar que sólo quien tiene una conciencia convenientemente conformada comprenderá, a juicio de Yzquierdo Tolsada (6), las consecuencias de sus declaraciones de voluntad, ya que el testador necesita saber qué es un testamento y cuál es la trascendencia de una disposición testamentaria, así como valorar la oportunidad de su otorgamiento en una u otra forma previstas por la Ley, y hacer también una valoración de los efectos de ese testamento. Si la falta de juicio proviene del engaño, la violencia o la intimidación, nos encontraríamos ante un concurso de normas impugnatorias, pues habría falta de capacidad testamentaria, pero también vicio del consentimiento, según el artículo 673 del Código Civil.

(6) Yzquierdo Tolsada, Mariano: "La planificación hereditaria: El testamento", ponencia ofrecida en el Congreso "La herencia", El Puerto de Santa María, noviembre 2003.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Una ya antigua Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1962, declaró que el Código Civil, por lo que respecta al requisito del "cabal juicio", no tiene aquí precisiones científicas, pues, aunque el término "cabal" es sinónimo de lo completo, justo, acabado o exacto, en tal sentido no parece que pueda predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta. La norma civil emplea esta expresión en cuanto referida a que el acto de testar ha de reunir los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado porque ha de realizarse con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que, con el mismo, se persigue, voluntad que la falta de inteligencia vicia de por sí, por no poderse querer verdaderamente lo que no es antes conocido y, por ello, el estado patológico mental, por vía de amencia o demencia, impide al testador hallarse en su cabal juicio.

En esta línea, la Medicina Legal considera que un proceso patológico grave, como lo es la esquizofrenia, con alteración de la personalidad, así como las demencias avanzadas, impedirían la testamentifacción. En realidad, más que impedir a la persona afectada testar, lo que, desde el punto de vista legal, sucede es que ese testamento, hecho en esas condiciones mentales, o sería válido, o sería, en principio, válido, pero susceptible de anulabilidad. La doctrina jurisprudencial española ha tenido ocasión de pronunciarse negando la capacidad testamentaria en una variada tipología de supuestos: enfermedad de Creutzfeld-Jakob, que degeneró en una encefalitis espongiforme (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1992); arterioesclerosis avanzada, con trombosis sobrevenida; oligofrenia consecutiva a enfermedad de Lawrence-Moor-Barde y Breld (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1962); la trombosis vascular encefálica (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1972), etc.

También en la Jurisprudencia menor podemos encontrar resoluciones interesantes, como, por ejemplo, la dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña de 19 de junio de 1993, que apreció falta de capacidad mental en la testadora, que sufría, al tiempo del otorgamiento, de arterioesclerosis cerebral avanzada, así como la enfermedad de Parkinson, deficiencias psíquicas progresivas e incurables, dada su edad, que no le permitían gozar del raciocinio y voluntad suficientes para disponer por sí misma de verdadera capa-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cidad de elección, en cuyo estado se produjo el testamento abierto de 2 de abril de 1984.

En cualquier caso, parece que no es realmente importante la denominación de la enfermedad padecida. Así, la interesante Sentencia de 11 de diciembre de 1962, citada anteriormente, se encargó de precisar que lo que importa es la incidencia del mal sobre la capacidad intelectiva y volitiva –capacidad de entender y de querer–. Por otra parte, a los efectos de determinar si se tienen, o no, capacidad para testar, no solamente faltará ésta en el enfermo mental, sino también en quien se halle en situaciones de falta de consciencia, o consciencia alterada, provocadas por causas que no son permanentes, como puede suceder en un caso de delirio febril, embriaguez o intoxicación por drogas.

Sin embargo, ha de partirse de la inicial presunción general de capacidad, que no se ve destruida por el hecho de haberse dado casos de enfermedad mental en la familia del testador, tal como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1944.

El principio del "favor testamenti" determina que, si a toda persona se la presume que está en su cabal juicio, su incapacidad deberá ser probada de modo evidente y completo, tal como enuncia la doctrina jurisprudencial.

La apreciación notarial sobre la concurrencia de capacidad de testar conlleva un indicio de incertidumbre que solamente puede abatirse con la indubitada prueba en contrario, según las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967 y 21 de junio de 1986. Esto no significa que la fe pública notarial ampare la realidad de la capacidad mental del testador, pues el fedatario, propiamente, no da fe de un acto concluido por él, sino que emite una apreciación, más o menos subjetiva, con fundamento en una impresión personal. Tal como declaró la Sentencia de 21 de junio de 1969, "la fuera probatoria del testamento notarial se extiende a lo que el notario presencia, pero no a lo que opine, ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que en el mismo se hagan."

La casuística ofrece medios e instrumentos para aportar esa prueba en contrario. Por ejemplo, una declaración de incapacidad posterior a la fecha del otorgamiento del testamento puede constituir un indicio de que la anomalía o alteración mental ya existía al tiempo anterior al momento en que la persona hizo testamento, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1962,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pero, por sí sola, no tiene virtualidad suficiente para demostrar que el testador careciese de su cabal juicio al tiempo de testar, a tenor de la Sentencia de 21 de febrero de 1981, también del Supremo.

Existen numerosos casos en los que la doctrina jurisprudencial ha estimado que existía capacidad para otorgar testamento. Así, por citar algunos ejemplos muy destacados y carismáticos, la edad avanzada, según la Sentencia de 25 de octubre de 1928, dictada, asimismo, por el Supremo: "la historia ofrece múltiples justificaciones de… personas que alcanzaron la edad que dicho señor tenía cuando otorgó el discutido testamento, aun bajo la influencia de las debilidades, con las melancolías y los padecimientos orgánicos que suelen acompañar a tal grado de longevidad, y realizaron actos que son gloria para la Humanidad."

Tampoco tiene por qué afectar a la capacidad de testar el sufrir una enfermedad neurasténica, según la mencionada Sentencia.

Un supuesto muy interesante fue el resuelto por la Sentencia del Supremo de 7 de octubre de 1982, que trató el caso de una persona que sufría delirio de persecución. El Tribunal entró a valorar este difícil supuesto, pues el testador sufría una psicosis del tipo de delirio de persecución con evolución hacia la esquizofrenia, pero sin que se apreciara que la alteración psíquica hubiera llegado a ese límite: "Antes de alcanzar la última fase del total deterioro o demencia es posible que el paciente tenga intervalos lúcidos y, por lo tanto, que haga lícito ejercicio de la testamentifacción."

Hay que resaltar que el artículo 665 del Código Civil establece que "siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de la capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad."

Todavía, en la actualidad, hay autores que se sorprenden de las cautelas con las que el Código Civil rodea el otorgamiento del testamento otorgado por una persona "demente" que se encuentre en un intervalo lúcido. Esta palabra hay que ponerla entre comillas, ya que, hoy en día, el desuso de la misma es algo sabido por todos y la Psiquiatría se ha encargado de ofrecer buenas muestras de ello. Lo que se trata es de asegurar, por todos los medios, que el testamento se otorgue con las debidas garantías y de que el otorgante sea capaz para hacerlo válidamente, para, a continuación, sin embargo,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

afirmar la doctrina jurisprudencial que ello no bendice definitivamente el testamento –su validez–, sino que siempre queda abierta la posibilidad de impugnación basada en la prueba de la concreta falta de capacidad. A este respecto, Yzquierdo Tolsada afirmaba no encontrarse entre los sorprendidos, porque, a su juicio, la intervención de los Médicos se limita a reforzar la presunción de capacidad, pero la capacidad es una auténtica quaestio iuris, y su apreciación corresponde a la soberanía del órgano judicial. Para este jurista, no hay nada que garantice que los facultativos actuantes pertenezcan siempre a la especialización médica más idónea para emitir un juicio irrebatible, y tampoco queda garantizado que cuenten con los antecedentes clínicos o que tengan conocimiento de datos que puedan no ser meramente episódicos. No se puede negar el derecho de quien, teniendo un interés legítimo, quiera demostrar que el causante, por muchos facultativos que hayan intervenido, no estaba en su cabal juicio cuando otorgó testamento.

A mi juicio, será una "prueba diabólica" demostrar que un testador no se encontraba en su cabal juicio cuando hizo testamento, pero la posibilidad está ahí y no cabe duda que el Ordenamiento Jurídico debería de facilitar los medios probatorios oportunos a estos efectos, aunque la existencia de fraudes, en este ámbito, suele ser abundante y la casuística es prolífica.

No es tarea fácil determinar cuándo se está ante una alteración mental que, en efecto, impide al que la padece hacer testamento. La Jurisprudencia, en este sentido, es casuística y, por ello, ha sido preciso estudiar, una por una, las Sentencias que, sobre este aspecto, se han ido dictando en nuestro país. En concreto, hay una Sentencia muy interesante, de 7 de octubre de 1982, que aludió a la carencia de eficacia del negocio jurídico mortis causa cuando su autor adolece de falta total o de insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas, de modo que, en el momento de otorgarlo, que es el de la valoración de su capacidad, según el artículo 666 de nuestro Código Civil, no haya podido el testador expresar su voluntad libre y conscientemente.

Esta Sentencia anteriormente citada también declaró que la apreciación afirmativa de capacidad del testador hecha por el fedatario –y por los testigos– podía ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, demostrando que en el acto de otorgarlo el testador no se hallaba en su cabal juicio. Pero esta prueba no deberá dejar

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

margen alguno de duda, porque la aseveración del Notario autorizante revista especial relevancia de certidumbre.

Hay supuestos muy interesantes, desde mi punto de vista, en los que se declara la falta de capacidad del testador tras un examen post mortem de su cerebro. Así ocurrió, por ejemplo, en la dictada por nuestro Tribunal Supremo el 22 de junio de 1992. El "tema decidendi" versó sobre nulidad del testamento a causa de la incapacidad del testador, como consecuencia de no hallarse éste en su cabal juicio al tiempo de otorgar aquél. Las Sentencias de instancia y apelación coincidieron, tras un análisis riguroso de la prueba practicada, en la estimación de la insania mental del causante en grado suficiente, y con sujeción a los requisitos exigidos, para declarar la nulidad del citado negocio jurídico unilateral. La Sentencia recurrida estableció que la prueba pericial practicada durante el proceso lo había sido con respeto a los principios de igualdad bilateralidad y contradicción. De otro lado, extrañaba al Juzgador la actitud de los demandados comparecidos en la instancia, ya que se opusieron a su práctica cuando resultaba evidente su necesidad para determinar la veracidad de las afirmaciones de la demanda, así como las suspicacias sobre la identidad del cerebro examinado post mortem en el Hospital Civil de Basurto. Los tres peritos emitieron un Informe "exhaustivo, concluyente y convincente". De los tres peritos, uno de ellos era profesor colaborador del departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad del País Vasco; otro era especialista titulado en Neurología y Psiquiatría y jefe del Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital de la Cruz Roja de Bilbao, y el otro perito era especialista en Neurología y Psiquiatría, además de Diplomado en Psicología, desarrollando uno de ellos funciones de jefe del servicio médico central de una entidad bancaria y el otro de médico de empresa. De tan exhaustivo Informe, cabe referir, además, su profundidad, fundamentación técnica y contundencia, además de la adecuada sistematización, comprendiendo un resumen cronológico de hechos, así como aspectos conceptuales y científicos de la concreta enfermedad que padeció el difunto –testador–, examen del propio testamento y de la personalidad del testador y unívocas conclusiones finales. La cuestión objeto de debate se centró en determinar si, desde el punto de vista científico, podía asegurarse, con evidencia y sin dejar margen racional de duda, que el testador estaba incapacitado al momento del otorgamiento del testamento,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pese a la declaración de capacidad de aquél hecha por el fedatario y por los dos testigos presenciales, uno de ellos médico de profesión, que atestiguó que el testador estaba, sin ningún género de dudas, capacitado para realizar válidamente dicho negocio jurídico unilateral.

La Sentencia puso de relieve que, a pesar de lo afirmado, el testador no se encontraba capacitado para el otorgamiento del testamento, datando esa incapacidad de varios meses atrás. Contra esa prueba, no podía prevalecer ni la presunción de capacidad del Notario y del médico amigo del difunto y que actuó como testigo en el acto de disposición testamentaria, ni la documental ni la testifical practicada. La sintomatología física databa de mediados de agosto de 1983. El testamento fue realizado el día 18 de agosto de dicho año. Parece evidente que el testador, unos días antes de la fecha en que otorgó su testamento, ya no se encontraba en su cabal juicio. Hay que tener en cuenta que la fecha de declaración judicial de incapacidad del testador se produjo el 31 de octubre del mencionado año, pero no es preciso que tal declaración judicial exista como condición, ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente, a los fines de denunciar la nulidad del testamento por causa de incapacidad del testador, aunque de su concurrencia sí se deduzcan determinados efectos, que, en el caso comentado, no tuvieron significación, no obstante la utilidad de su valoración como un elemento más en el conjunto de los probatorios, en función del artículo 666 del Código Civil, que impone atender al estado en que se hallare el testador al tiempo de otorgar el testamento, mandato que, en todo caso, no impide que una sintomatología manifestada abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta.

El Fundamento de Derecho Tercero de esta Sentencia abordó una cuestión, problemática, referida a la resolución del conflicto que se produce cuando los facultativos estiman con capacidad mental al testador, pero el Fedatario no lo considera así, a su juicio. A este respecto, parece evidente que el Notario puede hacer un juicio sobre la capacidad del testador, pero, lógicamente, ese juicio que haga, al no hacerlo una persona altamente cualificada para emitirlo, es refutable. Nunca tendrá el mismo valor probatorio el juicio que haga el Notario sobre la apreciación mental del testador que el que realice una persona especializada en Medicina y, mucho más, si lo realiza

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

un facultativo especialista en Psiquiatría o en Neurología. La valoración del Notario será de carácter subjetivo, pero el Informe del perito Médico tendrá un valor objetivo indudable. En consecuencia, la valoración o el juicio del Notario autorizante del testamento sobre la capacidad del testador ha de ceder en función de otros juicios valorativos y, en definitiva, en función de otros informes científicos y técnicos. En este sentido, cabe resaltar que los Informes emitidos por facultativos suelen ser determinantes a la hora de valorar la capacidad o incapacidad, en su caso, del testador.

Hay supuestos en los que el Notario, ante la duda acerca de la capacidad mental del testador, formula una serie de preguntas "trampa", para, a la vista de las respuestas de éste, intentar deducir si sus facultades mentales son las requeridas para este tipo de actos. Una Sentencia, muy interesante, de la Audiencia Provincial de Baleares, de 17 de abril de 2001, resolvió un supuesto en el que se solicitaba la declaración de nulidad de testamento de una señora que padecía problemas cognitivos de naturaleza irreversible, los cuales desembocaron, finalmente, en demencia senil con total mengua del nivel de conciencia y desintegración de su conducta personal, lo que la incapacitaba, desde el punto de vista intelectivo, para discernir y actuar libremente, por lo que hubo de ser ingresada en varias ocasiones. El Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia se refirió tanto a la prueba testifical como a la actuación del Notario y su empleado, declarando que "… basa así el recurso en el propio historial clínico, así como en dicha testifical. En cuanto al primero, considera que el mismo contradice la sentencia, pues es revelador de un suficiente nivel cognoscitivo, existiendo una mejoría reflejada en el propio historial clínico, en el que quedó sólo un trastorno cognitivo residual que no anulaba las facultades mentales, lo que condujo al alta médica. En la fecha del otorgamiento del testamento se produjo una mejoría que desvirtuó las pretensiones de irreversibilidad del mal padecido por la causante. Hubo períodos de lucidez e incluso fue recuperando el nivel de conciencia, sufriendo, sin embargo, afasia de expresión, pero no mental, sino sólo de vocalización. Lo trascendental, en todo caso, es el estado en que se hallaba cuando otorgó testamento. El Notario explicó que había mantenido diálogo con la otorgante y que el testamento se hizo en el domicilio de ésta, por padecer problemas de movilidad física. El Fedatario incorporó preguntas "trampa" para así apreciar mejor la capacidad cognitiva de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la causante, capacidad que sólo se manifestó por signos negativos o afirmativos, no recordando si también con palabras o gestos.

En la práctica notarial, es frecuente que, ante la duda o incertidumbre acerca de la capacidad de la persona que desea otorgar testamento, acuda el Notario a este tipo de recursos, como las preguntas "trampa", hechas, en este supuesto en concreto, a la testadora con el fin de averiguar si, efectivamente, estaba, o no, en su cabal juicio. Lógicamente, los recursos con los que el Notario cuenta para poder efectuar una valoración de la capacidad del testador son muy limitados. Lo más fiable, en todo caso, es acudir al dictamen de facultativos, los cuales siempre tendrán mejores y más certeros elementos de juicio para poder efectuar una valoración de la capacidad del testador y llevar a cabo una valoración lo más adecuada posible de su estado en el momento de otorgamiento del testamento.

En el caso de autos analizado anteriormente, el propio Notario, tras la emisión del dictamen facultativo, que dio por resultado que la testadora sufría una muy grave afectación cognitiva, evidenciada por el llamado Minimental Test, o Test de Folstein, que concluyó con una puntuación de 7 –lo normal es que ascienda a 30 puntos–, declaró testificalmente que "la obtención de la voluntad de la causante no fue mediante la emisión directa por parte de ésta de tal expresión de voluntad, sino que, como quiera que sólo podía expresarse mediante afirmaciones y negaciones, se le iban formulando distintas preguntas contradictorias hasta obtener su voluntad, preguntas entre las que se incluían preguntas trampa, dirigidas a conocer la verdadera voluntad de la causante."

Hechas estas consideraciones, voy a analizar seguidamente la problemática, polémica y abundante, que plantea el tema de la incapacidad del testador.

LA INCAPACIDAD DE TESTAR: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y ANÁLISIS DE SUPUESTOS PRÁCTICOS

Para tratar el tema de la incapacidad de testar, lo primero que hay que resaltar es que, para los juristas, no es fácil entrar, y comprender, sobre todo, el farragoso y amplio ámbito de las enfermedades, trastornos y alteraciones mentales, aunque éstas vengan referidas al testamento, que es un acto jurídico.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ferrio explicaba que la enfermedad mental es un concepto genérico y que había que emplearlo en ese sentido. Sin embargo, el problema de la terminología es francamente delicado, tal como este autor ha expuesto (7), ya que hay que armonizar dos intereses o, a mi juicio, habría que hablar de dos Ciencias: la Medicina, de un lado, y, del otro, el Derecho, siendo ciertamente indudable que no se puede prescindir de ninguna de las dos, ya que, si se hiciera así, los conceptos quedarían incompletos, cuando no vacíos de contenido.

Hay que resaltar, e insistir, en que el Código Civil español no señala el ámbito ni el alcance de la terminología utilizada al referirse a conceptos médicos, lo cual provoca, lógicamente, escollos y dificultades.

Ferrio matizaba afirmando que no cabe hablar de "enfermedad" con fenomenología exclusivamente mental, sino también con base en procesos morbosos somáticos.

Biondi puntualizaba diciendo que, desde el punto de vista de la sintomatología psíquica, se podían distinguir dos síndromes, pero no enfermedades, para concluir afirmando que las enfermedades existen únicamente en el ámbito somático (8).

En consecuencia, cabe distinguir entre enfermedades mentales, que tienen una base somática y, de otro lado, las anomalías psíquicas, que carecen de sustrato somático.

Cuando se habla de "sanidad mental" o de "salud mental", se alude, en realidad, a la ausencia de factores psíquicos, somáticos o psicosomáticos que afecten a la mente y, en particular, a las facultades de entender y querer, por ser éstas las que verdaderamente interesan en el ámbito jurídico y, muy especialmente, en el marco testamentario. Obviamente, los antónimos de "sanidad" y "salud mental" son la insania mental y la anormalidad mental.

Si me refiero, ya en un paso más, al "enfermo mental", hay que entender que es éste un concepto genérico que incluye a aquél que, pudiendo o no autogobernarse, ve afectada su capacidad de entender y querer por causas que radican en su mente, aunque, en su origen haya una naturaleza somática, psíquica o psicosomática.

El concepto de "enajenado" hacía referencia, en tiempos ya pasados, al enfermo que, en todo momento, tiene sus facultades men-

(7) Ferrio: *Psichiatria clinica e forense*, volumen I, Torino, 1959.
(8) Biondi: *Manuale di psiquiatria*, Milano, 1950.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tales perturbadas, si bien las manifestaciones patológicas pueden quedar, en algunos períodos de tiempo, aparentemente ocultas, tal como ha expuesto Codón (9).

Por otra parte, el concepto de "demente", según Justiniano, era referido a los que carecían de mente (10). Ferrio estimaba que la demencia viene a ser considerada como un fenómeno morboso, con lesiones irreversibles en el encéfalo (11). Por lo que respecta al Código Civil español, este concepto incluye únicamente a aquellos enfermos mentales que han sido incapacitados mediante el oportuno procedimiento. Codón y López Sáiz afirmaban que la demencia requiere desintegración o debilitamiento mental adquirido en la edad adulta y prácticamente permanente e irreparable (12).

Si me centro ya en la capacidad de testar –y en su contrario, la incapacidad de testamentifacción activa–, lo primero que salta a la vista, tras la lectura del artículo 662 del Código Civil, es el amplio enunciado permisivo, semejante al contenido en el artículo 591 del Código Civil italiano y 902 del francés, en el sentido de que nuestro corpus civil establece, con rotundidad, que "pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente." Lógicamente, hay que matizar esa permisividad, porque hay que exigir una previa delimitación de la capacidad precisa para otorgar testamento. Lo que sí hay es una gran amplitud para testar o, en términos más correctos, para conferir capacidad para testar, si bien, paradójicamente, las prohibiciones establecidas parecen tajantes y hacen pensar en supuestos que no encajen en ellas, admitiéndose, en estos casos, la testamentifacción activa, a pesar de las dudas y vacilaciones que ello pudiera conllevar.

Nuestro Código Civil establece claramente que la capacidad para testar vendrá compuesta o constituida por dos factores esenciales y básicos: a) haber cumplido la edad de catorce años, y b) que, en el momento de testar, el otorgante se hallare en su cabal juicio, lo cual equivale a que tenga plena facultad de entender y querer, es decir, cognitiva y volitiva, en relación con un acto tan personal

(9) Codón y López Sáiz: *Psiquiatría judicial penal y civil*, Tomo I, Burgos, 1969.

(10) Justiniano: Instituciones, libro 2, título 12.

(11) Ferrio: Obra citada en nota 7.

(12) Codón y López Sáiz: Obra citada en nota 9.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

–personalísimo– y esencial en la vida de una persona, como lo es, efectivamente, el testamento.

Hay que resaltar que el ámbito de la capacidad mental propiamente dicha desborda ampliamente los límites de lo jurídico, llegando, como es lógico, a invadir el campo de la Medicina. Obviamente, el Derecho tendrá que servirse, en este marco, de los conceptos médicos y, en concreto, de los psiquiátricos.

El concepto de capacidad mental integra la carencia de defecto orgánico cerebral y la ausencia de tipos nosológicos que afecten a la mente. En consecuencia, la capacidad de testar ha de quedar configurada con los siguientes requisitos en nuestro Ordenamiento Jurídico Civil:

1.º tener edad suficiente;
2.º tener capacidad mental, entendida como capacidad intelectiva y volitiva, de entender y de querer;
3.º carencia de defecto orgánico cerebral; y
4.º ausencia de tipos nosológicos que afecten a la mente.

El concepto de "cabal juicio" empleado en el artículo 663 del Código Civil español ha quedado, en la actualidad, obsoleto y, además, es vago e impreciso. La doctrina jurisprudencial ha intentado aclararlo, pero, en la mayoría de las ocasiones, sin éxito, ya que es complejo y delicado extrapolar conceptos estrictamente médicos al ámbito de lo propiamente jurídico.

En cualquier caso, hay que subrayar que la capacidad para entender implica tener las ideas claras, tanto de los hechos en sí mismos, como de las cosas que nos rodean. En este sentido, Stern explicaba que la inteligencia es la capacidad general con la que la persona viene dispuesta a hacer frente a la vida y a sus exigencias (13). Esta definición, o más bien descripción, fue adoptada también por J. A. Brussel, al establecerla como la capacidad general de la persona para ajustar su pensamiento a demandas nuevas e inesperadas que es preciso afrontar en el medio ambiente (14).

El artículo 663.2 del Código Civil, de modo implícito –pero, a mi juicio, inequívoco– estima que el enfermo mental habitual se con-

(13) Stern, William: *Zur psychologie der Aussage*, Berlín, 1902.
(14) Brussel: *The Layman's to psyquiatry,* Barnes and Noble, 1967.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

trapone al enfermo accidental, del que habría que admitir la capacidad de testar en determinados momentos lúcidos –intervalos lúcidos–. No obstante, el artículo 666 del citado corpus legal conduce a un resultado igual o similar al expuesto, pero, en todo caso, con una dicción mucho más clara y práctica.

La expresión "cabal juicio" es equívoca y susceptible de interpretaciones, a veces confusas y embrolladas. Sin embargo, en una primera aproximación, cabe afirmar que "cabal juicio" quiere decir o significar "completo estado de sana razón", según expresa el Diccionario de la Real Academia Española (15). En cualquier caso, habría que preguntarse si, en la actualidad, existe alguna persona que esté en completo estado de sana razón. Yo estimo que más bien habría que entender la expresión de "cabal juicio" bajo un aspecto negativo, es decir, como ausencia de anormalidad, patología o síntomas mentales.

Es el Notario autorizante del testamento –en el testamento abierto– la persona encargada de efectuar un juicio valorativo acerca de la sanidad mental del testador, o sea, de su capacidad, o incapacidad, en otro caso, para la testamentifacción activa. En consecuencia, es el fedatario el que va a afirmar, o negar, que una persona se encuentra en su cabal juicio y, por ende, su testamento es válido, es decir, tiene capacidad para testar. Será el fedatario el que declare, bajo su responsabilidad, que el testador carece de cualquier anormalidad mental, o perturbación, o alteración psíquica, que le impida entender y querer. Lógicamente, el Notario no es un Médico Psiquiatra –ni Psicólogo–, y, por tanto, el juicio de aseveración sobre la capacidad mental del testador será sólo aproximado y, en caso de duda, deberá siempre acudir al dictamen o informe de los facultativos, que son las personas competentes para dictaminar si, efectivamente, la persona que desea hacer testamento está, o no, en su cabal juicio. En definitiva, si es capaz de testar, o no lo es.

La intervención de los facultativos, especialmente en determinados supuestos, se revela como fundamental. Estimo que, en todo caso, el dictamen o informe de los Médicos ha de ser determinante en orden a la apreciación de la capacidad mental del testador. Son los Médicos –y, en concreto, los Psiquiatras y Neurólogos– las personas que están verdaderamente facultadas para la emisión de un

(15) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 1970.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dictamen o informe de esta naturaleza. Tengamos en cuenta que existen alteraciones psíquicas que, a menudo, se solapan o disimulan con cierta facilidad. En estas circunstancias, obviamente, es el Médico Psiquiatra o Neurólogo el facultativo competente para comprobar si, efectivamente, la persona en cuestión goza de sus capacidades de entender y querer y que esas capacidades están intactas o, al menos, no afectadas de modo que puedan impedir u obstaculizar gravemente la emisión de voluntad testamentaria.

Codón y López Sáiz expresaban que es absolutamente necesario, especialmente en la actualidad, contando con los avances operados en Psiquiatría –sobre todo si comparamos esos avances con la situación que, a este respecto, imperaba cuando se promulgó, en el siglo xix, nuestro Código Civil–, que los facultativos que hayan de concurrir al otorgamiento del testamento sean especialistas en la Ciencia de la Psiquiatría y únicamente, ante la imposibilidad o ausencia de éstos, se podrá acudir a cualesquiera otros profesionales de la Medicina, cuyo dictamen o informe, aun sin negar la indudable competencia de dichos profesionales, atendiendo a la constante necesidad de especialización que, hoy en día, invade el marco de las profesiones liberales, de la que la Medicina, al igual que el Derecho, no escapa, no podrá tener, desde mi punto de vista, la ortodoxia y autoridad que, sin duda, es atribuible al emitido por un especialista en Psiquiatría (16).

En la actualidad, los avances científicos han permitido el reconocimiento y valoración de determinadas enfermedades y trastornos psíquicos que, hasta hace unos años, eran prácticamente desconocidos. Hoy en día, lo lógico es exigir el dictamen o informe de facultativos especializados en el asunto del que se trate y, por consiguiente, especializados en Psiquiatría o en Neurología, y no admitir el emitido por un Médico de otra especialización, como, por ejemplo, por un Médico Dermatólogo o Traumatólogo.

Un tema, que se suscita, a nivel eminentemente práctico, y que puede llegar a plantear dudas y serios problemas, se produce cuando el dictamen de los facultativos es dudoso o, al menos, no es radicalmente afirmativo de la capacidad de testar de la persona explorada. ¿Podría el fedatario autorizar el testamento ante las dudas y vacilaciones de los Médicos Psiquiatras o Neurólogos?

(16) Codón y López Sáiz: Obra citada en notas 9 Y 12.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A esta interrogante, la mayoría de la doctrina española se decanta por entender que, en función de los principios del favor testamenti y pro capacitate, habría que pronunciarse por la validez del testamento, siempre, lógicamente, que se trate de un testador que no haya sido judicialmente incapacitado. El Notario autorizante no incurriría en responsabilidad alguna por esta autorización, porque siempre le cabría ampararse en dichos principios jurídicos. Es éste el sentir dominante en el ámbito doctrinal español. En este sentido, cabe resaltar que nuestro Código Civil se muestra generoso por lo que respecta a la testamentifacción activa y, tal como expresaba Bonet y Ramón, declara capaces para este negocio a personas que, para cualquier otro acto o negocio, no lo son, y, además, todo lo que concierne al tema de la incapacidad es siempre de interpretación restrictiva (17).

A mi juicio, habría que ser mucho más cuidadoso en lo que concierne a este tipo de problemas. Tengamos en cuenta que, si los facultativos muestran sus dudas o vacilaciones en lo que respecta a la capacidad mental del testador, o hay una incertidumbre en relación con su estado de salud mental, será porque, evidentemente, hay motivos, más que suficientes y razonables, para ello. En consecuencia, autorizar un testamento en estas condiciones me parece, cuanto menos, arriesgado.

Un supuesto diferente, y, sin duda, mucho menos problemático, se puede plantear en la práctica cuando el dictamen médico, previo al otorgamiento del testamento por la persona incapacitada, es favorable a la capacidad, pero el Notario disiente del mismo. Aquí, es evidente que la cuestión es más clara y no tan polémica. Estimo que, a pesar del disentimiento del fedatario, éste debería autorizarlo y, desde luego, no habría lugar a la exigencia de responsabilidad si, más tarde, se demuestra fehacientemente que se ha producido un error de diagnóstico por parte de los facultativos al emitir du dictamen o informe favorable a la capacidad mental del testador. Sí podría, en cambio, el Notario manifestar sus reservas en tal sentido. Hay que tener en cuenta que no se trata de que el fedatario haga también una apreciación o valoración del dictamen de los facultativos, ya que esto, de admitirse, sería absolutamente inadecuado. En consecuencia, estimo que el Notario ha de estar y pasar por el dic-

(17) Bonet y Ramón: Código Civil comentdo, Madrid, 1964.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tamen emitido por los Médicos competentes para ello, aunque, en su fuero interno, su íntimo convencimiento le lleve a la conclusión de que el otorgante no se encuentra en su cabal juicio o con la capacidad suficiente –requisito sine qua non para la testamentifacción activa válida– para otorgar testamento.

Otra cuestión que hay que considerar, relacionada con el dictamen de los facultativos, viene precisamente referida al momento de la emisión de ese dictamen. ¿Cuándo debe producirse? ¿Antes o una vez otorgado el testamento?

Lógicamente, la respuesta a esta cuestión, de gran calado jurídico, viene por decantarse, siempre y en todo caso, por la emisión del dictamen con anterioridad al otorgamiento del testamento. Yo insisto en que ese dictamen ha de ir seguido, con carácter inmediato, urgente, del otorgamiento del testamento, cuando efectivamente los facultativos se decantan por la capacidad de testar, con el fin de que no transcurra mucho tiempo entre el dictamen médico y la realización del negocio testamentario, ya que, si la etapa entre uno y otra es muy larga, muy extensa, es posible que se haya modificado, en ese lapso de tiempo más o menos dilatado, la capacidad del otorgante. Con el fin de evitar esta circunstancia, lo más seguro es que entre la emisión del dictamen médico y el otorgamiento del testamento medie el menor tiempo posible. Esto quiere decir que, con carácter previo, los facultativos habrán de reconocer y examinar al futuro otorgante –exploración y anamnesis, es decir, historia clínica– y comprobar en qué estado mental se encuentra. Sí se admite, a nivel jurisprudencial, que, una vez concluido el otorgamiento, los facultativos entreguen al Notario autorizante un dictamen por escrito, en el que razonen, una vez reconocido y examinado al testador, las bases de sus criterios anteriormente manifestados e incluso se admite también que puedan ampliar dichos criterios con nuevas aportaciones y matices concretos. En este sentido, una interesante, y muy antigua, Sentencia, de 26 de mayo de 1918, declaró que la protocolización de un dictamen emitido por escrito por los facultativos intervinientes supone una mayor documentación y no implica una quiebra del formalismo excepcional impuesto legalmente, sino que supone incluso una mayor y mejor constancia de las circunstancias fácticas concurrentes en tan delicado momento, máxime cuando la presentación y protocolización de ese dictamen es posterior en el tiempo, al momento de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la testamentifacción activa, que es, en definitiva, el instante que debe ser tomado en cuenta –y valorado– para la observación de aquella formalidades, siendo el dictamen escrito conveniente para la mejor y más completa ilustración judicial.

Hay, en la práctica, ocasiones –sobre todo, en los pueblos pequeños, de escasos habitantes– en las que el Notario conoce, no ya sólo de oídas, sino personalmente, y de antemano, al otorgante. Cabe plantearse si, en estos supuestos, el Notario puede excusarse en el sentido de no tener que apreciar y valorar si el otorgante se encuentra en su cabal juicio, en la plena integridad de sus facultades mentales. Evidentemente, serán pocas las ocasiones en que se produzca un conocimiento previo por parte del fedatario de la persona que acude a la Notaría a testar. Ya ha quedado expuesto que, cuando el Notario no conoce de antemano, al testador, ese íntimo convencimiento que debe alcanzar para afirmar que éste se encuentra en su cabal juicio, será complejo y delicado. En este caso, el Notario cumple con su deber, cuando la persona no está incapacitada previamente por Sentencia firme, observando al otorgante y calibrando su capacidad de entender y querer en lo relativo a sus disposiciones de carácter patrimonial. Pero, desde mi punto de vista, incluso cuando el Notario conozca de antemano al otorgante, deberá asegurarse de su capacidad de testar y no olvidar que estamos ante un tema complejo y que no debe ser nunca objeto de desidia o desinterés en función de una confianza puesta en la aptitud del otorgante para llevar a cabo válidamente el negocio testamentario.

No existe una predeterminación de medios o medidas utilizables por el Notario para llegar a cerciorarse de la capacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad. En consecuencia, hay que entender que cada fedatario empleará sus propios medios e iniciativa para llegar a ese íntimo convencimiento.

Una Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, de 18 de abril de 1916, señaló que "… si bien el artículo 695 del Código Civil exige que en los testamentos abiertos, al otorgarlos, comience el testador haciendo expresión de su voluntad ante el Notario y los testigos… nada impide que los testadores faciliten previamente a los Notarios autorizantes las instrucciones oportunas, a fin de preparar el acto del otorgamiento, cuando así conste probado queda cumplido aquel requisito en su finalidad y espíritu si, reunidos luego el

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Notario y los testigos, el testador ante ellos expresa o da claramente a entender su absoluta conformidad con el testamento redactado."

La expresión empleada por esta Sentencia, "dar claramente a entender", es, sin lugar a dudas, poco apropiada a efectos de que el Notario emita un juicio valorativo sobre la capacidad mental del testador, pues, con esta mínima exigencia, se reduce notablemente la comunicación entre Notario y testador, dando lugar a que una posible enfermedad mental, o un trastorno psíquico no muy aparente al exterior que éste padezca, pase totalmente desapercibido.

Según Mira López (18), lo importante, en la testamentifacción activa, es averiguar si la volición –la voluntad, el "querer"– del testador resulta determinada por motivos psíquicos normales o, en otras palabras, atender a la motivación de las disposiciones testamentarias, lo cual, en una gran mayoría de ocasiones, puede escapar al control y perspicacia del fedatario autorizante.

Jesús María de Alfonso exponía, con agudeza (19), que es, precisamente, en las disposiciones testamentarias, en su contenido, donde se puede materializar la incapacidad del otorgante, y no en el acto-otorgamiento propiamente dicho, ni en la actividad física que ello comporta, sino en la psíquica de las voliciones que implica el desideratum contenido en cada disposición ordenada por el testador. Este jurista se planteaba una cuestión interesante, al preguntarse si podrían el Notario, y los testigos, observando al testador, o incluso a la vista de las propias disposiciones, apreciar insanias mentales y, en consecuencia, efectuar una valoración de la incapacidad del otorgante para realizar válidamente el negocio testamentario.

Por lo que respecta a esta última cuestión, ya nuestra doctrina jurisprudencial y, en concreto, el Tribunal Supremo, se hizo eco de la dificultad que comporta para el fedatario el juicio valorativo que ha de realizar sobre la capacidad del otorgante. En esta línea, la Sentencia de 21 de marzo de 1952 señaló que "… para constatar la

(18) Mira López, Emilio: *Psicología jurídica*, Barcelona, 1932.

(19) De Alfonso, Jesús María: "Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el el testamento abierto", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

veracidad de estos casos, suelen ser precisos conocimientos científicos propios del Psiquiatra." En términos similares se pronunciaron las Sentencias de 30 de noviembre de 1968 y 21 de junio de 1969.

Uno de los medios con los que cuenta el Notario para asegurarse de la capacidad del testador es el llamamiento a facultativos, con fines de asesoramiento, y con el objetivo de que éstos emitan un dictamen o informe acerca de la sanidad mental del otorgante. Este llamamiento e intervención son potestativos y no están sujetos a formalidad alguna.

Hace ya muchos años, cuando la Psiquiatría aún no era una especialización médica, la intervención de profesionales, aun constituyendo requisito sine qua non para la validez del testamento de la persona incapacitada, era vista con cierto desagrado y no se le daba la importancia requerida. Hoy en día, se ha experimentado una evolución a este respecto y hay que considerar que el dictamen facultativo puede aportar elementos importantes, a veces cruciales, en la valoración médica de la persona que desea hacer testamento, con sus posteriores consecuencias jurídicas. Ya en una fecha lejana, como los es el año 1952, una Sentencia (dictada el 11 de diciembre), llegó a calificar de loable cautela del Notario el hecho de que éste requiriese un previo dictamen facultativo. En el mismo sentido, una antiquísima Sentencia, de 22 de enero de 1913, señaló que "… sin que a la fuerza y eficacia de aquella declaración –se refería a la de hallarse el testador en la plenitud de sus facultades mentales, efectuada por el Notario– pueda obstar el hecho de que innecesariamente requiriese el Notario el dictamen de dos facultativos como modo complementario de asegurarse a su propio juicio de la capacidad del testador."

Esta última Sentencia citada hizo una justa valoración del dictamen de los facultativos, que es muy elogiable. Pero no siempre fue así en muchas de las Sentencias que he tenido ocasión de consultar y en las que, por desgracia, se pone de manifiesto, con cierta frecuencia, una cierta hipoevaluación del dictamen de los profesionales médicos, restándole importancia a su actuación. En este sentido se expresó la antiquísima Sentencia de 27 de junio de 1902, al afirmar que las formalidades establecidas en los artículos 691 y 695 no puede estimarse que quedaran desvirtuadas por el solo hecho de haber concurrido al otorgamiento dos Médicos que afirmaron que la testadora se encontraba en el completo goce de sus facultades. Es-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

timó esta resolución que, al no tratarse de testadora demente, era innecesaria y superflua esta concurrencia, que había sido realizada a instancias del fedatario. Esta resolución concluyó en que la concurrencia de ambos facultativos no alteró en modo alguno la validez del testamento.

LA APRECIACIÓN NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR

En el ámbito del testamento abierto –que es, en la actualidad, uno de los testamentos que, con mayor frecuencia, se otorga–, la intervención del Notario autorizante tiene una importancia, desde el punto de vista jurídico, que puede, en muchos casos, ser determinante. Sin embargo, cuando se impugna un testamento por falta de capacidad mental del otorgante, surgen, como es lógico, las vacilaciones, la incertidumbre y, en definitiva, una prolija problemática. De ahí que, en el marco del Derecho Sucesorio, sea ésta una cuestión que hay que analizar debidamente.

Habría que preguntarse, en primer lugar, hasta qué punto alcanza la fe pública notarial. Una Sentencia muy antigua, dictada por nuestro Tribunal Supremo, en fecha 18 de noviembre de 1915, acogió la tesis de que el fedatario da fe de la capacidad del testador. "… dando fe aquél –el Notario autorizante– de hallarse el otorgante en la integridad de sus facultades mentales."

No obstante, esta Sentencia es aislada y la tesis que defiende, en la actualidad, no puede, a mi juicio, prosperar. Una Sentencia de 21 de junio de 1969, respecto de una impugnación de testamento por falta de capacidad, señaló que "… la fuerza probatoria del documento notarial se extiende a lo que el Notario presencia, pero no a lo que opine, ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que en el mismo se hagan…"

La expresión utilizada en esta última Sentencia citada no parece muy correcta, pues, en realidad, no puede afirmarse que el fedatario presencie la capacidad del testador. Estimo que la capacidad del testador no se "presencia", sino que se observa –que es bien distinto– y, a veces, se deduce de lo que afirma o niega, o de su actitud, o razonamientos, e incluso hasta de su forma de hablar y de expresarse.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Jesús M. DE ALFONSO explicaba que la capacidad mental es una circunstancia psíquica sin traslatividad material e imperceptible por los sentidos y sí, en cambio, por la razón (20). En consecuencia, hay que concluir que el Notario lo que hace es apreciar la capacidad o, como indicó la Sentencia de 10 de junio de 1968, efectuar una apreciación, o un juicio. En este último sentido lo señalaba la Sentencia de 30 de septiembre de 1966. Otras resoluciones, cuya fecha omito para evitar la farragosidad, indicaron que el Notario realiza una afirmación, una aseveración o una declaración (Sentencia de 22 de enero de 1913). Como pude observarse, no se indica nada sobre la "presencia" o sobre "presenciar" la capacidad del testador. Por lo tanto, desde mi punto de vista, entiendo que hay que concluir en que la fe pública notarial no ampara la realidad de que el otorgante sea capaz, pues se trata de una apreciación psíquica, y no de hecho, y que se exterioriza por signos perceptibles por el jurista. En otras palabras, habría que resaltar que la fe pública no se extiende a la verdad intrínseca de las declaraciones que, en torno a la capacidad del testador, se efectúen. La dación de fe alcanza solamente a la opinión del Notario, que, por su propia naturaleza, puede, o no, ser acertada y coincidente con la realidad. Por tanto, es evidente, a todas luces, que la salud mental del testador –y, por ende, su capacidad– no llega a la fe notarial. De acuerdo con esta tesis, una antigua Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, de 14 de abril de 1925, declaró que "la afirmación del Notario de que el testador tenía capacidad para otorgar testamento no supone que haya de aceptarse como verdad indiscutible."

Desde mi punto de vista, el Notario se limita a efectuar una apreciación basada, fundamentalmente, en su propia experiencia y en la impresión personal sobre la capacidad del otorgante, pero, lógicamente, esa impresión personal, aunque sea una apreciación fundada y razonable, nunca debe tener la categoría de verdad indiscutible o de dogma. La Sentencia, también del Supremo, de 21 de marzo de 1952, declaró que "… la fe pública ampara la creencia del fedatario de que el otorgante es capaz." Y la dictada el 10 de noviembre de 1969 señaló que "el documento público hace fe únicamente del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, pero no de la verdadera capacidad de los otorgantes."

(20) *Idem: Ibídem*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Hay que plantear qué valor tiene el juicio o la apreciación sobre la capacidad del testador efectuado por el fedatario, ya que esta cuestión es de índole práctica y plantea numerosos problemas. Sobre esta cuestión, una carismática Sentencia de la Jurisprudencia menor y, en concreto, dictada por la Audiencia Provincial de Álava, en fecha 27 de julio de 2001, parece dejar resueltos muchos de los problemas que se suscitan en relación con este tema. Esta resolución resolvió la impugnación de la Sentencia de Instancia, en la que se reiteraba que el causante habitualmente no se hallaba en su cabal juicio y que, además, en el momento mismo del otorgamiento carecía de juicio suficiente y tenía enervadas sus facultades mentales en grado tal que no podía llegar a entender y querer las disposiciones testamentarias que efectuó. A este efecto, afirmaba el recurrente que el juicio de capacidad, en el momento de otorgar el testamento, debió hacerlo un Médico especialista en Psiquiatría, dados los antecedentes y la situación anímica habitual del testador, debido a sus problemas de alcoholismo, con comportamientos extravagantes e irrespetuosos. Con relación al momento mismo del otorgamiento del testamento, se alegaba que el testador se encontraba afectado por el cloruro mórfico que le había sido suministrado como consecuencia de haber sufrido un infarto de miocardio el día anterior, lo que, a juicio del recurrente, determinaba, y en base a los informes periciales de dos facultativos, una afección en grado sumo de las facultades superiores.

El Fundamento Jurídico Segundo de esta resolución estableció una doctrina que ha servido de base y fundamento con respecto a la capacidad de testar, en el sentido de hacer una interpretación de los artículos 663 y siguientes de nuestro Código Civil, siguiendo estas premisas básicas:

1.ª la capacidad mental de testador se presume mientras no se destruya mediante prueba en contrario, prueba que ha de ser fehaciente;

2.ª la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento;

3.ª la afirmación hecha por el Notario acerca de la capacidad –o incapacidad– del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas demostrativas de que, en el acto de testar, el otorgante no se hallaba en su cabal juicio, pero requiriéndose, en todo caso, que

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, y

4.ª por ser la sanidad mental del testador una cuestión de hecho, su apreciación corresponde a la Sala de Instancia.

Esta importante resolución razonaba afirmando que no se había llegado a probar mínimamente que el posible alcoholismo causara una incapacidad permanente más allá de los concretos y puntuales momentos de afectación por ingesta excesiva de alcohol, ni se acreditó sobre una eventual incapacidad precedente, ni siquiera sobre episodios concretos en los que la capacidad mental fuera cuestionada o puesta en tela de juicio en algún expediente judicial o administrativo, tanto de internamiento, como en tratamiento ambulatorio o expresamente en una declaración judicial de incapacitación. De ahí se extraía la consecuencia de que el alcoholismo invocado no podía servir de causa para estimar que la salud mental del testador estuviera gravemente afectada, salvo durante los episodios de efectiva intoxicación por una ingesta abusiva, por lo que se vino a concluir que el estado de salud mental del otorgante implicaba una plena capacidad de obrar y, por ende, que se encontraba en condiciones de otorgar testamento.

La Sentencia razonaba afirmando que la prueba deducida del juicio de capacidad expresado por el fedatario era de singular trascendencia, como tradicionalmente ha resaltado la doctrina jurisprudencial, y destacando, asimismo, que, en la propia escritura, el testador expresó su voluntad en presencia del Notario autorizante y, leído el testamento al otorgante, éste manifestó no desear leerlo por sí mismo, pese a declarar que podía hacerlo, factores todos ellos que revelan la capacidad del otorgante y su pleno conocimiento del contenido y trascendencia de sus actos, reforzando, si cabe aún más, la referida presunción de capacidad.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2001 se refirió al alcance de la fe pública notarial. El supuesto se recondujo a un testador que, estando soltero, otorgó una disposición de última voluntad instituyendo heredera única y universal a la persona que le cuidaba, falleciendo el otorgante cuatro días más tarde de un carcinoma renal.

El Tribunal de Instancia valoró la prueba pericial, que no fue emitida por un especialista en Psiquiatría, sino por un Médico Internista,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que no examinó ni directa ni personalmente al testador, porque la pericial se practicó con posterioridad a su fallecimiento, sin que el Médico hubiera tenido relación alguna con el otorgante, resultando más bien explicativos los Informes y datos suministrados por los Hospitales en los que estuvo ingresado antes del óbito. El perito, propiamente, no informó, sino que "sospechaba" que a los pocos días de producirse el alta médica, cuando otorgó testamento, su estado general y mental no había mejorado, aunque no descartaba que tuviera un momento de mayor lucidez y, del mismo modo, "suponía" que, producida el alta, la insuficiencia renal crónica habría empeorado, con mayor acumulación de sustancias tóxicas al cerebro, produciendo una encefalopatía urémica, con obnubilación progresiva, estupor y muerte.

La Sentencia señaló que "… la conclusión de que la prueba pericial y conjunto probatorio, incluidos los Informes hospitalarios, no resultaban suficientes, ni estaban dotados de la contundencia demostrativa necesaria para desmoronar la presunción de capacidad para testar…"

"La insania mental… exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió, lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, con base a un informe pericial indirecto, impreciso y que contiene hipótesis y no conclusiones definitivas, así como los datos hospitalarios…"

"En cuanto a la aseveración del Notario respecto a la capacidad del testador…adquiere relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial lo contrario…"

Como claramente se observa, y se deduce, tras el análisis de esta Sentencia, el juicio de capacidad que hace el Notario adquiere singular relevancia y trascendencia, si me fundo tanto en la doctrina jurisprudencial, cuanto en el propio prestigio que ostenta la fe pública notarial.

No obstante, la afirmación notarial de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento no tiene que ser aceptada necesariamente –obligatoriamente–. Así lo indicó la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1974: "… si bien el Notario ha de hacer constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, dicha afirmación hecha por el Notario no supone que necesaria-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mente tenga que ser aceptada como verdad indiscutible, o sea, que dicha afirmación puede ser revisada por el Juez…, siempre que las pruebas de que disponga para ello sean convincentes, que es lo que ha ocurrido en el presente caso."

Efectivamente, la afirmación hecha por el fedatario de la capacidad del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que, en el acto de testar, no se hallaba el otorgante en su cabal juicio. Estas pruebas se exige que sean muy cumplidas y convincentes, al gozar la aseveración notarial de una especial relevancia de certidumbre.

A mi juicio, estimo que la valoración que haga el Notario acerca de la capacidad del testador, especialmente en aquellos casos difíciles, complejos, en los que, a simple vista, con la mera observación hecha por una persona que no es especialista en Psiquiatría, no se aprecia una anormalidad mental, una patología, un síndrome o alteración psíquica más o menos aparente, será, en todo caso, un juicio incompleto, o una valoración no integral del otorgante, porque el fedatario no es un especialista en Medicina, ni tiene obligación de poseer conocimientos psiquiátricos ni psicológicos.

Una interesante Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, el 24 de julio de 1995, con motivo del otorgamiento de un testamento en el que se acreditó el cumplimiento de todas las formalidades legales, pero ello no impidió que fuera declarado nulo al probar que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva. En este supuesto, el fedatario apreció que el testador se encontraba en su cabal juicio. Sin embargo, se demostró, fehacientemente, más tarde, que dicho testador, de 73 años de edad, había empezado a padecer ciertos trastornos mentales, como pérdidas de memoria y control intelectual, abandono de su vida social, etc. A los tres años siguientes, su Médico especialista le visitó en dos ocasiones y observó en él una conducta inadecuada, con tendencia a la huida y a salir desnudo, entre otras manifestaciones anormales. Hay que resaltar que, quince días después de otorgado el testamento, fue ingresado en el Hospital Psiquiátrico, con la consiguiente sintomatología: conducta de tipo delirante con francas ideas de persecución, confusión mental, amnesia, desorientación autopsíquica y temporal, no espacial, siendo incapaz de concretar el número de hijos, ni su lugar de residencia. Posteriormente, sufrió nuevos ingresos, afirmando los especialistas del Hospital que su sintomatología se fue enquistando, llegando a un cuadro

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de demencia profunda, sin posibilidad de recuperación, por lo que fue trasladado, dentro del Hospital, a una unidad de larga estancia.

Con este cuadro clínico, otorgó testamento. El Notario declaró que, en línea generales, no se acordaba ni podía puntualizar las circunstancias concretas del otorgamiento, pero que, si le hubieran hecho saber la patología que el testador sufría, no hubiera autorizado el acto, afirmación ésta que no coincide exactamente con la anotación que figuraba en el propio testamento, de que el testador "sabe firmar, pero no puede hacerlo por impedirlo su enfermedad, haciéndolo a su ruego un testigo."

Un testigo manifestó que no conocía al testador con anterioridad y que éste no hizo ninguna manifestación, ni pronunció una sola palabra durante todo el acto del otorgamiento del testamento, porque, incluso cuando el fedatario leyó lo que ya tenía escrito, permaneció callado, siendo también cierto que el testador no le pidió que firmara por él.

El otro testigo confirmó íntegramente las aseveraciones efectuadas por el anterior, insistiendo en que el testador no pronunció una sola palabra durante toda la reunión, permaneciendo recostado en la cama y, en su opinión, no era consciente del acto que se estaba celebrando.

La Sentencia declaró que "puestas en relación estas manifestaciones de los testigos presenciales, no interesados en el otorgamiento del testamento, con la historia clínica de la enfermedad que padeció el testador hasta su fallecimiento, y que ya sufría en Diciembre de 1983, resulta obligado coincidir con la Sala de apelación en la declaración de nulidad, que hace, respecto a la disposición de última voluntad que se ha impugnado en el pleito. Existen elementos de prueba en los autos más que suficientes para que no pueda prevalecer el error apreciativo que se denuncia en el motivo por cuya causa debe decaer éste…"

La intervención del Notario autorizante tiene, en nuestra legislación, un efecto preponderante y el principio pro capacitate del otorgante resuelve la problemática a favor del mantenimiento del testamento, reputando capaz al testador, siempre que no conste la incapacitación judicial.

En cualquier caso, el juicio, apreciación o valoración que lleven a cabo los facultativos sobre la capacidad mental del testador habrá de ser siempre prevalente con respecto al emitido por el fedatario, y ello por razones obvias.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Resulta necesaria, hechas estas consideraciones, la referencia a la Reforma operada por la Ley 30/1991, por constituir un tema de excepcional interés jurídico en sede de testamentos y uno de las cuestiones abordadas por la interesantísima Sentencia de 19 de septiembre de 1998. En esta Sentencia, el Tribunal Supremo hizo una reflexión en torno al cambio semántico sufrido por el artículo 685 del Código Civil, concluyendo que la introducción de la expresión "deberá asegurarse" subraya el carácter imperativo de la labor que incumbe al fedatario autorizante del testamento abierto. Al descartarse la concurrencia de facultativos, salvo para el supuesto previsto en el artículo 665, y en cuanto la apreciación por el Notario de las condiciones del testador será meramente subjetiva, según la expresión mantenida en el vigente artículo 685, parece lógico, según Adela Serra Rodríguez (21), no exigir un exhaustivo control sobre las facultades del testador, que le lleven a asegurar, de manera incontrovertida, la capacidad de éste. De ahí que el Notario cumple con su deber, según un sector doctrinal mayoritario, mediante una diligente, atenta, seria y fundada formación de su juicio sobre la capacidad del otorgante (22).

Alma María Rodríguez Guitián puso de relieve que la especialidad de la reglamentación notarial, en nuestro país, radica en que el fedatario no sólo ha de realizar la actividad consistente en emitir el juicio de capacidad del otorgante, sino que, además, debe expresar, en el propio instrumento, el resultado de tal actividad (23).

Hay que tener en cuenta –e insistir en este extremo– que todo testamento debe fundamentarse, con carácter previo, en el consentimiento de la persona que dispone de sus bienes, por ser éste la esencia del negocio jurídico. Y, obviamente, sin capacidad intelectiva y/o volitiva, o con una grave merma de la inteligencia y/o de la voluntad, mal puede afirmarse que haya existido consentimiento.

---

(21) Sierra Rodríguez, Adela: "La capacidad para testar y la prueba de la incapacidad del testador en los testamentos abiertos (Comentario a las sentencias de 12 de mayo y 19 de septiembre de 1998)", en *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 2, Navarra 1999.

(22) Romero Coloma, Aurelia María: *La capacidad de testar*, Editorial Bosch, Barcelona, 2006.

(23) Rodríguez Guitián, Alma María: *La capacidad de testar. Especial referencia al testador anciano*, Editorial Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La apreciación notarial sobre la capacidad del testador no es un problema de carácter jurídico o, al menos, no exclusivamente de este carácter, sino que en este tema se implican cuestiones de enorme relevancia médica y, en especial, psiquiátrica. Lo que sucede, a niveles prácticos, es que esta cuestión tiene una indudable trascendencia en lo jurídico, porque la persona hace testamento, dispone de sus bienes y, para que ese documento –tan personal– sea válido, produzca sus plenos efectos, esa persona debe gozar de sus facultades intelectivas y volitivas, o, en otras palabras, saber lo que está haciendo, cómo está disponiendo de sus bienes y querer disponer de los mismos precisamente en el modo en que lo hace a través del instrumento que es el testamento.

El fedatario, desde mi punto de vista, juega un papel importante en todo este proceso. Pero no está obligado a llevar a cabo una investigación acerca de la capacidad del testador. Lo normal será que, simplemente, se base en la apreciación personal que haga del sujeto que acude a su Notaría. Será, por tanto, una percepción, eminentemente visual, también auditiva, evaluadora de la personalidad del sujeto la que lleve a cabo el Notario.

Habría que plantearse si la apreciación notarial de la capacidad del testador es, en realidad, una garantía, un a modo de aval, para terceros. La respuesta, a mi juicio, es que no. No hay garantías, pero es sencillamente porque no puede haberlas. Lo que sí se podrían establecer son determinadas medidas de cautela que adoptar por el Notario, al objeto de que su apreciación sobre la capacidad del testador sea –sin devenir infalible, por supuesto– lo más exacta posible, lo más aproximada a la realidad.

En este sentido, lo primero que salta a la vista es que no existe en nuestro Código Civil ningún artículo, ningún precepto que, de modo expreso, exija al Notario la adopción de unas medidas de cautela en el momento del otorgamiento del testamento de una persona de la que, en principio, haya ciertas dudas acerca de su capacidad de testar, de disponer de sus bienes. El artículo 665 del Código Civil, como ya quedó reseñado, establece, no obstante, que, cuando testador sea una persona incapacitada por virtud de Sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad de testar, el Notario, en este supuesto, de modo necesario, es decir, como requisito previo, ha de designar dos facultativos que reconozcan al otorgante y no podrá autorizar el testamento sino cuando éstos respondan de su capacidad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Es éste, por tanto, un supuesto muy concreto y determinado. Pero es discutible si el fedatario podría adoptar tal medida de cautela en el supuesto de los incapaces de hecho, es decir, personas que no están incapacitadas judicialmente, pero de las que se tienen serias dudas sobre su capacidad de testamentifacción activa. Estimo que, de modo voluntario, el Notario puede designar a dos facultativos en este supuesto, si bien tanto la doctrina jurisprudencial como la elaborada por diversos teóricos del Derecho han mantenido que el ámbito de aplicación de esa designación se reservaba a las personas incapacitadas que desearan testar.

Algún jurista, como Albaladejo (24), por ejemplo, sostenía, en cambio, de una forma más abierta, que el precepto civil citado abarcaba también a los incapaces de hecho, porque el objetivo del precepto, la finalidad que, con éste, se pretendía era asegurarse de la capacidad del otorgante. Desde mi punto de vista, de lo que se trata, precisamente, es de no autorizar testamentos que vengan realizados por personas que, aunque no estén incapacitadas judicialmente, no gozan de sus facultades intelectivas y volitivas intactas, íntegras, circunstancia ésta que, cuanto menos, ha de volver dudosa la validez de ese testamento hecho en esas condiciones precarias. Lo que no se debe permitir es que una persona con alteraciones psíquicas importantes –aunque se desenvuelva en el ámbito cotidiano con cierta flexibilidad– sea considerada capaz para la testamentifacción activa, porque disponer de los bienes para después de la muerte es un acto personalísimo, trascendental, que no debería estar sujeto a los vaivenes de personas que no gozan de una percepción clara de las cosas y que, por ende, no pueden expresar adecuadamente cuáles son sus auténticos deseos en orden al destino de sus bienes mortis causa.

Frente al artículo 665 –en su redacción actual– del Código Civil, que sólo considera preceptiva la intervención de los facultativos para el supuesto de testamento de persona judicialmente incapacitada, pero en el que la Sentencia de incapacitación nada exprese sobre este extremo, el artículo 116 del Código de Sucesiones de Cataluña estima preceptiva esta intervención en aquellos casos en los que el

(24) Albaladejo, Manuel: "Los cambios introducidos en el artículo 665 del Código Civil por la ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, septiembre 1992.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural, esté o no incapacitado.

Tal como ha expuesto Alma María Rodríguez Guitián (25), la obligatoriedad de adoptar medidas de cautela en los supuestos dudosos se correspondería, más y mejor, con el valor, tan extraordinario, quizás desmesurado a veces, que la Jurisprudencia otorga al juicio de apreciación notarial. Hay ocasiones, numerosas, en las que el Notario duda de la capacidad del testador. Son situaciones que podríamos denominar "especiales", sospechosas de la capacidad de testamentifacción activa. Un ejemplo, carismático, de estas situaciones o circunstancias que pueden hacer dudar al fedatario lo constituye el internamiento de una persona anciana en un Centro de Mayores o, avanzando un poco más, en un Centro Sanitario (Hospital o Clínica). Siempre que una persona anciana está ingresada en un Centro, será prudente que el Notario tome unas cautelas, que se asegure, en la medida de lo posible, de su capacidad de testar. Cuando el internamiento o ingreso de un anciano trae su causa de una enfermedad terminal, o de una patología grave, y en la que el paciente presenta un aspecto físico muy deteriorado, prudente será que el fedatario adopte unas determinadas precauciones en orden a asegurarse de que dicha persona, a pesar de su precario estado de salud, conserva intactas sus facultades mentales.

Los factores ambientales, tales como el cambio de entorno familiar con el consiguiente traslado a un Hospital, la alteración de rutinas diarias, la sobreestimulación –presencia de ruidos derivados de la propia tecnología del Centro o del quehacer médico, cambios en el personal sanitario, visitas masivas, etc.–, pueden, desde luego, contribuir a desarrollar en el paciente anciano el llamado "delirium", también conocido con la denominación de síndrome confusional agudo. Este síndrome se caracteriza por una modificación del nivel de la conciencia, con la consiguiente alteración de la atención y cambio en las funciones cognitivas, que se inicia de forma brusca y fluctuante, es transitorio y en él se alternarán períodos de lucidez con otros de confusión, según puso de relieve Sánchez Ayala (26).

(25) Rodríguez Guitián, Alma María: Obra citada en nota 23.

(26) Sánchez Ayala, M. I.: "El delirium y otros trastornos psicoorgánicos", *Psiquiatría geriátrica*, 1.ª Edición, Masson, SA, Barcelona, 2002.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Otra situación en la que será preciso que el fedatario adopte ciertas medidas de cautela tiene lugar cuando acude al domicilio del testador, o al domicilio de una persona que le está cuidando y que resulta beneficiada en su testamento, y el otorgante tan sólo consigue balbucear algunas palabras, o realizar algunos gestos más o menos expresivos. En este supuesto, que es bastante frecuente en la práctica, no cabe duda que el Notario debería tomar unas precauciones elementales, ya que la posibilidad de coacción sobre la persona del anciano será fácil, además del riesgo que supone otorgar testamento en estas precarias condiciones. Tengamos en cuenta que, en muchas ocasiones, el anciano está a merced de otra persona o, a veces, de varias personas que se alternan en los cuidados propios de higiene, asistencia diaria, cuidados del hogar, etc. Estimo que, en estas circunstancias, el Notario ha de hacer gala de una especial sensibilidad y observar detenidamente cuál es el estado de la persona que desea hacer testamento. Comprobar ese estado supone, por supuesto, intentar, con los medios a su alcance, discernir si el otorgante se encuentra en su pleno juicio en ese momento y es, por tanto, capaz para la testamentifacción activa.

CONCLUSIONES

Hay que partir de que la capacidad mental del testador se presume y, en consecuencia hay que probar, en su caso, la incapacidad. Pero, en muchas ocasiones, se plantea la cuestión de saber, con certeza, con exactitud, si una persona está, o no, en su sano juicio, y, sobre este aspecto, hay que matizar diciendo que muchas personas sufren trastornos psíquicos que a los no profesionales de la Medicina –como los Notarios– les pueden pasar desapercibidos.

En cuanto a los intervalos lúcidos, la persona es capaz para la testamentifacción activa en esos momentos, pero esta afirmación hay que corroborarla con cautelas, por lo que hay que propugnar un análisis y examen en profundidad de las personas en estas circunstancias, al objeto de que el testamento que hagan sea el claro y fiel reflejo de su voluntad libre y soberana.

Aunque el Fedatario sea la persona competente, según el Código Civil, para emitir un juicio sobre la valoración del la capacidad mental del testador, hay que tener en cuenta que no es una persona

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

especializada en Psiquiatría y que, por tanto, muchos trastornos y alteraciones mentales le pueden pasar desapercibidos, por lo que abogo por la intervención de facultativos especializados en esta materia, como ayuda e instrumento inestimable para los Notarios, sin desmerecer en absoluto la intervención de éstos en lo que respecta a la apreciación de la capacidad del testador.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LA REPRESENTACIÓN DEL TÍTULO SUCESORIO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD SEGUN LA ERRÓNEA DOCTRINA DE LA ACTUAL DGRN (*)

(No existe "un" título sucesorio sino "tres")
(Existen "Testamentos/no títulos sucesorios")
(Segunda parte)

Al Doctor D. José Enrique Rivas Pérez (†)
y a D.ª M.ª Jesús Palá Berdejo
por acogerme, por apoyarme… (1)

Rafael Rivas Andrés
Notario

Resumen: Para ampliar la calificación registral a costa de lo que sea, la actual DGRN exige la presentación del título sucesorio "integro" confundiendo: a) la naturaleza de la Declaración de Herederos notarial tratándola como Testamento cuando es similar a la Judicial; b) fe pública original y derivada (los "documentos originales e íntegros" a efectos del Registro no existen, pues copias y testimonios "totales y literales" tienen igual fe pública que los "parciales y en relación"); c) que en los testimonios parciales de documentos relativos a hechos (Declaración de Herederos, Defunción y Últimas Voluntades) no es necesario advertir que lo no transcrito no influye

(*) La primera parte de este trabajo se publicó en el número 86 de la Revista Jurídica del Notariado.

(1) El autor bien sabe que estas desordenadas líneas no son suficientes para pagar la deuda de gratitud contraída con D. José Enrique y D.ª M.ª Jesús, pero el hecho de que en ellas se haya tenido que investigar ciertos documentos del XIX, pudiera haber movido al doctor RIVAS PÉREZ a leerlas con indulgencia, dada su condición de insigne jurista, profesor de Historia del Derecho y discípulo predilecto del catedrático D. Juan MONEVA Y PUYOL en una Zaragoza del siglo XX que por desgracia ya comienza a desdibujarse en la memoria…

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en lo testimoniado; d) "título sucesorio" con "título de inscripción" (el art. 14 LH sólo aclara que no podemos aceptar directamente aquí Testamentos de otros países en los que no sean títulos sucesorios). Olvida que la doctrina "secular" es que basta presentar el título por testimonio "parcial" y no duda en citar mal Res atribuyéndoles doctrinas inexistentes (no se las ha leído), omite otras que contradicen sus ensoñaciones y hasta guarda un ominoso silencio sobre tres Sentencias que le desmienten (del Juzgado, Audiencia y TS), demostrando que usa la jurisprudencia a su antojo, pues sólo se apoya en ella (Res 22/2/12) para infligir el mayor ataque que ha sufrido la profesión notarial permitiendo la inscripción de "documentos/No públicos" elaborados por "analfabetos jurídicos".

Abstract: To extend the registry control at the cost of whatever the thing is, the present DGRN demands the whole successory title "complete", confusing: a) the nature of the notarial Inheriting Statement having the treatment of a Will when it is similar to the Juridical one; b) original and derived public faith (the "original and complete documents" do not exist as a result at the Registry, thus copies and testimonies "total and literal ones" have the same public faith that the "partial ones and the ones with relation"); c) that in the partial testimonies of documents which are relative to facts (Inheriting Statement, Death and Last Will and Testament) it is not necessary to advise that what is not transcribed does not influence the one evidenced); d) "successory title" with "registration title" (the 14 LH Article only says that we cannot accept Wills straight here from other countries in which these ones are not successory titles). The present DGRN forgets that the doctrine "secular" means that it is enough presenting the title like "partial testimony" and it does not doubt to name badly "Res" and attributes inexisten doctrines (it has not read them), it does neglect others that disagree with its dreams and even keeps a guilty silence upon three Evidences that deny it (from the Court, Regional Court and Supreme Court) showing that it uses the jurisprudence to its own, as it is only based on it (Res 22/2/12) to infringe the greatest attack that the notarial profession has suffered allowing the registration of badly-worded "No public documents" by "illiterate jurists".

Palabras clave: Título sucesorio, Testamento, Declaración de Herederos, Fe Pública, Instrumento público, Copia, Testimonio, Testimonio en relación, Doctrina de equivalencia de formas, Doctrina de equivalencia en Seguridad jurídica, "Probate", "Erbschein", Universalidad de la herencia, Reenvío, Orden Público, Artículo 14 Ley Hipotecaria, Artículos 76 y 78 Reglamento Hipotecario.

Key words: Successory title, Will, Inheriting Statement, Public faith, Public document, Copy, Testimony, Testimony with relation, Form equivalence doctrine, Equivalence doctrine on juridical security, "Probate", "Erbschein", Universality of the Inheritance, Forwarding, Public order, Article 14 Mortgage Law, Articles 76 and 78 Mortgage regulations.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: EL ERROR DE PARTIDA ES NO ACERTAR CON LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE CADA UNO DE LOS TRES DISTINTOS TÍTULOS SUCESORIOS

II. LA RECIENTE DOCTRINA DE LA ACTUAL DGRN SOBRE LA PRESENTACIÓN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL TÍTULO SUCESORIO, O CÓMO CREAR UN PROBLEMA DONDE NO LO HABÍA

III. LA CUESTIÓN NO ES SOBRE SI "HAY O NO" QUE PRESENTAR EL TÍTULO SUCESORIO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, SINO SOBRE "CÓMO" HAY QUE PRESENTARLO: A EFECTOS REGISTRALES EL TÍTULO "ORIGINAL" E "ÍNTEGRO" NO EXISTE, ES UN MITO

IV. LA ACTUAL DGRN CONFUNDE LA "FE PÚBLICA ORIGINAL" Y LA "FE PÚBLICA DERIVADA", Y NO DISTINGUE ENTRE COPIAS Y TESTIMONIOS TOTALES Y PARCIALES, LITERALES Y EN RELACIÓN
- IV.1. Fe pública original y fe pública derivada.
- IV.2. Copias notariales, totales y parciales, literales y en relación.
- IV.3. Testimonios notariales, totales y parciales, literales y en relación.
- IV.4. En los testimonios "parciales" (literales o en relación) de las Declaraciones de Herederos y los certificados de Defunción y Últimas Voluntades, ni siquiera es necesario advertir que lo no testimoniado no altera, restringe, limita o condiciona lo transcrito
- IV.5. Las Copias y Testimonios totales y literales, no tienen más fe pública que las parciales (literales o en relación)
- IV.6. Cómo se adjuntan y cómo se reproducen los documentos incorporados a una matriz de Escritura o Acta: 5 posibles combinaciones de Copias y Testimonios totales/parciales, literales/en relación

V. LA ACTUAL DGRN CONFUNDE EN EL ART. 14 LH TÍTULO DE LA "SUCESIÓN" CON TÍTULO DE LA "INSCRIPCIÓN"

VI. LO QUE REALMENTE HACE EL ART. 14 LH ES DELIMITAR "POSITIVAMENTE" EL TÍTULO SUCESORIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL EN EL QUE EXISTEN "TESTAMENTOS/TÍTULOS SUCESORIOS" Y "TESTAMENTOS/NO TÍTULOS SUCESORIOS"

VII. EL ART. 14 LH TAMBIÉN DELIMITA "NEGATIVAMENTE" EL TÍTULO

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUCESORIO EN ESPAÑA. LOS PROBLEMAS DE LA RECEPCIÓN DE LOS TÍTULOS SUCESORIOS EXTRANJEROS
VII.1. La incompatibilidad de sistemas sucesorios y el orden público español. En la ciencia jurídica no cabe la "transubstanciación": el Testamento extranjero siempre es extranjero
VII.2. El principio de universalidad de la herencia para la determinación de la ley hereditaria sustantiva
VII.3. El principio de universalidad de la herencia para la concreción del título sucesorio
VII.4. Las normas de circulación internacional de documentos notariales

VIII. LOS DEFECTOS DE UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y DE EXPRESIÓN DEL ART. 14 LH

IX. LA DOCTRINA TRADICIONAL DE LOS SIGLOS XIX, XX Y XXI QUE OCULTA LA ACTUAL DGRN ES QUE NO ES NECESARIA LA PRESENTACIÓN DEL TÍTULO SUCESORIO ÍNTEGRO EN REGISTRO DE LA PROPIEDAD: NI SIQUIERA SE HAN LEÍDO LAS RES QUE CITAN Y HACEN
IX.1. La Real Orden de 5/9/1867 y el primer RN de 30/12/1862
IX.2. La Res 11/5/1900 y el segundo RN de 9/11/1874
IX.3. La Res 28/4/1926
IX.4. La Res 5/12/1945
IX.5. La extraordinaria Res 15/1/1960 que no se ha leído la actual DGRN
IX.6. La Res 3/4/1995
IX.7. La Res 11/3/03
IX.8. La Res 8/7/05 que tampoco se ha leído la actual DGRN
IX.9. La Res 22/7/05
IX.10. La Res 1/10/07
IX.11. La Res 12/11/11
IX.12. La Res 3/2/12 que tampoco se ha leído la actual DGRN por más que sea su autora ¿?

X. EL OMINOSO SILENCIO DE LA ACTUAL DGRN SOBRE TRES SENTENCIAS JUDICIALES QUE LE CONTRADICEN

XI. EL ART. 143 RN NO AUTORIZA EN MODO ALGUNO A QUE EL REGISTRADOR CALIFIQUE MÁS ALLÁ DE SUS COMPETENCIAS

XII. CONCLUSIÓN PRIMERA.- NO HAY QUE PRESENTAR AL REGISTRO EL TÍTULO SUCESORIO ÍNTEGRO: LAS RES 4/6/12 Y 2/10/12 SÓLO TRATAN DE LA AMPLIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL A COSTA DE LO QUE SEA

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

XIII. CONCLUSIÓN SEGUNDA.- LAS RES 4/6/12 Y 2/10/12 DEBERÍAN RECURRIRSE ANTE LOS TRIBUNALES A LA VISTA DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES

XIV. CONCLUSIÓN TERCERA.- LA ACTUAL DGRN UTILIZA LAS SENTENCIAS A SU ANTOJO: SÓLO LAS DEJA INAPLICADAS CUANDO CONVIENE PARA AMPLIAR LAS COMPETENCIAS REGISTRALES. EL INAUDITO CASO DE LA RES 22/2/12 SOBRE LA DEGRADACIÓN DE LA PROFESIÓN NOTARIAL EN PALABRAS DEL ACTUAL DIRECTOR GENERAL. PROYECTO "NOTARCROBECO"

XV. CONCLUSION CUARTA.- EPÍLOGO SOBRE LA ARGUMENTACIÓN DE LAS RES 4/6/12, 2/10/12 Y 22/2/12

VII. EL ART. 14 LH TAMBIÉN DELIMITA "NEGATIVAMENTE" EL TÍTULO SUCESORIO EN ESPAÑA. LOS PROBLEMAS DE LA RECEPCIÓN DE LOS TÍTULOS SUCESORIOS EXTRANJEROS

Acabamos de ver que el art. 14 LH sirve para explicar "cómo ES" nuestro sistema sucesorio (un sistema de "continuación"), pero ello supone que simultáneamente también está delimitando negativamente el título sucesorio explicando a los títulos sucesorios extranjeros "cómo NO ES" nuestro sistema (no es un sistema de "liquidación") y advirtiéndoles por tanto de los obstáculos que se van a encontrar al llegar a España.

Entramos así en el examen de los problemas que causa la recepción en España de los títulos sucesorios extranjeros, en cuya solución va a ser muy relevante esa distinción que acabamos de ver entre "Testamentos/títulos sucesorios" y "Testamentos/NO títulos sucesorios".

Otra distinción no menos relevante es la que separa el "negocio testamentario" del "documento testamentario" pues en este tema lo relevante va a ser el "negocio" antes que el "documento" en el que viaja. En otras palabras, no se trata aquí de que el documento añada unos especiales efectos en sí mismo de los que carece el

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

negocio (como ocurriría con el efecto "traditorio" o el "ejecutivo" de una Escritura de Compraventa con precio aplazado). No. Aquí veremos que básicamente los problemas son los que plantea el "negocio testamentario" respecto del que hay países que no le atribuyen el efecto de integrar por sí mismo el título sucesorio.

Una última distinción que nos deberá de acompañar en la búsqueda de esas soluciones es la que se refiere a la "validez del negocio" frente a la "eficacia del negocio", pues sin tener bien presente que son categorías independientes que se pueden dar en distintos grados según los casos, tampoco se podría alcanzar esa coherencia.

Por supuesto que un negocio absolutamente inválido no produce ningún efecto propiamente negocial (con independencia de que pueda producir algún tipo de responsabilidad), y que un negocio válido siempre ha de tener algún efecto (sería absurdo una voluntad negocial que no sirviera absolutamente para nada), pero no hay que perder de vista que los negocios, una vez superada la barrera de la validez, producen distintos efectos, no sólo según sus diferentes tipos, sino también dependiendo de cada país. En otras palabras, un mismo negocio que sea válido según la legislación de varios países puede que en cada uno de ellos produzca unos efectos que no sean los mismos. Nótese que para nuestros objetivos la Convención de la Haya de 5/10/1961 sobre Testamentos nos va a servir de bien poco pues atiende únicamente a "Testamentos", no a "Títulos sucesorios", se refiere fundamentalmente a cuestiones de "validez" formal de los primeros, pero no a su "eficacia" que es a lo que atienden los segundos.

Y para avanzar en la resolución de estos problemas lo primero sería examinar los títulos sucesorios que se pueden dar en la tramitación de la herencia de un extranjero en España. Veamos…

La posibilidad de que un extranjero haga un **Testamento español** para todos sus bienes o sólo para los de España, es algo admitido por la jurisprudencia, doctrina y legislación inglesa tal y como dijimos (2):

(2) Rivas Andrés, Rafael: "Aplicación de las legítimas del Código Civil español a las herencias inglesas", *Revista Notarius Internacional*, núm. 1-2/2003, vol. 8, p. 138-148, y revista *La Notaría*, núm. 10, abril 2002.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"Pues bien, Sáinz cita la interesante sentencia inglesa de 1951 sobre el caso «The state of Wayland» que admite la validez y eficacia simultánea de dos Testamentos: el hecho en Bélgica en el que se disponía únicamente de los inmuebles belgas y el hecho posteriormente en Inglaterra en el que se disponía del resto. Y es que (continúa citando Sáinz) tal y como explicaba Parry, en derecho inglés -salvo revocación expresa- sólo se entienden revocadas las cláusulas del Testamento que sean incompatibles con el posterior, no el resto".

También Downes (3), al igual que Löber, Marsá y Steinmetz (4), explican que nada se opone a que los alemanes otorguen Testamento ante notario español para sus bienes aquí.

En España, además de la evidencia práctica, contamos la aceptación expresa del supuesto llevada a cabo por la Res 24/10/07 que admite este tipo de Testamentos y hasta los recomienda:

"Es más, la posibilidad de testar ante notario español para ordenar el patrimonio existente en España es una vía que genera seguridad jurídica al ciudadano extranjero y que, especialmente en los casos de dualidad, como los de la ley inglesa, asegura la propiedad del bien tras la muerte de su titular facilitando y abaratando extraordinariamente la formalización de la sucesión mortis causa".

En fin, si hubiera Testamento español del causante extranjero, conforme a la Res 1/3/05 y esta de 24/10/07, es suficiente para ultimar la sucesión la copia autorizada del mismo, la defunción y las UV españolas.

Si no existe Testamento español puede ocurrir que sea competente el notario hispano para realizar una **Declaración de Herederos española** del causante extranjero. Desde luego que es perfectamente posible pues nuestra legislación lo admite en el art. 209 bis RN y la muy importante Res del Sistema Notarial (SN) 18/1/05 lo confirma señalando el procedimiento y sus requisitos (certificado de

(3) Downes, Naomí: *op. cit.*, p. 97.

(4) Löber Burckhardt, Marsá, Meritxell y Steinmetz, Alexander: "La herencia de bienes en España de ciudadanos alemanes", *El Notario del Siglo xxi*, úm. 43, mayo-junio 2012.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

fallecimiento, últimas voluntades de España y del país de la nacionalidad, determinación de la ley sustantiva aplicable, reenvío etc, y la prueba del derecho aplicable ex arts. 168. 4.º RN y 36 RH).

Lo que sí es curiosa la postura de nuestra DGRN, que en este tipo de DH ante notario español, pide un requisito adicional en la Res SN 18/1/05 que es el certificado de UV del "país de origen"

> *"… una medida oportuna y prudente, y casi obligada… que el notario español también solicite… como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional…"*

Sin embargo, pensamos que con mayor motivo para tramitar en España la DH de un extranjero, (en palabras de la DGRN) *"una medida oportuna y prudente, y casi obligada…"* es que el notario español intente asegurarse de que no exista en el país de nacionalidad del causante algún tipo de "Declaración de Herederos" Notarial o Judicial ya hecha o en trámite. Por todo ello, lo más aconsejable es exigir por el notario español antes de empezar su DH, que se le presente un documento judicial, notarial o consular del país del extranjero que de alguna manera diga que, en su país, nadie es competente para hacer esa Declaración de Herederos.

En cualquier caso, tanto si hay un Testamento español, como si existe una DH notarial o judicial española, su utilización aquí no presenta particulares problemas pues se trata de documentos internos nuestros.

Cuando no haya Testamento o DH española, puede presentarse una **Declaración de Herederos notarial o judicial extranjera, o documento equivalente** bien porque el causante no hizo Testamento, bien por ser ese el sistema que rige para todos los casos en el país de su nacionalidad, "Probate", o con las matizaciones dichas, "Erbschein"; cierto que estos dos últimos actos no son exactamente igual que nuestras DH, pues se dan incluso en los casos en que hay Testamento, pero finalmente se resuelven en unos documentos judiciales perfectamente equiparables, pues realizan tras la práctica de unas pruebas la determinación de quiénes son los herederos de una persona.

Lo que ya no tenía sentido era la postura registral que no conforme con la DH de notario español del causante germano, aun con

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

todo… ¡exigía la presentación del "Erbschein" de ese mismo causante obtenida en Alemania! ¿? Menos mal que el buen criterio del Notario autorizante le llevó a impugnar directamente semejante dislate ante el Juzgado (posibilidad que admite el art. 324 LH), con lo que nos ha ahorrado una nueva Res (otra más) de la actual DGRN que con toda seguridad hubiera cercenado las competencias notariales en la autorización de las Actas de DH de causantes extranjeros, por más que esas competencias provengan directamente de la LEC y el RN. Aclaramos que cuando nos referimos al recorte de competencias de notarios, nos estamos refiriendo a los "españoles", pues la actual DGRN (luego lo veremos) no para de ampliar las de los "extranjeros" hasta límites absolutamente desconocidos en cualquier otro país de nuestro entorno.

En fin, la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 10 de Las Palmas de 7/1/14, cortó de raíz la mencionada pretensión registral y ha dado lugar al artículo de Blanco-Morales Limones que, como ya hemos dicho, nos regala unas importantes observaciones sobre el valor actual del "Erbschein" alemán.

Finalmente, si no se presentan ninguno de los documentos a los que nos acabamos de referir, es posible la **recepción directa en España de Testamentos de países** que se integren en sistemas sucesorios de continuación como ocurre con los italianos y los de aquellos otros países en los que por sí solos sean títulos sucesorios. Nuestro TS (al igual que la DGRN) ha admitido Testamentos extranjeros con toda normalidad, entre otras, en sus STS 15/11/97 y 8/10/10.

En estos casos de que se presenten en España directamente DH extranjeras, "Probate", "Erbschein", o Testamentos extranjeros, se aceptarán en España debidamente traducidos y apostillados siempre que cumplan la Doctrina de Equivalencia en Seguridad Jurídica (DESJ, antes conocida como de "equivalencia de formas"), explicitada en las Res de 11/6/99 y de 21/4/03. Téngase en cuenta que por no superar esta DESJ, la Res 4/2/99 no aceptó la italiana "Declaración Sustitutiva del Acta de Notoriedad" y por las mismas razones se han de rechazar las declaraciones de herederos que pretenden hacer los Alcaldes franceses…

Ahora bien, el verdadero problema nos lo encontramos cuando se pretende que se reciban en España directamente, sin "Probate", Testamentos ingleses y australianos (y de otros países con sistemas

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

similares) por más de que en la carpeta vengan con una (implícita) advertencia que diga: "Estos Testamentos NO son título sucesorio".

Unos ejemplos ilustrarán lo que queremos decir. Imaginemos que un español sujeto al Cc viaja a Inglaterra y otorga Testamento ante un notario de Londres. En este caso el notario aplicará nuestra ley para ver si tiene más de 14 años, y si tiene descendientes también deberá aplicarla para garantizarles su legítima de 2/3. Por supuesto que dicho Testamento, gracias a nuestro art. 11.1 CC y al Convenio de la Haya de 5/10/1961, será válido sin duda alguna.

Por lo mismo, un matrimonio de navarros o de alemanes, si viajan a Inglaterra podrán hacer Testamento ante un notario de Londres, el cual, aplicando la ley navarra y germana, les puede autorizar [("redactar" más bien) un Testamento mancomunado, conforme al art. 11.1 CC y el convenio de la Haya (por cierto, posibilidad defendida brillantemente entre nosotros por Espiñeira Soto (5)].

Otro ejemplo tomado de la praxis reciente de los notarios ingleses es que aconsejan a sus clientes que hagan Testamento ante ellos de los bienes en España, lo cual se puede aceptar por más que no deja de extrañar que ese documento no tendría en Inglaterra ningún efecto especial… Acto seguido remiten un parte a nuestro Registro de Últimas Voluntades pues aunque el art. 3 del Anexo II de nuestro RN exige para ello un Acta especial ante agente diplomático o consular español, la Res 8/6/1970 (también el Convenio de Basilea de 16/5/1972) ha permitido (¿?) esa práctica por más que no estemos en nada de acuerdo con que la DGRN derogue el RN; en fin, todo sea para evitar que un Testamento se pierda en el olvido…

Pues bien, en todos estos ejemplos se plantean múltiples interrogantes… ¿son Testamentos ingleses o más bien españoles al haberse aplicado nuestra ley en muchos de sus aspectos? ¿qué efectos tienen en origen? ¿podemos aquí atribuirles más efectos de los que traen? ¿podemos considerarlos como títulos sucesorios aceptándolos sin "Probate" tal y como pretenden los notarios ingleses aunque allí no lo sean?...

Nuestra opinión, siguiendo a Blanquer Uberos (6), es que por más esfuerzos que se hagan lo que no se puede es atribuirles aquí a

(5) Espiñeira Soto, Inmaculada: en diversas colaboraciones en la página digital *Notarios y Registradores.com.*

(6) Blanquer Uberos, Roberto: *op. cit.,* p. 127 y 128.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

estos Testamentos ingleses (y países que sigan un sistema equivalente) unos efectos y una función que no tienen porque Westminster no quiso que los tuvieran. Pensamos que la recepción directa de este tipo de Testamentos es inviable porque se oponen a ello tres tipos de razones fundamentales: la incompatibilidad de sistemas sucesorios, el principio de universalidad de la herencia y la ley de circulación internacional de los documentos notariales, que es lo que vamos a examinar en los apartados siguientes.

VII.1. La incompatibilidad de sistemas sucesorios y el orden público español. En la ciencia jurídica no cabe la "transubstanciación": el Testamento extranjero siempre es extranjero

Contestando a las interrogantes que nos hacíamos en el apartado anterior respecto de la recepción directa de Testamentos ingleses y asimilados, dejamos sentado en primer lugar una cuestión fundamental por más que parezca una obviedad: los Testamentos autorizados por un notario extranjero son siempre extranjeros, aunque a alguno de sus aspectos se aplique la ley española sustantiva (mayoría de edad, legítimas) o formal (Testamento mancomunado). No puede ser de otra manera dado que el notario es nombrado por un Estado extranjero (o al menos por un cura de alto rango como en Inglaterra) y éste necesariamente ha de actuar conforme a las reglas documentales y notariales de su país.

Efectivamente los notarios ingleses no "deben" operar fuera de su país olvidando su nacionalidad y las normas por las que se rigen. Pero una cosa es que no deban y otra bien distinta es que no "quieran"… porque querer, quieren… Pareciera que dado que los documentos que hacen no sirven absolutamente para nada en su país de origen (básicamente hacen documentos sólo para el extranjero), intentan buscar la justificación de su existencia profesional promocionando el turismo documental. Incluso se preparan a conciencia para ello pues si hemos de creer a Kennair (7) pasan duros exámenes ante el cura que les nombra para obtener su título, no obstante lo cual habría que recordarles que dichos exámenes lo lógico no es

(7) Kennair, William: en Revista *El notario del siglo xxi,* núm. 15 de septiembre-octubre 2.007.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que se pasaran en su país de origen (bien poco nos importa) sino en el país en el que vamos a sufrir sus documentos: en España; no se pierda de vista que hasta para ejercer una profesión absolutamente liberalizada como la de abogado, exigimos a los que pretenden trabajar aquí que se superen unas pruebas… españolas por supuesto (8)…

En cualquier caso, si nos fijamos en lo que ocurre con los lenguajes de los sistemas informáticos vemos que pueden presentar características tan distintas unos de otros que en ocasiones no se reconocen entre sí y se dice que carecen de "interoperatividad": son incompatibles. No se trataría tanto de que un sistema informático sea mejor o peor que otro, sino más bien de que ambos no hablan el mismo idioma de manera que los datos generados en uno no se puedan aprovechar en los demás. Con los sistemas sucesorios (9) ocurre lo mismo: sólo pueden operar de manera compatible los que estructuralmente están basados en principios similares pues si no los lenguajes son inconciliables, no se reconocen. No se trataría tanto de que el sistema sucesorio español, italiano o francés sea superior al inglés [que por supuesto sí que lo son (10)], sino en que sólo están preparados para operar con unos determinados engranajes entre los que no se pueden insertar piezas de diseño o tamaño distinto.

Si se aceptaran aquí directamente Testamentos ingleses y australianos resultaría que aceptaríamos como títulos sucesorios (una vez superada la barrera de su validez en origen), negocios testamentarios que allí son simples "Testamentos/NO títulos sucesorios", lo cual sería algo así como que se comenzara a tramitar un pleito en Inglaterra pero que la Sentencia la acabara dictando un Tribunal español, o que se tramite una licencia de obras en España pero que finalmente se concediera por un Ayuntamiento alemán, o que una declaración de herederos tramitada en Austria la terminara un notario español: un absurdo jurídico que repugna las reglas de la lógica más elemental.

---

(8) Orden PRE/421 de 15/3/13 y RD 1837 de 8/11/08 que desarrollan varias Directivas europeas.

(9) Lo mismo se puede decir en general de los sistemas documentales, notariales, de transmisión de la propiedad, etc.

(10) …pues si en ellos para ultimar una sucesión basta apoyarse en una sencilla copia de un Testamento de coste despreciable y en unos certificados gratuitos en vez de tener que comparecer en un juzgado, las ventajas son evidentes…

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

¿Qué es lo que estaría ocurriendo? Pues que la parte de eficacia que no traen de origen esos Testamentos se tendría que suplir mediante la aplicación de la legislación española, cosa que sólo se puede producir si hubiera un Tratado, Convenio o norma supranacional que así lo ordenara, pero como no existen esas normas resultaría que esa aplicación directa sería tanto como que desde Inglaterra se dictara cómo se tienen que comportar las autoridades españolas, o que desde España se legislara sobre los efectos de los Testamentos ingleses. Semejante posibilidad supondría una injerencia en las competencias legislativas y la soberanía de un país en otro cosa inaceptable por infringir el orden público español ya que la recepción del Testamento extranjero supone la aplicación indirecta de la ley sustantiva y documental del país de procedencia lo que nunca puede infringir nuestro Orden Público (OP) del art. 12.3 CC.

Cuando un ciudadano inglés asesorado por su notario de Londres elige el sistema de determinación de herederos inglés, mediante el otorgamiento de un Testamento inglés, no hay ningún problema: lo único que ocurre es que deberá de continuar con el procedimiento hasta el final, es decir, llevarlo a la "Hig Court" y obtener la "Probate" con determinación del "Executor". Lo que no puede es mezclarlo todo y pretender que en España su Tto funcione como si fuera español, pues si esto quisiera debería el testador acudir a un notario de un país en el que el Tto sí que fuera por sí sólo título de la sucesión (España, Italia…) de manera que su recepción aquí no cause ninguna cuestión de incompatibilidad ni de orden público.

Si este tipo de Testamentos no se completara con la "Probate" porque no se puede o no se quiere hacerlo, ocurriría lo mismo que si se intentara hacer valer en España un Testamento ológrafo que no esté escrito todo él de puño y letra del testador, o el caso de que un Testamento ológrafo de aquí que no se llegara a presentar al Juzgado para su adveración y protocolización dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del testador (art. 689 CC): en todos estos casos existió un Testamento que en su momento y en su país tuvo una validez inicial, pero que por no haber completado el proceso legalmente previsto para ello, no llegó a convertirse en título sucesorio en España.

Confirma lo que acabamos de decir la interesante Res 26/6/12 relativa a una herencia de un australiano con Testamento de su país, y que era originario de uno de los seis Estados federados: Nueva

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Gales del Sur, que tiene un sistema muy "inglés". Esta Res nos recuerda que la prueba del Dº extranjero se tiene que hacer del "contenido y vigencia" y que no basta declaraciones genéricas de que se "conoce", admitiendo el informe de notario, registrador o Cónsul español o extranjero, o 2 jurisconsultos, o una Institución solvente. No obstante, Gardeazabal del Río (11) ha puesto de relieve que por Sentencias del Juzgado núm. 32 de Madrid de 25/3/13 y Audiencia de Madrid de 16/10/12, se ha corregido esta doctrina del Centro Directivo en el sentido de que es suficiente para inscripción la afirmación notarial de que se conoce suficientemente el Dº extranjero sin que sea necesario el que exponga las razones por las que ha llegado a esa conclusión.

Pero lo más interesante de esta Res es que no admite la recepción directa aquí del Testamento australiano:

> *"… que el «Grant of Legal Probate» es el documento legal emitido por la división correspondiente del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur «el cual confiere al albacea testamentario la capacidad para recibir las propiedades del caudal hereditario, abonar deudas y distribuir los bienes del mismo a los beneficiarios de acuerdo con las disposiciones del Testamento»… Ni siquiera tras referirse al «Grant of Probate» explicita por qué no puede obtenerse en el presente caso…"*

Es decir, que da por supuesto que el Tto australiano no puede tener aquí más efectos que en su país y que se deberá de obtener la correspondiente "Probate" australiana.

Acabamos. Rodríguez Adrados (12) ante las dificultades para explicar la naturaleza del documento electrónico llegó a utilizar como símil la *"doctrina de la transmigración de las almas"*; por nuestra parte consideramos que si a un Testamento inglés que en origen no es título sucesorio, le diéramos aquí el mismo tratamiento que a un Testamento español o italiano que sí que lo son, se habría transformado en algo distinto sin explicación lógica, cosa que sólo ocurre

(11) Gardeazabal del Río, Francisco Javier: "La acreditación del derecho extranjero", *El Notario del Siglo xxi,* núm. 54, marzo-abril 2014, p. 168-174.

(12) Rodríguez Adrados, Antonio: "Firma electrónica y documento electrónico", *Colegios Notariales de España*, Madrid, 2004, p. 17.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

con el *"milagro de la transubstanciación"* que explica la Iglesia Católica como dogma de fe para sus creyentes…

… huelga decir que la ciencia jurídica no es una religión, y que en ella no hay milagros ni dogmas de fe, pues las afirmaciones hay que explicarlas y argumentarlas y aquí no podemos hacer otra cosa que limitarnos a aceptar los efectos que ya traían de origen los negocios y documentos extranjeros siempre que no contradigan nuestro orden público…

VII.2. El principio de universalidad de la herencia para la determinación de la ley hereditaria sustantiva

Para llegar a explicar lo que pretendemos lo primero sería descomponer el proceso sucesorio (como implícitamente hicieron la Res SN 18/1/05 y la Res 24/10/07) en estas tres fases: 1.ª) determinación de la ley sucesoria sustantiva que ha de regir la herencia; 2.ª) concreción del título sucesorio (Tto, DH, contrato sucesorio…); y 3.ª) formalización de la partición.

Comenzando por la primera fase diremos que tradicionalmente se consideraba que el principio del que hablamos operaba en ella, y en su virtud todos los aspectos de una sucesión han de quedar regidos por la misma ley. España (y otros muchos países como Alemania, no así Inglaterra, Francia, Bélgica…) siguen este principio que constituye pilar fundamental de todo el proceso hereditario, hasta el punto de que tras el estudio de las STS y Res sobre la materia se puede afirmar que forma parte de nuestro orden público interno.

No obstante, en nuestra opinión, este principio también debe de operar en la segunda fase del proceso hereditario, y en su virtud la concreción del título sucesorio, ha de estar regida también por una misma ley. De esta manera el valor y efectos de los Testamentos, DH y documentos equivalentes ("Probate" y asimilados) serán los que determinen la ley del país de origen y no los de la ley del país de recepción que se limitará a aceptarlos una vez comprobado que son compatibles y no atentan a su orden público.

Así pues, será necesario desviarnos un tanto del propósito inicial de este artículo para explicar en este apartado la universalidad de la herencia desde un punto de vista sustantivo para terminar en sus aspectos más procedimentales que veremos en el próximo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Pues bien, la determinación de la ley sucesoria sustantiva (13) desde un punto de vista internacional, la resuelve nuestro Cc de manera clara y precisa en el art. 9.8:

"8. 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".

Por otro lado, como internamente en España también coexisten ordenamientos jurídico/civiles distintos, nuestro CC resuelve la determinación de la ley sucesoria a este nivel en el art. 16.1 con las particularidades del núm. 2:

"1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV con las siguientes particularidades:

1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.

2. El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.

El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radi-

(13) Dejamos aparte el Reglamento Europeo de Sucesiones 650/12 que empezará a regir el 17 de agosto de 2015.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

quen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

El usufructo viudal corresponde también al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte".

Parece pues que la determinación de la ley que ha de regir la sucesión no plantea particulares problemas: si el causante es extranjero será la ley de su nacionalidad, y si es español la de su vecindad civil… pero… Desgraciadamente esta aparente sencillez ya se ve comprometida en los mismos arts. 9.8 y 16 CC, pues de entrada los derechos del cónyuge viudo no están vinculados a la ley sucesoria sino a la que rige los efectos del matrimonio (o a la del régimen matrimonial en la viudedad aragonesa) que puede ser otra, ya que la sucesoria puede cambiar mientras que la del matrimonio es inmutable, con lo que puede que una misma ley no rija todas las cuestiones hereditarias. Recordemos que la ley que rige el matrimonio la determina el art. 9.2 CC:

"2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio…"

Además, cuando el causante es extranjero (no respecto de los españoles) puede ocurrir que la ley hereditaria de su nacionalidad a su vez reenvíe a la de otro país. Nuestro art. 12.2 CC admite el reenvío pero sólo a la ley española:

"2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española".

Hasta donde conocemos la ley inglesa, resulta que para la herencia de inmuebles reenvía a la ley sucesoria del país de su lugar de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

situación y para los muebles reenvía a la ley sucesoria correspondiente al domicilio del causante. Si tenemos en cuenta que en Inglaterra no hay legítimas, saltan a la vista los problemas y choques que se pueden producir en el caso de que se presentaran en España los padres, hijos o cónyuge del causante reclamando parte de la herencia frente a un heredero que –al igual que el causante– confiaba en la tradicional libertad británica de testar sin límite.

Con la ley belga y francesa ocurre algo parecido, pero es menos dramático ya que a diferencia de la inglesa, en estos países sí que hay legítimas del cónyuge e hijos y en la Escritura de partición deberán intervenir todos, con lo que los problemas se pueden detectar antes de que se enquisten.

En definitiva, por una u otra razón cabe que una parte de las herencias se pretenda regular por una ley distinta que la que rige el resto. A esta posibilidad es a la que se opone el principio de "universalidad de la herencia" consagrado en la jurisprudencia de nuestro TS y en las Res de la DGRN.

El TS aplicando el susodicho principio en sus sentencias de 15/11/96 y 21/5/99 se negó a admitir el reenvío pues ello hubiera supuesto un fraccionamiento de la herencia al aplicar a los inmuebles la ley española con sus legítimas, mientras que los muebles se regían por otra ley sucesoria. Es cierto que en la STS de 23/9/02 [criticada por Ortiz de la Torre (14)] llegó a admitir el reenvío a la ley española con aplicación de sus legítimas, pero era un caso muy especial en el que se daba por supuesto que era una herencia de causante inglés que sólo tenía inmuebles en España y que era residente y domiciliado en España desde hacía muchos años, con lo que "toda" la herencia quedaba sujeta a la ley española. No había infracción al principio de universalidad de la herencia… Así lo sostuvimos en su momento (15) llegando a la conclusión de que el notario y registrador español no pueden aplicar "extrajudicialmente" el reenvío, ya que la doctrina del TS en su Sentencia 23/9/02 (que es en la única en la que lo admitió) lo hace depender de unas cuestiones de puro hecho que no se pueden acreditar en el procedimiento notarial o registral, pues todo estriba en que se pruebe el domicilio del causante

(14) Ortiz de la Torre, José Antonio Tomás: "¿Anular por reenvío la voluntad del Testador"?, *Diario La Ley*, núm. 5845, de 9/9/03.

(15) Rivas Andrés, Rafael: *op. cit.,* "Aplicación de las legítimas…"

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

y que no tenga ningún inmueble en ninguna parte del mundo fuera de España. Nuestra conclusión es clara: siempre hemos de aplicar la ley sucesoria de la nacionalidad del causante y si hay algún hijo, padre o cónyuge que pide su legítima por el reenvío a la ley española deberá acudir al juzgado a probar esas cuestiones de hecho.

Esta conclusión está basada en que lo que no se puede es paralizar una herencia hasta que haya certeza absoluta mediante una Sentencia del TS firme que acredite quienes son los herederos y sus derechos. Nótese que es lo mismo que ocurre en cualquier herencia de un español, pues siempre cabe la posibilidad de que aparezca algún hijo del que nadie había oído hablar y no por eso se paraliza el proceso. Hasta tal punto el legislador español es consciente de esta posibilidad, que en el art. 28 LH impone a las adquisiciones hereditarias una suspensión de la fe pública registral por dos años, pero el procedimiento sucesorio continúa con esa prevención.

Por su parte la DGRN en la Res SN 18/1/05 y en la Res 24/10/07 hace una aplicación muy precisa de este principio de universalidad diciendo en ambas exactamente lo mismo y hasta utilizando las mismas palabras:

> *"Sin embargo, ese reenvío de primer grado no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte, si con ello provoca un «fraccionamiento legal de la sucesión», que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el artículo 9.8 del Código Civil está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla (Vid. En este sentido las STS de 15 de noviembre de 1.996, 21 de mayo de 1.999 y 23 de septiembre de 2002)".*

Confirma nuestro rechazo a la aplicación extrajudicial del reenvío la Res 26/6/12, que interpreta la STS 23/9/02 de la misma manera que acabamos de explicar, es decir, que en ese supuesto no se infringía la "universalidad de la herencia" porque:

> *"En efecto, si bien no hay un sistema «australiano» de Derecho Internacional Privado y cada Estado tiene sus propias normas de conflicto, se puede afirmar con carácter general que en materia de sucesiones se aplica a la sucesión mobiliaria la ley del «domicile» del causante en el momento de su fallecimiento, y a la sucesión inmobiliaria la del lugar de situación de los inmuebles.*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

De aquí se deduce que si en la sucesión existen bienes inmuebles radicados en España, hay un reenvío al ordenamiento español; reenvío que debe ser resuelto de acuerdo con el artículo 12.2 del Código Civil tal como ha sido interpretado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre 2002. En definitiva, que, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ***la sucesión podría acabar rigiéndose por el Derecho español; por ejemplo, si la sucesión se refiere exclusivamente a bienes inmuebles sitos en España (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002)"***.

Es decir, que para aplicar el reenvío "el domicile" del causante debe ser en España y sólo deberían de quedar en la herencia inmuebles españoles, todo lo cual no se puede apreciar extrajudicialmente por notario o registrador español: sólo lo pueden hacer los jueces en el procedimiento oportuno con la correspondiente fase probatoria. Apuntamos por último que también Gardeazábal del Río (16) mantiene la opinión de que hoy por hoy no cabe la aplicación extrajudicial del reenvío en nuestro país.

Por otra parte, aun sin reenvío, los problemas de determinación de la ley sucesoria a nivel interno español también existen, pues podría ocurrir que los derechos legales del cónyuge viudo queden bajo ley distinta que la que rija la herencia. Pues bien, la DGRN ha solucionado este problema aplicando también la "universalidad de la herencia" en las Res 11/3/03 y 18/6/03. En estas dos Res se resuelve el mismo caso de un catalán casado en gananciales cuyos derechos como cónyuge viudo ex art. 9.8 CC (el art. 16.2 CC hace una aplicación particular de este sistema a la viudedad aragonesa) se rigen por la ley del matrimonio, y por eso serían de 1/3 de usufructo por el CC, mientras que la herencia sería catalana. La solución: para no fragmentar la herencia se aplica a todo la ley sucesoria catalana, de manera que en la Declaración de Herederos abintestato la viuda tiene el usufructo universal catalán

(16) Gardeazábal del Río, Francisco Javier: "La acreditación del derecho extranjero", trabajo pendiente de publicar que tenemos por cortesía del autor.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

VII.3. El principio de universalidad de la herencia para la concreción del título sucesorio

Acabamos de ver que la universalidad de la herencia en su versión sustantiva es un mecanismo de coordinación de leyes sucesorias distintas, pues si fueran iguales o equivalentes no habría conflicto de leyes que solucionar. Pensemos que si la ley sucesoria inglesa fuera idéntica a la española daría exactamente igual que a los muebles se aplicara la primera y a los inmuebles la segunda: la solución sería la misma en las dos hipótesis y el principio de universalidad desaparecería, no tendría sentido.

Igualmente acabamos de ver el concepto tan amplio que tiene la DGRN de la universalidad de la herencia pues lo aplica para solucionar los conflictos de leyes sucesorias tanto en el ámbito internacional como en el interno. Esta amplitud es la que nos lleva a propugnar que se aplique también a esta fase de concreción del título sucesorio.

En efecto, todos los sistemas jurídicos (por supuesto todos los sistemas familiar/sucesorios) son un conjunto de contrapesos que pretenden salvaguardar los principios y valores jurídicos sobre los que se asientan, de suerte que si se extraen de ellos piezas sueltas y se insertan en otro distinto, la estabilidad del conjunto peligraría y la solución obtenida desde luego que no sería la prevista por el legislador que alumbro esas piezas.

La universalidad de la herencia consciente de esos peligros atiende precisamente a lograr la coherencia de las soluciones jurídicas imponiendo la aplicación a todo el proceso de la misma ley. Esto explicaría que si una persona elige hacer un Testamento inglés (o de país con sistema equivalente) deberá seguir esa misma ley a la que se ha acogido hasta el final, hasta la obtención del título sucesorio bajo la forma de "Probate".

VII.4. Las normas de circulación internacional de documentos notariales

No nos engañemos: el problema de la recepción directa en España de Testamentos ingleses, australianos y similares sin "Probate", no es "documental" sino "negocial"; no es un problema del "documento testamentario" sino del "negocio testamentario" que en su país de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

origen no tienen el mismo valor y efectos (son "Testamentos/NO títulos sucesorios") que sus equivalentes en España en el que son "Testamentos/títulos sucesorios", lo que causa una incompatibilidad insalvable entre sistemas.

Ahora bien, como "externamente" esos Testamentos se nos presentan con una apariencia muy similar a los Testamentos españoles e italianos, se produce la "ilusión", el "espejismo", de considerarlos iguales y, por tanto, con los mismos efectos.

Para desbaratar esta "tentación documental" habría que decir que ni siquiera desde este punto de vista existe la más mínima posibilidad de su recepción directa aquí, pues al igual que desde el punto de vista "negocial", se produciría una incompatibilidad de sistemas documentales que infringiría nuestro orden público y el principio general internacional de que **ningún documento puede tener más efectos que los que produce en su país de origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción** (nadie tiene competencia legislativa para otra cosa salvo Tratado, Convenio o Norma supranacional).

Ningún país puede legislar para imponer los efectos que vayan a tener sus documentos en otro. Así lo dice (17):

— El Considerando M de la la Resolución del Parlamento UE de 18/12/08 sobre "Documento Público Europeo" "*…el reconocimiento de la fuerza probatoria no implica que el documento público extranjero goce… de una fuerza superior a la de los documentos públicos nacionales…"*

— El Convenio Hispano-Francés de 28/5/69 (BOE 14/3/70) sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, arbitrales y actas auténticas en materia civil-mercantil, que reconoce fuerza ejecutiva a un documento notarial en otro país mediante un exequátur, pero siempre que ya fuera ejecutivo en el país de origen (art. 14. 1.º).

(17) Todas las referencias al Convenio Hispano-Alemán, a la STS 5/6/00, al Convenio de Bruselas de 1968, a Jennard/Möller, a los RgtosE Bruselas I y II y a la Directiva Bolkenstein, están tomadas del clarificador estudio de Ignacio Gomá Lanzón *La Escritura otorgada ante notario extranjero*, que es una conferencia que impartió en el Colegio Notarial de Madrid y que está recogida en los AAMN núm. XLV y XLVI.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

— El Convenio Hispano-Alemán de 14/11/83, (ratificado el 18/1/88) sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que para reconocer fuerza ejecutiva a un documento notarial en otro país exige un exequátur y que ya tuviera ese efecto ejecutivo en el país de origen.

— El Convenio de Bruselas de 27/9/68 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial, que para reconocer fuerza ejecutiva a un documento notarial en otro país exigió un exequátur y que ya tuviera ese efecto ejecutivo en el país de origen (art. 50).

— El informe JENNARD/MÖLLER que acompañaba al Convenio de Lugano de 16/9/88 de reconocimiento de de decisiones entre ciertos países, ya exigía para que un documento notarial fuera ejecutivo en otro Estado que lo fuera en el país de origen (art. 50).

— La Directiva 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles exige para reconocer en otro país fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación, que ya la tenga en origen, según dice el Considerando 20 y sobre todo el art. 6 que se expresa así *"El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que... la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo".*

— El Reglamento Europeo (RgtoE) 44/01 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial (BRUSELAS I), que exige para reconocer efecto ejecutivo a los documentos públicos de otro país que se cumplimente un certificado y que ya fuera ejecutivo en origen (art. 57).

— El RgtoE 2201/03 de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, (BRUSELAS II Bis) que reconoce fuerza ejecutiva a los documentos públicos de otro país siempre que ya fueran ejecutivos en origen (art. 46).

— El RgtoE 805/04 sobre Título Ejecutivo Europeo que atribuye fuerza ejecutiva al documento extranjero pero sólo a los que (art. 25) *"sean ejecutivos en un Estado miembro".* Así tiene que constar en el certificado del Anexo III.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

— El RgtoE 650/12-15 sobre Sucesiones atribuye (art. 59.1) efecto probatorio a *"Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen…".* Y efecto ejecutivo (art. 60.1) a *"1. Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen…".*

— El RgtoE 1215/12-15 sobre sentencias civiles y mercantiles da efecto ejecutivo en el Art 58.1 pero sólo a *"Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen…"*. Y así tiene que constar en el certificado del Anexo II.

— Nótese que este sistema es el mismo que se sigue respecto de las sentencias y transacciones judiciales en muchas normas como el RgtoE 804/05 (arts. 6. 1. a y art. 24), el RgtoE 650/12-15 (arts. 43 y 61. 1), y el RgtoE 1215/12-15 (art. 39, 54. 1 y 59).

— Esta regla se ratifica en nuestro país en el Art 323.2 LEC *"… 1º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio".* Si en origen no tiene el documento el efecto *"prueba plena"*, aquí tampoco.

— También el art. 27.1 de la Ley española de de 6/7/12 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sólo reconoce ejecutividad al acuerdo de mediación de otro país *"que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado"*.

En definitiva, tampoco los "documentos testamentarios ingleses y similares" pueden pretender tener fuera de su país unos efectos que su sistema les niega en origen.

VIII. LOS DEFECTOS DE UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y DE EXPRESIÓN DEL ART. 14 LH.

El hecho de que seamos los primeros en reconocer la importancia y el acierto del art. 14 LH a la hora de delimitar el título sucesorio en España, no nos impide señalar los defectos en los que incurre

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por su errónea colocación sistemática y por su defectuosa forma de expresarse.

Lo cual nos lleva a recordar lo tormentosa que fue la codificación civil en España, pues de todos es sabido que ante el fracaso del Proyecto de Cc de 1851 se optó por ir haciendo legislación sectorial que allanara el camino a la futura codificación general.

Surgió así la, aún hoy, magnífica Ley Hipotecaria de 1861 a la que siguió la Ley Orgánica del Notariado de 1862. El simple hecho de que ambas (en espíritu la primera y con las consabidas modificaciones la segunda) hayan subsistido 150 años, atravesando tres siglos, XIX, XX y XXI, hasta hoy, da una idea del colosal acierto de sus autores. Posteriormente llegó el CC de 1889 que viendo el buen rodaje de ambas normas a satisfacción de todos, en vez de integrar su contenido optó por dejarlas como estaban, remitiendo para las inscripciones a la LH (art. 608 CC) y para los documentos notariales a la LN (art. 1217 CC).

LACRUZ BERDEJO aun reconociendo los defectos científicos de nuestro CC, siempre lo consideró un texto en muchos puntos superior a sus autores, destacando sus valores de claridad, sencillez y expresión llana, que ciertamente le han hecho subsistir en lo esencial hasta hoy en día. Y desde luego que si nos fijamos en lo que tenemos que leer de las 700.000 páginas de Diarios Oficiales que cada año se publican en España, los valores de la LH, LN y Cc, casi les hacen parecer de otro planeta.

Como decimos, los méritos de estas tres leyes en las que se cimentó (junto con el Ccom de 1885 y la LEC de 1881) el ordenamiento jurídico privado español son enormes, y seguramente dada la época y las dificultades que tuvieron que sortear para ver la luz, no se pudieron haber hecho mejor. Ahora bien, esta cierta dispersión normativa que arranca de la codificación produce una serie de defectos que fuerza es reconocer…

RODRÍGUEZ ADRADOS apunta la falta de sistemática existente en nuestro Cc que, por ejemplo, pese a remitir los documentos notariales a la LN, acoge "algunas" normas sobre ellos en el capítulo sobre la prueba de las obligaciones (arts. 1216 a 1230), sobre los Testamentos en los arts. 662 a 743 CC del Libro III, y otras referencias como los arts., 11 sobre validez del "negocio" (no del documento), 632 y 633 CC sobre donaciones, 1327 sobre capitulaciones, 1462 sobre tradición, 1865 y 1872 sobre prenda, 1875 hipoteca, 1921 y ss sobre prelación…

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Lo que en buena sistemática hubiera procedido sería haber reunido (en el CC o en la LN) todas las normas dispersas sobre los documentos públicos, privados y extranjeros, explicando los requisitos que cada uno ha de cumplir para lograr unos determinados efectos. Nótese que esta falta de sistemática que resaltamos no es sólo dentro de nuestro CC, sino que se extiende a nuestro Derecho Privado y Público, en el que hay una gran dispersión de normas documentales repartidas en diferentes leyes y que en puridad se deberían de integrar en el CC o en la LN según el tipo de documento. De todas maneras tampoco se ha de magnificar esta falta de sistemática, pues la experiencia enseña que ningún país tiene esa "perfecta" norma documental que integre todas las reglas sobre documentos.

Por otro lado, la falta de estudios de Dº Notarial en los planes de las Universidades y en los temarios de las diferentes oposiciones (*vid.* judicaturas en BOE 13/3/10), ha producido que muchos sectores doctrinales, judiciales y parlamentarios no tengan una visión, un concepto general, del "documento" como categoría autónoma e independiente del "negocio" que contiene y que produce unos efectos propios y distintos de los de aquél, siempre basados en la regla de oro documental: más efectos cuantos más requisitos de formalización se cumplan, mínimos en los documentos privados y máximos en los públicos. Este desconocimiento del Dº documental y notarial español produce errores de bulto que alcanzan a las más altas instancias españolas como vamos a comprobar en unos ejemplos.

Un primer ejemplo lo encontramos en la malhadada Res 22/2/12 de la actual DGRN que viendo que el art. 1217 CC (que es el que remite los documentos notariales a la legislación notarial), está ubicado en el Libro IV en el apartado de la prueba de las obligaciones, pretende degradar al documento notarial a simple medio de prueba.

El desvarío de la actual DGRN sobre el documento notarial es escoltado por el catedrático O'Callaghan Muñoz que en sus comentarios a estos arts. 1216 a 1230 CC (18) los despacha con la siguiente

> *"NOTA. Norma de carácter procesal, que se ha mantenido en el Código Civil, pero cuya jurisprudencia y doctrina son procesalistas".*

(18) O'Callaghan Muñoz, Xavier: "Código Civil comentado y con jurisprudencia", editorial La Ley, 6.ª edición, octubre 2.008, p. 1242-1246.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Pues no, la ubicación del art. 1217 CC no significa en sí misma nada pues como hemos dicho el Cc adolece de una auténtica sistemática. Es más, el mismo Rodríguez Adrados (19) ya dijo que la ubicación de las normas generales sobre documentos en el apartado de prueba de obligaciones (arts. 1216 a 1230 CC), más que un defecto es algo digno de alabanza:

> *"Y aquella colocación sistemática en los títulos iniciales del Libro de las Obligaciones y Contratos tampoco merece una crítica demasiado desfavorable si se tiene en cuenta que constituyen en realidad la verdadera Parte General de que el Código Civil carece…"*

Es evidente que las Escrituras tienen unos propios efectos que van mucho más allá que el de la prueba en el proceso, pero lo más gracioso de todo es que la mismísima doctrina procesalista nos da la razón y no está de acuerdo con las opiniones que aquí combatimos. Lo explica (cómo no) Rodríguez Adrados (20) insistiendo en que el instrumento público tiene incluso más eficacia extrajudicial que judicial, ya que fuera del proceso no quedaría sujeto a la "apreciación conjunta de la prueba" y esta es precisamente la razón de la subsistencia de estos arts. del CC que no ha derogado la actual LEC.

La Exposición de Motivos XI de la LEC ya avisa que hay preceptos del CC que tienen más relevancia que su consideración procesal y sobre todo la Exposición de Motivos XX de la LEC que dice:

> *"… En lo que afecta al Código Civil, ha de destacarse que, si bien se suprimen las normas relativas a los medios de prueba, se mantienen aquellos preceptos relativos a los documentos que pueden tener relevancia, y no pequeña, en el tráfico jurídico… tratan de la certeza y eficacia extrajudiciales…"*

---

(19) Rodríguez Adrados, Antonio: "El Documento en el Código Civil", *Escritos Jurídicos*, editados por Colegios Notariales, Madrid, 1996, Tomo III, p. 19 y 20.

(20) Rodríguez Adrados, Antonio: "La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil", editado por Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 8 a 10. Cita a los siguientes:

Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, en "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", Iurgium-Atelier Editores, dic. 2000, p. 1514: *"es que*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Un segundo ejemplo de desconocimiento del Dº documental y notarial español nos lo encontramos con la equiparación entre Escrituras extranjeras y españolas relativas a nuestros inmuebles llevado a cabo por las desdichadas Res 22/2/12 (un simple documento privado venezolano con firma legitimada) y STS 19/6/12 (una Escritura alemana), esta última, tal y como hacían presagiar sus Comentarios al CC, fue firmada sin parpadear por O'Callaghan Muñoz, y en ambos casos con el mérito adicional de afirmar esta equiparación documental ¡sin llega a citar por la DGRN y el TS un solo artículo de la legislación notarial española o extranjera! ¿?

Esta Res y esta STS no distinguen los dos tipos fundamentales de documentos notariales españoles, por un lado los que reúnan las tres condiciones de ser "accesorios, y sencillos, y no tecnológicos" (algunos Poderes, Testamentos Actas y Capitulaciones), que han de cumplir requisitos notariales básicos sin un asesoramiento y control de legalidad especialmente complejos al pretender obtener sólo los 9 efectos básicos de todo documento notarial: fecha fehaciente, firma legítima, probatorio extrajudicial, conservación (en Protocolos y Archivos), garantía (por la responsabilidad del notario), intensidad en cuanto al negocio (recognoscitivo, declarativo o constitutivo), extensión (contra y a favor de terceros: oponibilidad y utilizabilidad), legitimación (para actuar el titular) y seguridad jurídica (para todos).

Y por otro lado existe la categoría de los documentos notariales que son "o principales, o complejos o tecnológicos" (todos los de inmuebles) que han de cumplir con un asesoramiento y control de legalidad de gran intensidad y extensión pues pretenden obtener alguno

---

se admite que el documento tiene una dimensión que supera la meramente probatoria".

Represa, Sacristán, en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros citada: *"La cuestión relativa a la eficacia actual de estos preceptos del Código, se presenta indudable en relación con asuntos sustantivos, en concreto su dimensión obligacional al margen del proceso".*

Montero Aroca, Juan, en "Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)", de Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2000 del Consejo General del Poder Judicial, p. 23: *"el mito de que las normas relativas a la prueba son siempre procesales no puede mantenerse".*

De la Oliva Santos, Andrés, en "Derecho Procesal Civil" con Ignacio Díez-Picazo Giménez, Areces 2000, p. 287: que refiriéndose a los arts. que comentamos del CC dice *"se mantienen en cuanto pueden tener virtualidad extraprocesal".*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de los cinco efectos fuertes que tienen por sí las Escrituras españolas (prueba plena judicial, ejecutivo, prelativo, traditorio y registral).

Como no procede extendernos más sobre estas categorías de documentos notariales y sobre la crítica de esa Res y STS, remitimos a lo que ya hemos dicho al respecto en otro lugar (21) y simplemente recordamos aquí que los documentos notariales "básicos" son más aptos para su circulación internacional (se les puede calificar de "Documentos Notariales Universales"), mientras que ocurre lo contrario con el resto, pues el efecto "prueba plena judicial", "ejecutivo" y "prelativo" sólo se pueden reconocer en España al documento extranjero con muchas dificultades y respecto de muy pocos países, mientras que, hoy por hoy, el efecto traditorio y el de acceso al Registro no se les puede reconocer en ningún caso a ninguno.

Un tercer ejemplo de desconocimiento de los rudimentos básicos del Dº documental y notarial español es el que acreditan amplios sectores políticos y parlamentarios. Muy brevemente recordaremos estos fundamentos diciendo cosas tan elementales como que los documentos privados, aun los reconocidos judicialmente, sólo producen efecto entre los que firman, no frente a terceros (art. 1225 CC) y por eso nunca pueden alterar lo pactado en una Escritura (art. 1230 CC). Frente a ello, los instrumentos públicos (como ha estudiado de manera exhaustiva Rodríguez Adrados desde todas las perspectivas posibles), sí que tienen efectos frente a terceros: en contra de tercero (la oponibilidad del art. 1218 CC) y a favor de tercero (la utilizabilidad de los arts. 1219, 1230, 1733, 1734 y 1738 CC, 178 RN, y 24 y 29 del antiguo Ccom entre otros muchos).

Es precisamente esta configuración "civil" de los documentos la que explica que la regla general es que sólo se inscriban en el Registro

(21) Rivas Andrés, Rafael: en los siguientes tres trabajos, "Una visión de la circulación internacional de documentos notariales desde el Derecho documental. La Res 22/2/2012", *Revista Jurídica del Notariado*, Consejo General del Notariado, núm. 81, enero-marzo 2012. "Cómo debe actuar el notario español ante una escritura extranjera con inmuebles hispanos o cuando tiene que autorizar una escritura de inmuebles extranjeros", *Boletín de Información Notarial (BIN)*, Revista digital del Colegio Notarial de Andalucía, núm. 37 y 38, enero y febrero 2013. "Cómo calificar negativamente el documento extranjero que pretenda inscribirse en nuestros Registros", *Revista Jurídica del Notariado*, Consejo General del Notariado, núm. 85, enero-marzo 2013.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

los segundos y no los primeros, y por eso mismo cuando el art. 3 LH exige la titulación pública o auténtica para practicar la inscripción, no es una concesión de la legislación hipotecaria como frecuentemente se dice, sino que es para evitar que los documentos privados acaben teniendo efectos frente a terceros con infracción del art. 1225 CC.

Es esta misma configuración civil de los documentos la que también explica que la inscripción en el Registro nunca sustituya al título, a la Escritura, lo cual tiene múltiples aplicaciones como la antes vista respecto de los efectos probatorios de las copias de las Escrituras frente a las inscripciones (arts. 1221 y 1222 CC); la de que la información registral no puede sustituir a la Escritura como título en la constitución y transmisión de derechos reales (Res Sistema Notarial 23/3/11); o la de la forma de acreditar en el tráfico la representación, que como bien explica Díaz Cadórniga (22), se tiene que realizar con la presentación de la Escritura, la cual no se puede sustituir por la inscripción en ningún Registro según exigen los arts. 164, 165 y 166 RN y las Res de 16 y 20 diciembre de 2007, pues la falta de inscripción en el Registro Mercantil no afecta a la validez y eficacia del nombramiento (Res 17/12/1997, 3/2/01, 1/8/05, 13/11/07 y 23/3/11 y la STS de 27/1/1997).

De manera certera Martín Romero (23) resume así la situación *"los derechos reales no existen porque se inscriban, sino que se inscriben porque existen"*. A lo que añadimos nosotros parafraseándolo que *"las Escrituras no tienen efectos frente a terceros por que se inscriban, sino que se inscriben porque tienen efectos frente a terceros"*.

A pesar de lo dicho, el desconocimiento que denunciamos ha llevado a amplios sectores parlamentarios a legislar de manera errónea olvidando que la legislación hipotecaria no está autorizada para añadir requisitos a los documentos notariales, pues aun basada en documentos, no es una ley "documental", lo contrario sería tanto como condenar irremediablemente al notario a la responsabilidad del art. 22 LH al verse obligado a autorizar documentos ininscribi-

(22) Díaz Cadorniga, Jorge: "Acreditación del nombramiento de Administrador en las SL", Revista digital *Boletín Notarial de Andalucía (BIN)*, del Colegio Notarial de Andalucía, núm. 12, p. 10-13.

(23) Juan Carlos Martín Romero en *El principio de equivalencia: las Resoluciones de la DGRN de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005* en el libro homenaje a Juan Francisco Delgado de Miguel de Thomson Civitas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

bles. Por eso el art. 608 CC acota muy específicamente el contenido de esa legislación cuando dice:

> *"Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria".*

Añádase a lo anterior el que la inscripción es tan voluntaria que puede que no llegue a producirse nunca: puede haber documento sin inscripción, pero nunca inscripción sin documento.

En efecto, son muchas las circunstancias por las que una determinada Escritura no se inscribe en el Registro, dependiendo de cosas tan peregrinas como que las fincas no estén inmatriculadas, o aun habiéndolo estado en el pasado hoy están desinscritas (piénsese en lo ocurrido con la quema de Registros en los años 1936-1939); o que simplemente los interesados no quieren, o no pueden por motivos económicos, inscribir; o se trata de bienes que nunca se han de inscribir: créditos, fondos de inversión, acciones, participaciones, coches, barcos, propiedad intelectual, industrial, muebles, dinero, cuadros, joyas, etc. Recordemos que hay vida fuera del Registro y que la práctica corrobora que durante generaciones, bienes de muy diferente clase (incluso inmuebles) se heredan, se ceden, se venden o se permutan sin acercarse a esa institución…

A pesar de estas reglas básicas, el legislador español cae de hoz y coz en el mismo error de plantear requisitos registrales que no se piden en la autorización de instrumentos públicos; así lo venimos denunciando desde hace tiempo en cosas tan elementales como los excesos de cabida de las fincas en general (art. 298. 2 RH), las inmatriculaciones y excesos de cabida en particular de fincas costeras (arts. 15 y 16 de la Ley de Costas de 28/7/88, STS 16/10/96 y 27/5/98, y Res 16/7/98 y 18/8/10), la obtención de licencias urbanísticas por silencio administrativo (STS de 28/1/09 y art. 23 RD-Ley 8/2011 de 1 de julio), las "Obras Nuevas Antiguas" (art. 20.4.c) RD-Ley 8/2011) y hasta la coordinación entre Catastro y Registro (art. 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

En definitiva, si se tiene una visión general del documento notarial con sus efectos frente a tercero aunque no esté inscrito, si no se

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

olvida que exige un asesoramiento y control de la legalidad "española" que hace muy complicada su equiparación con los documentos extranjeros, si se supera su consideración parcial de simple medio de prueba o de mero objeto registrable, y si se mantiene esa misma visión respecto del Derecho documental como un todo, vemos que el art. 14.1.º LH se expresa mal, rematadamente mal, cuando dice que "*El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro*…". No. Ni es sólo "un título sucesorio", sino "tres" distintos como ya hemos explicado, ni es únicamente a los efectos del Registro, sino a "todos los efectos", ni su ubicación es correcta, pues debería de haber buscado mejor acomodo en una norma "documental" de carácter más general, seguramente en el CC.

… no por ello dejamos de reconocer que estamos mucho mejor con el art. 14.1.º LH, que sin él…

IX. LA DOCTRINA TRADICIONAL DE LOS SIGLOS XIX, XX Y XXI QUE OCULTA LA ACTUAL DGRN ES QUE NO ES NECESARIA LA PRESENTACIÓN DEL TÍTULO SUCESORIO ÍNTEGRO EN REGISTRO DE LA PROPIEDAD: NI SIQUIERA SE HAN LEÍDO LAS RES QUE CITAN Y HACEN

La actual DGRN en sus Res 4/6/12 y 2/10/12 hemos visto que dice que hay una "doctrina secular", que se resumió en la "Res 13 (sic) de enero de 1960**",** y que exigía la presentación del título sucesorio "íntegro".

No es cierto. La doctrina secular no es la que dice la DGRN y ni tan siquiera existe la Res 13/1/1960, sino que es del día 15/1/1960. Para demostrarlo no nos queda otro remedio que ir relatando paso a paso los hitos de esa doctrina que desmienten a nuestro Centro Directivo.

En la exposición que sigue comprobaremos la utilidad de lo escrito más arriba sobre las diferentes posibilidades de Copias y Testimonios totales y parciales, literales y en relación. Comprobaremos igualmente que, por supuesto, el título sucesorio (Testamento más certificados o la DH) puede acompañar a la Escritura de partición, pero también se pueden "insertar" (testimoniar) mediante testimonio "total/literal", "parcial/literal", o incluso "parcial/en relación". Veamos…

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

IX.1. La Real Orden de 5/9/1867 y el primer RN de 30/12/1862

Gracias a la eficacia y el buen hacer de la Bibliotecaria del Colegio Notarial de Barcelona, D.ª Montserrat Gómez Pont, hemos podido obtener una "reproducción íntegra" (si se nos permite la licencia) de esta Real Orden y de los dos primeros RN cuya transcripción podrá ser comprobada por cualquiera que tenga acceso a la biblioteca de la DGRN que suponemos una de las más importantes en Dº Privado de toda España.

Esta Real Orden en referencia a las Escrituras de partición de herencia, y con el lenguaje y grafía muy propio de la época (la palabra Notario siempre aparece en mayúscula cosa que creo nos hemos ganado a pulso…), viene a reconocer tempranamente el doble sistema para su inscripción en el Registro de la Propiedad: acompañando el Testamento o la declaración de herederos (originales o por testimonio completo), o insertándolos en el cuerpo de la misma. Lo dice así:

> *"… la Reina (Q.D.G.), de acuerdo con lo propuesto por V.I. se ha servido declarar que dichas escrituras no pueden ser inscritas si no* ***se acompaña*** *á ellas el Testamento, ó en su caso el testimonio de la declaración judicial de heredero,* ***ó se insertan*** *estos documentos en la misma escritura de partición bajo la fé del Notario autorizante…"*

Que la "inserción" (el testimonio) puede ser "total/literal" es algo fuera de duda y no ofrece particulares problemas. Lo que sí que se cuida la Real Orden es de concretar los requisitos mínimos que debe de cumplir la "parcial/literal" en la que la fecha de defunción y las Ultimas Voluntades simplemente se relacionan, mientras que respecto de la DH y el Testamento se exigen mayores especificaciones. Nótese que respecto de las DH ya se da por supuesto (más adelante lo explicaremos) que no puede haber cláusulas que la modifiquen:

> *"… debiendo contener la inserción, además de la* ***relación necesaria****, el* ***auto íntegro de la declaración judicial de herederos****, y en caso de* ***Testamento, la cabeza y pié del mismo, la cláusula de institución de herederos y todas las demás que puedan modificarla****, como también las que sean precisas*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

para que los Registradores tengan el conocimiento necesario de la legalidad de las formas estrínsecas del documento y de la capacidad de los otorgantes…"

La Real Orden menciona que la inserción puede ser "parcial/en relación", cuando habla de la *"relación necesaria"* (parece que refiriéndose a los certificados), pero no la desarrolla especialmente, por lo que debió de llevarse a efecto según las normas de la práctica y las del primer Reglamento Notarial que al decir de López Palop (24) ya estaba vigente desde 30/12/1862. Nótese que según Gomá Lanzón (25) (que cita a Gomá Salcedo) los dos primeros RN de 1.862 y 1.874 ya contenían una regulación de los Testimonios.

En efecto, el art. 101 del RN de 30/12/1862 da carta de naturaleza a los Testimonios y sus distintas variedades, pues no otra cosa puede deducirse de la acumulación de términos como "traslado", "copia" y "testimonio", dando a entender que son cosas distintas; lo dice con estas palabras:

"… los Notarios… podrán… autorizar ***traslados*** *y copias de documentos no protocolados, testimoniar por exhibición…"*

Vemos pues que en pleno siglo XIX, tras la LH de 1861 y antes del CC, ya se admitía que el título sucesorio no se presentara en el Registro "íntegro", sino que bastaba una simple inserción en la Escritura de partición de sus aspectos más relevantes.

IX.2. La Res 11/5/1900 y el segundo RN de 9/11/1874

Tras la publicación del Código Civil esta Res sigue insistiendo en la doctrina sentada por la anterior Real Orden de que el título sucesorio puede acompañar a la Escritura de partición o ser insertado en ella; lo dice con estas palabras en el Considerando 1.º:

---

(24) López Palop, Eduardo: "Legislación notarial desde la promulgación de la Ley hasta el Reglamento de 9 de abril de 1917", *Estudios históricos del centenario de la Ley del Notariado*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid 1964, volumen I, sección 1.ª, p. 696.

(25) Gomá Lanzón, Ignacio: "Nueva Legislación Notarial Comentada", libro colectivo editado por Colegio Notarial de Madrid, 2007, tomo I, p 691.

Cita a Gomá Salcedo, J: "Derecho Notarial", Dykinson, Madrid, 1.992, p. 251.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"… que hallándose dispuesto por la expresada Real Orden de 5 de septiembre de 1867, que las escrituras públicas de particiones de herencias son títulos bastantes para la inscripción de los bienes hereditarios, cuando ***se inserta en ellas*** *bajo la fe del Notario autorizante el Testamento que las ha motivado, es evidente que aunque en el presente caso ha sido autorizado dicho Testamento por Notario distinto, no es necesario para la inscripción de la escritura de que se trata, que* ***se presente en el Registro una copia*** *del mismo, tal como exige el citado Registrador, toda vez que dicha Real Orden está redactada en términos generales y no establece distinción alguna respecto a este particular".*

Esta temprana Res no especifica qué tipo de "inserción" (testimonio) procede respecto del título sucesorio, por lo que de acuerdo con la legislación notarial aplicable en aquellos momentos cabrían los testimonios "totales/literales", "parciales/literales" y "parciales/en relación". Nótese que según López Palop (26) en ese momento ya estaría vigente el 2.º Reglamento Notarial de 9/11/1874 con su regulación de los testimonios.

Efectivamente, este segundo RN tiene una regulación más expresiva y clara que su precedente de 12 años antes, pues alude concretamente a que los Testimonios pueden ser hasta "en relación"; lo dice así su art. 91:

"… los Notarios… podrán… autorizar ***en relación*** *o copia, traslados de documentos no protocolizados, ó sea los testimonios por exhibición…"*

IX.3. La Res 28/4/1926

Es muy interesante porque revela que ya en pleno siglo XX era práctica habitual que el Testamento se insertara en las Escrituras mediante testimonio "parcial/en relación".

Se explica en el Considerando 1º que se trataba de una Escritura otorgada por el heredero único según:

(26) López Palop, Eduardo: *op. cit.*, p. 697.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"… la cláusula del Testamento… que en el mismo instrumento calificado ***se relaciona****".*

A pesar de que el Testamento sólo se relacionaba en la Escritura, el registrador aceptaba sin vacilación esa forma de presentar el título sucesorio cuando en el considerando 2.º se lee:

"… el Registrador de la propiedad admite que tan sólo existe un heredero universal…"

IX.4. La Res 5/12/1945

Esta Res se incluye aquí porque es citada por alguna posterior y porque es la demostración de que el título sucesorio necesariamente se tiene que presentar al Registro por alguno de los variados procedimientos que existen (cosa que nadie discute), sin que pueda sustituirse por ningún otro documento o manifestación.

En efecto, a una Escritura de partición hereditaria se acompañaba el certificado de Últimas Voluntades que revelaba la existencia de un Testamento cerrado, que ni se acompañaba ni se insertaba de ninguna forma, pretendiendo sustituirlo por otros documentos bajo la manifestación de la heredera de que se había perdido.

Por supuesto que la DGRN se mantuvo inflexible y rechazó tal posibilidad puesto que el Testamento *"no se había presentado ni calificado",* y si fuera cierto que el Testamento hubiera desaparecido, tal extremo lo debía de declarar la autoridad judicial *"en el procedimiento adecuado, con las… garantías y pruebas pertinentes…"*

IX.5. La extraordinaria Res 15/1/1960 que no se ha leído la actual DGRN

No dudamos en calificar a esta Res de extraordinaria porque al entonces Director General, Don José Alonso Fernández, le cabe el mérito de haber hecho en unas escasas líneas, todo un compendio de Derecho Notarial y Registral sobre la fe pública, el título sucesorio y su inscripción en el Registro. Se ve que eran otras épocas, otros estilos, otros objetivos…

Como venimos diciendo, la tesis de la actual DGRN es que esta Res consagra y resume una doctrina secular sobre la necesidad de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

presentar el título sucesorio íntegro… no se la han leído…no es cierto… ni siquiera es cierta la fecha de la Res…

En lo único en lo que estamos de acuerdo con el actual Centro Directivo es que resume una doctrina secular sobre el título sucesorio, pero lo que ocurre es que esta doctrina es exactamente la contraria de la que pretenden los que tan mal la citan…

El Considerando 1.º hace un planteamiento bien claro de la cuestión: se trata de determinar si para inscribir es necesario en todo caso "acompañar" el título sucesorio íntegro (original o por testimonio completo), o bastaría que se inserte un testimonio más o menos amplio del mismo en el cuerpo de la Escritura; lo dice con estas palabras

> *"Considerando que la cuestión que plantea este recurso consiste en determinar si para inscribir una escritura de partición de bienes en el Registro Mercantil se requiere que* ***se acompañe*** *copia del Testamento, certificado de defunción y del Registro de Actos de Última Voluntad o estos documentos testimoniados, o bien si basta la manifestación hecha por el Notario autorizante de que se le han exhibido, con inclusión de un* ***resumen de su contenido*** *y sin hacer constar que en lo no transcrito no hay nada que se le oponga, modifique o contradiga".*

Para dar cumplida respuesta a esta cuestión la Res explica los mecanismos "notariales" para reproducir documentos, para terminar estudiando si "registralmente" cualquiera de estos mecanismos son suficientes para la inscripción.

Efectivamente, ya hemos visto que el clarificador Considerando 2.º nos recuerda que notarialmente tan fe pública es la "original" como la "derivada". Y desarrollando esta última pasa a explicar en el Considerando 3.º que un documento se puede reproducir por testimonio "total/literal":

> *"Considerando que esta última, basada en su fidelidad a un documento, tiene, por tanto, un carácter reflejo que se acusa bajo la fórmula: "concuerda con su original, al que me remito", y otras semejantes, que acrediten la exactitud e integridad de lo narrado o relatado si* ***la transcripción es total****…"*

O por testimonio "parcial/literal":

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

*"… pues si **el traslado es solamente parcial**…"*

O incluso por testimonio "parcial/en relación":

*"… y en el supuesto de que **la transcripción sea sólo en relación**, hay una nueva redacción…"*

Pertrechada la DGRN de las herramientas que acabamos de transcribir, es cuando entra a comprobar si estos posibles mecanismos son suficientes para la inscripción en el Registro, llegando a la conclusión de que sí lo son. Por supuesto que vale acompañar el título sucesorio íntegro, original o por testimonio completo ex Considerando 4.º:

*"Considerando que **es doctrina reiterada de este Centro** admitir como suficiente a los efectos del Registro, en las inscripciones basadas en escrituras públicas de partición de herencia, **la presentación** de las primeras copias, testimonios por exhibición y traslados directos del Testamento…"*

Pero también es posible que el título se inserte en la escritura por testimonio según este Considerando 4.º:

*"… **o bien que figuren insertos en la escritura**…"*

Una vez admitida la posibilidad de inserción del título por testimonio, no se plantean particulares problemas si es "total/literal" (posibilidad ya admitida en la primera parte del Considerando 4.º), pero incluso se admite expresamente que el testimonio pueda ser "parcial/literal", e incluso "parcial/en relación", pues continúa diciendo el Considerando 4.º:

*"… **relacionar en el cuerpo de la escritura** sucintamente las cláusulas manifestadas por el causante en su última voluntad…"*

Ahora bien, esta Res comienza a hacer unas matizaciones sobre la forma de realizar los testimonios de documentos que se van a ver confirmadas por otras muchas posteriores, pues distingue los testimonios "parciales" (ya sean tanto literales como en relación) de los

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"documentos relativos a negocios" y de los "documentos relativos a hechos".

Cuando se trata de testimonios parciales de documentos "negociales" como el Testamento, hay que tener en cuenta que pueden estar sometidos a condición, término, modo, sustituciones, prohibición de partir etc, con lo que el hacer un testimonio parcial en el que se diga únicamente que los herederos de una persona son otras determinadas no es suficiente, pues aun con todo puede haber otras cláusulas testamentarias que modifiquen decisivamente la transcrita, por lo que es imprescindible hacer la advertencia adicional de que lo no transcrito no es importante:

> Considerando 3.º "*… se requiere, además, que el funcionario haga constar que «en lo omitido no hay nada que contradiga, condicione o modifique», a fin de que la garantía de lo transcrito sea completa…".*
>
> Considerando 4º "*… expresarse formalmente siquiera por el fedatario la afirmación de exactitud de concepto en lo relacionado, con la constancia de no existir otras cláusulas que amplíen o modifiquen lo trasladado".*

Frente a lo anterior, existen otros testimonios parciales que se refieren a documentos relativos a "hechos". En esta categoría se incluyen los certificados de defunción y UV, y también las DH en las que el llamamiento a los herederos lo hace directamente la ley, mientras que éstas se dedican fundamentalmente a concretar los hechos sobre los que la ley hace esa delación hereditaria. En estos casos, no cabe infidelidad en la transcripción fuera de concretar la fecha de fallecimiento, la existencia de Testamento o el nombre y cuota de los herederos, pues por su propia naturaleza no pueden existir otras cláusulas que influyan en lo que se ha transcrito. A este tipo de testimonios se les da un tratamiento mucho más sencillo, como hemos de ver respecto de las DH en otras Res posteriores (en especial Res 3/4/1995, 8/7/05, 22/7/05 y 12/11/11), dedicándose la que estamos comentando a concretar el que corresponde a los certificados.

En efecto para los certificados de defunción y UV la Res 5/1/1960 considera suficiente en el Considerando 3.º una inserción "parcial/ en relación" sin ningún tipo de advertencia o reserva:

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"… en la que la exactitud e integridad se afirma por el fedatario en la autorización o suscripción, y el cotejo con el documento original servirá de comprobación o, en su caso, de subsanación del posible error de concepto".

Más claramente la parte final del Considerando 4.º insiste en este régimen específico de los testimonios "parciales" de los certificados cuando dice:

"… no estima defecto que impida la inscripción la relación en el título, por exhibición, de los certificados de defunción y del Registro de Actos de Ultima Voluntad –que una práctica notarial aconsejable haría, sin embargo, protocolizar–, siempre que consten todos los antecedentes en forma inequívoca, y por ello, sin duda, además, por un criterio práctico y el especial carácter de tales documentos, el primero de ellos sólo acreditativo de un hecho, determinada defunción, por su naturaleza, no susceptible de ser relacionado con menoscabo de su integridad, y el último, que incluso puede en algún caso ser realmente incompleto…"

Nótese que esta diferenciación entre "negocio testamentario" frente a "certificados y DH" está confirmado a la hora de la inscripción por el art 76 RH que ya hemos transcrito, pues para el primero es necesario inscribir las *"disposiciones testamentarias pertinentes"* (lo que incluye la institución de heredero, pero también sus posibles matizaciones), mientras que para el resto basta *"la fecha de fallecimiento"*, *"el contenido del certificado"* de UV y *"los particulares"* de la DH.

Terminamos. Lo que ocurrió en el caso enjuiciado por esta Res de 15/1/1960 nada tiene que ver con lo que pretende la actual DGRN, sino que lo único que pasó fue que el notario se debió de expresar de manera algo confusa y no acertó a dejar claro que lo transcrito del Testamento era lo único relevante, por lo que en aquel caso concreto el testimonio "parcial" no reunía las condiciones necesarias; en otras palabras la DGRN no puso ninguna pega a utilizar ese sistema del testimonio parcial, sino que se limitó a declarar que en ese supuesto se había usado mal; lo dijo así en la parte final del Considerando 4.º (insistimos que respecto de un "negocio testamentario", no una DH).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"… no basta, como aquí se ha hecho, relacionar… sin expresarse formalmente siquiera por el fedatario la afirmación de exactitud de concepto en lo relacionado, con la constancia de no existir otras cláusulas que amplíen o modifiquen lo trasladado".

IX.6. La Res 3/4/1995

Esta Res es francamente interesante pues viene a confirmar toda una serie de aspectos relevantes de lo que estamos hablando:

— Admite que el título sucesorio no sólo se acompañe, sino que se inserte en la Escritura de Partición, como testimonio "total/literal", o "parcial/literal", e incluso "parcial/en relación". FD.2 y 4:

"2. El primero de los defectos observados por el Registrador consiste en no haberse acompañado el auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, relacionado, pero no testimoniado en la escritura, ni tampoco los certificados de defunción y últimas voluntades de aquél".

"… que le faculta para expedir en relación testimonios por exhibición de documentos que tiene a la vista".

— Distingue el trato que ha de recibir el Testamento como negocio mortiscausa del que reciben los certificados de defunción, UV y las DH. FD.2:

"Es claro que este segundo extremo de la nota no puede ser confirmado, porque la presentación de esos documentos complementarios sólo es exigida por el artículo 76 del Reglamento Hipotecario cuando se trata de herencia testada (cfr. su párrafo primero), mientras que para la inscripción en bienes por herencia intestada basta con consignar los particulares de la declaración… de herederos (cfr. párrafo segundo). La diferencia de régimen es perfectamente explicable a la vista de que la declaración de herederos abintestato presupone forzosamente que al órgano competente se habrán aportado esos certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad".

— Asimila el régimen de las DH Judiciales con las Notariales. FD.2

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"… de la declaración judicial –hoy, en su caso, notarial– de herederos…"

— Confirma que en las DH basta para inscribir en el Registro hacer un testimonio "parcial/en relación" en el que conste la fecha de fallecimiento del causante, que no dejó Testamento y quiénes son sus herederos. FD.3

"En el exponendo I de la escritura calificada la otorgante afirma que el causante falleció en Oviedo el 23 de mayo de 1986 en estado de casado con la compareciente de cuyo matrimonio deja dos hijos, sin haber otorgado Testamento, siendo sus herederos abintestato sus citados dos hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuraria de su cónyuge, en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo, el día 1 de octubre de 1986; y a continuación, el Notario autorizante añade «lo que me acredita con un testimonio del auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado –se señala su nombre y apellidos– el 7 de octubre de 1985»".

— Insiste "contrario sensu" en que la declaración de que en lo no transcrito no hay nada que influya en lo testimoniado, es sólo exigible para los testimonios "parciales" de "documentos negociales" no para los de las DH. FD.4:

"4. La actuación del Notario al recoger en la escritura los particulares significativos de la declaración judicial de herederos se ha ajustado a lo previsto en el artículo 261 del Reglamento Notarial… No se trata, pues, de un testimonio literal parcial, que exigiría añadir –lo mismo que ocurre en los poderes (cfr. artículo 166 del Reglamento Notarial) y en las copias (cfr. artículo 237 del Reglamento Notarial)– la indicación de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inscrito, porque no se trata de una inserción, sino de una relación de particulares del documento, precisamente de los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

IX.7. La Res 11/3/03

La Res es interesante por muy distintos motivos. El primero es por lo que la hemos citado en otro lugar, pues hace una aplicación a nuestro derecho interno del principio de universalidad de la herencia, de suerte que en caso de conflicto declara aplicable la ley rectora de la sucesión (la de la vecindad civil al fallecimiento) incluso a los derechos que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge viudo.

Pero aquí la citamos por un segundo motivo, ya que, en la línea de la Res 3/4/1995, hace una equiparación entre las DH notariales y judiciales, de manera que a ambas se les debe de aplicar la limitación de calificación prevista para las decisiones de los Jueces (art. 100 RH). Lo dice así en el FD.6:

> *"Desde el 30 Abr. 1992, la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuye, como competencia exclusiva al Notario la función de declarar respecto de determinados parientes el título sucesorio abintestato, que antes de esa norma era atribución judicial.*
>
> *Se trata pues, de un documento notarial singular que,* ***por mandato legal participa de la misma naturaleza de jurisdicción voluntaria que gozaba el pronunciamiento judicial sustituido*** *y en consecuencia, los efectos de ese documento notarial, son los mismos que en su momento tuvieron los documentos judiciales en relación al título sucesorio abintestato. Por ello, debe participar, también, congruentemente, del mismo orden de revisión en el juicio de notoriedad declarado.*
>
> *Es decir, no tratándose de un documento judicial, por identidad de razón y aplicación directa del artículo 979 LEC, la calificación registral, abarcará la congruencia del acta con el grupo de parientes declarados herederos, sus formalidades extrínsecas, conforme a la legislación notarial y los obstáculos que surjan del Registro (ex art. 100 R.H), más no el fondo del juicio de notoriedad únicamente sujeto a control judicial".*

IX.8. La Res 8/7/05 que tampoco se ha leído la actual DGRN

Esta Res cobra una importancia extraordinaria por mor de su desviada utilización en las Res 4/6/12 y 2/10/12, dando a entender que ha sido la única en la historia que ha contradicho esa pretendida

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"doctrina secular" que sólo existe en las ensoñaciones del Centro Directivo actual.

Pues no. Esta Res ni es la única (es simplemente un eslabón más de una larga cadena), ni es la más importante (mucho más lo son las Res 15/1/1960 o 3/4/1995). Es simplemente otra que sumar a las que declaran que no es necesario la presentación del título sucesorio "integro" al Registro y que por si fuera poco ha sido confirmada, como veremos, por tres sentencias en cascada.

Además mucho nos tememos que esta Res tampoco se la ha leído la actual DGRN pues por un lado dice que esta Res es "única", mientras que por otro (si se la hubieran leído) resulta que la misma Res, por partida doble (en los "Vistos" y en el FD.2), menciona la Res 3/4/1995 (aunque la cita mal como del día 13) que como ya hemos explicado es una de las más importantes a la hora de contradecir al Centro Directivo.

En efecto, según se lee en los FD.1 y 2, se reconocen como sistemas de presentar el título sucesorio ante el Registro "acompañarlo" o "testimoniarlo" en el cuerpo de la Escritura de partición.

Ahora bien, según el registrador sólo cabe el testimonio "total/literal", FD.1:

> *"El Registrador suspende la inscripción por no acompañarse copia del Acta de Notoriedad de Declaración de Herederos ni insertarse literalmente la misma en la propia escritura".*

Mientras que la notario utiliza el testimonio "parcial/en relación" sólo de los datos relevantes propio de los "documentos relativos a hechos" como las DH, que como sabemos son únicamente el fallecimiento de una persona sin Testamento en fecha determinada y la declaración de quienes son sus herederos, sin que sea necesaria ninguna advertencia adicional sobre que lo no transcrito no tiene relevancia; se dice así en el FD.1:

> *"Se presenta en el Registro escritura de manifestación y aceptación de herencia. En su parte expositiva, la escritura establece que la causante falleció sin haber otorgado Testamento, por lo que han sido declarados herederos sus tres hijos sin perjuicio de la cuota usufructuaria del viudo, según Acta Notarial de Declaración de Herederos Abintestato au-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

torizada por la misma Notaria, añadiéndose que «los extremos anteriores resultan del Acta de Declaración de Herederos Abintestato antes citada, de fecha 6 de marzo de 2002, número 234 de mi Protocolo»".

Para solucionar esta discrepancia la DGRN no se inventa ninguna nueva doctrina, sino que simplemente aplica la que venía reiterando desde 1867; lo dice así en el FD.2:

"2.– Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (cfr. Resolución de 13 (sic) de abril de 1995), en el caso de declaración de herederos basta con que el Notario relacione los particulares del documento, los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales -con dicha relación- quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica establecida por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. En el presente supuesto la actuación del Notario al recoger en la escritura los particulares significativos de la declaración de herederos se ha ajustado a lo previsto en el artículo 251 del Reglamento Notarial, que le faculta para expedir en relación testimonios por exhibición documentos que tiene a la vista, conteniendo el testimonio los datos requeridos para la inscripción".

IX.9. La Res 22/7/05

El caso enjuiciado en esta Res es sensiblemente parecido al de la anterior, pues el notario en el cuerpo de la Escritura practicaba un testimonio "parcial/en relación" de los particulares del Acta de DH sin ninguna advertencia adicional, cosa que no aceptó el registrador; según el FD.2 en la Escritura se transcribió lo siguiente:

"… por acta de notoriedad autorizada por el mismo Notario fueron declarados herederos los ahora comparecientes… los derechos de los comparecientes -se sigue expresando en la escritura son: al cónyuge viudo le corresponde y se le adjudica la mitad indivisa en pago de sus gananciales y el usufructo de una sexta parte por su cuota legal, correspondiendo y adjudicándose a los hijos por iguales terceras partes dos sextas partes en pleno dominio y una sexta parte en nuda propiedad…"

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La DGRN vuelve a aplicar su "secular doctrina" en el FD.3 declarando suficientes los datos relacionados por el notario dado de que se trataba de una DH en la que no pueden existir otras cláusulas que influyan en lo testimoniado:

> *"A mayor abundamiento, cabe recordar que según la doctrina de este Centro Directivo (cfr. la Resolución de 3 de abril de 1995, con criterio recientemente reiterado), del artículo 76 del Reglamento Hipotecario resulta que para la inscripción de bienes por herencia intestada basta con consignar los particulares de la declaración notarial de herederos, sin que sea necesario acompañar la correspondiente acta en que conste dicha declaración"*.

IX.10. La Res 1/10/07

La Res reitera (en la línea de la Res 11/3/03 a la que cita expresamente) la equiparación entre DH judicial con la notarial, aplicando a ambas las limitaciones de la calificación registral propia de los documentos judiciales, sin posibilidad de que el registrador pueda revisar el juicio notarial de notoriedad; lo expresa así el FD.2:

> *"2. A mayor abundamiento, en el caso objeto de recurso, junto a la escritura de aceptación y manifestación de herencia cuya inscripción se solicita, se acompaña acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, donde el Notario… declara como notorios, entre otros extremos… juicio notarial protegido por los principios de veracidad, integridad y legalidad que se derivan de la fe pública de que goza el instrumento público notarial y que en cuanto realizados bajo su responsabilidad, quedan al margen de la calificación registral y sólo pueden ser revisado en el correspondiente procedimiento judicial (cfr. artículos 17 bis de la Ley del Notariado, 143 y 209 del Reglamento Notarial y Resolución de este Centro Directivo de 11 de marzo de 2003).*

IX.11. La Res 12/11/11

Esta notable Res viene a ser un resumen de la "doctrina secular" de la DGRN en la que tanto se llega a admitir la presentación del título sucesorio acompañándolo o insertándolo en la Escritura de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

herencia, que finalmente se utilizaron ambos sistemas según relata el FD.1:

> *"En la escritura de manifestación de herencia presentada, el notario, a la vista de la copia autorizada del acta de cierre de declaración de herederos abintestato otorgada por el mismo el día 28 de marzo de 2011, testimonia en relación los datos relativos a la fecha de fallecimiento del causante, estado civil y cónyuge, número e identificación de hijos y declaración relativa a quienes son los herederos abintestatos del causante…"*
>
> *"… se recibe en el Registro copia autorizada del acta de cierre de la declaración de herederos abintestato citada…"*

A pesar de esa doble presentación del título sucesorio el registrador siguió sin aceptar ni el Acta Notarial de cierre de la DH, ni su "testimonio/en relación", (ambas con los mismos datos) puesto que lo que pretendía era la presentación del título sucesorio "íntegro" incluyendo el Acta de tramitación.

La DGRN rechaza semejante pretensión registral y para ello vuelve a la distinción básica entre documentos "relativos a hechos" y los que se refieren a "negocios". Entre los primeros incluye a las DH siempre equiparando las notariales con las judiciales en varios pasajes (con la limitación de la calificación registral que ello supone); lo dice así en el FD. 3:

> *"… la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato… lo relevante es la constatación de determinados hechos –fallecimiento, filiación, estado civil, cónyuge, etc.– de los que deriva la atribución legal de los derechos sucesorios. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1964: «la declaración judicial de herederos abintestato no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente `ope legis´». En definitiva, el llamamiento al heredero lo hace la ley (cfr. artículo 657 del Código Civil); mientras que la resolución judicial o el acta notarial se limita a concretar una delación ya deferida".*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Este tipo de documentos relativos a hechos (certificados, DH…), por supuesto que se pueden presentar independientemente, pero también cabe que se inserten en el cuerpo de la Escritura por testimonio que puede ser hasta "parcial/en relación" y sin necesidad de ninguna advertencia complementaria pues no cabe la posibilidad de cláusulas que influyan en lo testimoniado. La DGRN vuelve a reiterar esta doctrina en el FD.4:

> *"… en las resoluciones judiciales o actas de declaración de herederos abintestato… la constatación documental de tales particulares pueda ser realizada por el notario autorizante, bien mediante una trascripción total o parcial de los mismo o bien mediante un testimonio en relación…"*

Situación bien distinta es la de los "documentos relativos a negocios", como el Testamento o contrato sucesorio, en los que caben muchas cláusulas y determinaciones distintas de la mera designación de herederos, por lo que si se sigue el sistema de insertarlo en la Escritura de manera parcial (ya sea literalmente o en relación) siempre se deberá de aclarar que no hay nada relevante fuera de lo reproducido; se dice así en el FD"*… no basta con relacionar en el cuerpo de la escritura sucintamente las cláusulas manifestadas por el causante en su última voluntad, sino que tiene que expresarse formalmente por el fedatario la afirmación de exactitud de concepto en lo relacionado, con la constancia de no existir otras cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto".*

IX.12. La Res 3/2/12 que tampoco se ha leído la actual DGRN por más que sea su autora ¿?

El caso objeto de esta Res era bien simple: no se había presentado el título sucesorio que era una DH judicial de ninguna de las maneras posibles, pretendiendo sustituir esa falta de presentación con otro tipo de documentos y referencias indirectas al mismo hechas en otros documentos, todo lo cual sabemos desde la lejana Res 5/12/1945 que es de todo punto imposible.

Lógicamente la DGRN rechaza esa pretensión y recuerda que la DH se puede acompañar a la Escritura de herencia o se puede insertar en ella aunque sea mediante testimonio "parcial/en relación"; lo expresa así el FD.3:

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"… el testimonio del auto de declaración de herederos abintestato –que no se ha acompañado–, debiendo presentarse con el título inscribible o insertarse de modo integro o al menos ***en relación****…"*

Hasta aquí digamos que esta Res no nos descubre nada nuevo que no se haya dicho antes, pero lo que es inexplicable es que esta Res provenga de la actual DGRN que aquí dice que basta un testimonio en relación del título y unos días después exige que el título se presente íntegro…

… ¿es que ya no se lee ni las Res que produce y publica ella misma?...

X. EL OMINOSO SILENCIO DE LA ACTUAL DGRN SOBRE TRES SENTENCIAS JUDICIALES QUE LE CONTRADICEN

Ya se ha comentado la importante Res de 8/7/05 a la que la actual DGRN pretende hacer pasar como algo excepcional cuando no es sino un eslabón más en la doctrina secular (la verdadera) sobre que no es necesaria la presentación íntegra del título sucesorio en el Registro.

Como la Res 8/7/05 no aceptó la calificación registral, el registrador planteó juicio verbal en el que solicitó la anulación de la susodicha Res, pretensión que fue rechazada de plano en la **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel de 1/9/08**. Entre los argumentos utilizados por esta Sentencia destacamos el puesto de relieve por el FD 1.º de la STS 20/3/12 a la que ahora nos referiremos y que equiparaba el Acta notarial de DH con la DH judicial:

"… un acta de notoriedad que participaba de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria…"

Contra esta sentencia se presentó un recurso de apelación que tampoco prosperó, confirmándose la apelada mediante la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 18/12/08**. El FD 1.º de la STS 20/3/12 transcribe el razonamiento de la Audiencia de la siguiente manera:

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"… Interpuesto recurso de apelación por el registrador demandante, la Audiencia Provincial lo desestimó razonando en su fundamento jurídico tercero, en esencia, que la función calificadora atribuida a los registradores en el art. 18 de la Ley Hipotecaria no les confería «la tutela de la legalidad de la actuación notarial, que ha de presumirse legítima, gozando de la fe pública y de las presunciones de veracidad e integridad que le otorga el artículo 143 del Reglamento Notarial», y terminando su razonamiento así: «En consecuencia, la reseña en la escritura de manifestación y aceptación de herencia de que los otorgantes fueron declarados herederos del causante en acta notarial otorgada ante la misma Notaria autorizante, es mención suficiente para tener por acreditado el título sucesorio a los efectos de los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento»".

La Sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación, recurso que fue rechazado en **STS de 20/3/12**, de manera que queda consolidada la doctrina expuesta.

Pues bien, cuando se dicta la Res 4/6/12 resulta que ya existían las tres sentencias que acabamos de mencionar con lo que carece de la más mínima explicación que la DGRN diga que la Res 8/7/05 no se tiene que aplicar cuando en ese momento estaba confirmada por tres Sentencias en cadena.

¿Puede alegar la DGRN que desconocía estas tres Sentencias y por eso no las aplicó? Esta posibilidad es inimaginable por múltiples razones y la primera y más importante sería el que causa desasosiego sólo el pensar que la DGRN no sabe lo que ocurre con sus Res…

Pero específicamente hay que tener en cuenta que para la DGRN la Res 8/7/05 no era una Res "normal" (si se nos permite la expresión), sino "clave" en la nueva doctrina que quiere imponer sobre el título sucesorio y lógicamente habrá sido objeto de un seguimiento especial.

En último extremo hay que recordar que la DGRN era parte demandada y como explican los Antecedentes de Hecho 2º de la STS 20/3/12 fue obligada a remitir al Juzgado de Teruel el expediente administrativo completo de la Res recurrida, con lo que la ignorancia no sólo es inexcusable sino que es imposible…

La situación que acabamos de describir no sólo se mantiene, sino que se agrava en la Res 2/10/12, pues a lo dicho hay que sumar que

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en el recurso se mencionaban expresamente las tres Sentencias. En efecto, el notario Bartolomé Martín Vázquez plantea en esta Res un recurso que por la claridad y concisión de sus Fundamentos de Derecho es un puro ejercicio de la "elegantia iuris" que alegara Burdiel Hernández (27). Menciona expresamente estas tres Sentencias e incluso transcribe la parte de la STS que recoge el FD 3.º de la de la Audiencia que acabamos de reproducir.

A pesar de todo ello la Res 2/10/12 no menciona ni para bien ni para mal las tan repetidas Sentencias. No se trata de que se dé la razón sin más al recurrente. No. Pero jurídicamente es inaceptable que no se rebatan en modo alguno sus argumentos y que se rechace la Res 8/7/05 que ha sido confirmada por tres Sentencias sin dedicar ni una línea a explicar por qué. Esto es lo que no es de recibo.

XI. EL ART. 143 RN NO AUTORIZA EN MODO ALGUNO A QUE EL REGISTRADOR CALIFIQUE MÁS ALLÁ DE SUS COMPETENCIAS

El art. 143 RN parece ser del agrado de la actual DGRN pues lo utiliza en muchas Res (especialmente en las dos que comentamos) como un argumento prácticamente irrebatible para que el registrador entre a calificar cualquier documento sin limitación de ninguna clase.

En nuestra opinión se intenta desnaturalizar este art. utilizándolo de manera parcial para que acabe diciendo algo que no dice lo que es inaceptable, pues parafraseando a la DGRN en estas Res 4/6/12 y 2/10/12 (arts. 1.228 y 1.229 CC), quien "quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique".

(27) Burdiel Hernández, Julio en la Res de la DGRN de 3/3/93.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No queda más remedio que transcribir completo el art. 143 último párrafo RN:

> *"Los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de* ***sus competencias****".*

Pues bien, la DGRN pretende utilizar este art. en su primera parte olvidándose de la última, en el sentido de que los registradores pueden negar o desvirtuar una Escritura mediante su calificación (sólo a efectos registrales), pero se olvida de que ello sólo podrá ser en materias que sean de su "competencia".

En otras palabras, nadie pretende (no el autor de estas líneas) que el registrador inscriba los documentos sin leérselos. No. Pero por lo mismo pensamos que la calificación no puede carecer de límites sino que deberá de ajustarse a los que resulten de las materias que sean competencialmente registrales.

Desde este punto de vista (tal y como resaltó Martín Vázquez en su recurso en la Res 2/10/12) lo primero que habría que determinar sería la verdadera naturaleza de estas Actas notariales de Declaración de Herederos, pues de ello derivan esas limitaciones a la calificación.

Y llegados a este punto hemos de recordar lo dicho en la Introducción sobre que para la DGRN anterior a la actual, la naturaleza de estas Actas de DH es la misma que la de los actos de jurisdicción voluntaria judicial a los que ha venido a sustituir y por eso su legitimación arranca de la LEC. Así se ha afirmado de manera constante en las Res antes transcritas de 3/4/1995, 11/3/03 y 1/10/07, y así se ha determinado por la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Teruel, lo que finalmente fue asumido por la Audiencia turolense y el TS.

La consecuencia de lo que se acaba de expresar cae por su propio peso: la calificación de las Actas de DH notariales tienen las mismas limitaciones que las de los documentos judiciales (art. 100 RH), pues tienen la misma naturaleza que los Autos de DH. Esta es la razón por la que basta una transcripción parcial de las mismas en los aspectos relevantes dado que el registrador no puede entrar a valorar ni las pruebas practicadas ni el juicio de notoriedad, cosa reservada a los Tribunales.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

XII. CONCLUSIÓN PRIMERA.- NO HAY QUE PRESENTAR AL REGISTRO EL TÍTULO SUCESORIO ÍNTEGRO: LAS RES 4/6/12 Y 2/10/12 SÓLO TRATAN DE LA AMPLIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL A COSTA DE LO QUE SEA

Creemos haber demostrado que no es necesario presentar al Registro el título sucesorio íntegro, no obstante lo cual los juristas tenemos bien asumido que en Derecho todo es discutible pues no es una ciencia exacta sino argumentativa. Desde este punto de vista no nos puede extrañar que la DGRN tenga una opinión sobre un asunto que muchos no comparten. Incluso hay que reconocer el derecho que tiene la DGRN para cambiar de opinión si lo considera conveniente… aunque se equivoque.

Sobre lo anterior pensamos que hay un consenso básico, pero lo que es difícilmente explicable es algo que ya hemos advertido al comienzo de estas líneas. Es decir, la DGRN ha cambiado de opinión sobre el "título sucesorio" cosa que tiene perfecto derecho a hacer. Hasta aquí todo normal… pero… ¿por qué no lo dice así y lo argumenta de una manera clara como se ha hecho en múltiples ocasiones respecto de los asuntos más variopintos en los que también ha cambiado de parecer?

En efecto, lo que ya carece de explicación es que mantenga contra viento y marea que la Res 15/1/1960 dice exactamente lo contrario de lo que dice; que diga que la Res 8/7/05 sea una excepción única cuando en ella se cita expresamente y por partida doble a la Res 3/4/1995 que abunda en su misma línea; que no mencione otras Res que la contradigan y que son tan fáciles de encontrar que aparecen en cualquier base de datos jurídica con sólo apretar a una tecla; o que, en fin, haga oídos sordos a tres Sentencias judiciales que le desmienten por más que su existencia le consta y hasta se le ha recordado expresamente en un recurso. Esto es lo que ya es más que extraño…

Y claro, la pregunta cae por su propio peso… si la cuestión no va tanto del título sucesorio… ¿de qué va?...

La respuesta a esta pregunta, tras un año de leer Res del actual Centro Directivo, es fácil de encontrar pues en este como en muchos otros temas, siempre se resuelven de la misma manera: en una ampliación de las facultades calificatorias registrales.

Esta es la verdadera explicación del cambio de opinión sobre el título sucesorio: la decisión estaba previamente tomada y todo lo

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

demás se acomoda al cumplimiento de esos objetivos que no se quieren confesar abiertamente; es más, como veremos enseguida el mismo Director General lo reconoce…

XIII. CONCLUSIÓN SEGUNDA.- LAS RES 4/6/12 Y 2/10/12 DEBERÍAN RECURRIRSE ANTE LOS TRIBUNALES A LA VISTA DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES

Los que por profesión nos dedicamos a intentar evitar que se colapsen los juzgados con una "judicialización" galopante de cualquier cuestión de la convivencia ciudadana (incluso las claramente políticas que deberían de tener otro ámbito de resolución de discrepancias), nos resistimos a aconsejar a nadie que acuda a los juzgados. Ahora bien, hay ocasiones en las que no queda otro remedio a la vista del empecinamiento de una de las partes en mantener su postura sin atender a otras razones que no sean las suyas.

Decimos todo esto porque hemos repetido "ad nauseam" que las dos citadas Res ocultan deliberadamente tres sentencias que las contradicen radicalmente: la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel de 1/9/08, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 18/12/08 y la STS de 20/3/12.

En fin, aunque cueste hacerlo, con precedentes judiciales como los citados, y ante la contumacia de la DGRN, no se puede recomendar otra cosa que se recurran ante los juzgados estas dos Res y las que eventualmente pudieran seguirlas.

XIV. CONCLUSIÓN TERCERA.- LA ACTUAL DGRN UTILIZA LAS SENTENCIAS A SU ANTOJO: SÓLO LAS DEJA INAPLICADAS CUANDO CONVIENE PARA AMPLIAR LAS COMPETENCIAS REGISTRALES. EL INAUDITO CASO DE LA RES 22/2/12 SOBRE LA DEGRADACIÓN DE LA PROFESIÓN NOTARIAL EN PALABRAS DEL ACTUAL DIRECTOR GENERAL. PROYECTO "NOTARCROBECO"

Lo hecho en las dos únicas Res que conozcamos que exigen la presentación del título sucesorio íntegro podrá gustar más o podrá gustar menos, pero tiene la lógica incuestionable de que la DGRN,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

como superior jerárquico inmediato de los registradores, ha defendido la asunción de nuevas competencias por éstos como funcionarios que dependen de ese Centro Directivo. Todo lo cual no debe de extrañar pues si el cargo de Director General no es un cargo obligatorio sino optativo, va de suyo que si se acepta es porque se piensa que la labor de los funcionarios a su cargo es una labor valiosa que merece la pena promocionar. En otras palabras, guste o no guste, las Res 4/6/12 y 2/10/12 no son sino una muestra de confianza en el colectivo registral de su superior jerárquico.

Siguiendo con la línea argumental que se acaba de expresar cabría suponer que la actual DGRN estimularía con igual convicción y entrega la labor de otros funcionarios que también la tienen como superior jerárquico inmediato: los notarios españoles, respecto de los que cabe suponer una confianza en su trabajo del Director General no menor de la que ha acreditado respecto de los registradores.

Y en efecto, mediante una doctrina "secular" la DGRN nunca había aceptado la inscripción de Escrituras extranjeras en nuestros Registros pues con independencia de lo que puedan decir los Art 4 LH y 36 RH son otras muchas las razones las que han llevado históricamente al Centro Directivo a la conclusión de que los notarios extranjeros no pueden cumplir con nuestro orden público, pues es imposible que el notario extranjero obtenga un "consentimiento informado notarial" de sus clientes [en términos similares con lo que ocurre en el "consentimiento informado médico" (28)], pues no puede prestar el asesoramiento y control de nuestra legalidad española (hasta por motivos tecnológicos) que se exige en todos los documentos relativos a cosas tan importantes como las titularidades reales sobre nuestros inmuebles.

En este sentido la DGRN siempre había negado la inscripción en nuestros Registros de documentos extranjeros sobre los inmuebles de aquí, ya sean documentos notariales (Res de 4/1/93, 15/3/00, 15/6/00, 7/2/05, 20/5/05 y 28/1/06), ya judiciales, como una "hi-

(28) La equiparación entre el "consentimiento informado notarial" y el "consentimiento informado médico" la hicimos por primera vez en Rivas Andrés, Rafael: *op. cit.* "Una visión…", y recientemente la realiza el catedrático de Dº Civil, De la Torre Olid, Francisco: "Protección del usuario en el ámbito financiero y consentimiento informado", *Diario La ley*, 20 al 26 de enero de 2014, p. 28.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

poteca provisoria" ordenada por un juez francés (Res 12/5/92), una "hipoteca asegurativa" ordenada por un juez alemán (23/2/04), o una adjudicación de inmueble ordenada por un juez inglés en un divorcio (Res 27/7/12).

Por todo ello entra en el género de lo inaudito que la actual DGRN en la Res 22/2/12 despreciara de tal manera el trabajo de los notarios españoles que están a su cargo, que llegó a declarara que cualquier notario extranjero puede hacerlo con iguales requisitos, garantías y efectos, por lo que no había obstáculo para la inscripción de las Escrituras extranjeras cosa que no sólo carece de precedentes en España, sino en ninguna otra parte del mundo.

La desdichada Res 22/2/12 degrada la profesión notarial a la categoría del bono basura, pero si malo es el resultado peor son los argumentos utilizados para ello pues llega a la conclusión de que cualquier notario extranjero es igual al español ¡sin citar un solo artículo de la legislación notarial ni española ni extranjera! ¿? Y para colmo se permite citar en su apoyo la legislación europea que dice exactamente lo contrario pues, ésta declara a la profesión notarial excluida de liberalización.

En efecto, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior excluye de liberalización art. 17. 12) *"a los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario"*; y la Directiva 2005/36/CE (modificada por la 2013/55/UE) de reconocimiento de cualificaciones profesionales excluye de equiparación los títulos profesionales de notario en el art. 2.4 *"La presente Directiva no se aplicará a los notarios nombrados por un acto oficial de la Administración"*.

Por cierto, dado que ni la Directiva de Servicios ni la Títulos profesionales menciona a los registradores cabría preguntarse si es que los servicios registrales están liberalizados en la UE y si el título profesional de registrador es de libre homologación entre los Estados miembros… ¿es que en cualquier Registro europeo se va a llevar a partir de ahora un nuevo libro especial de inscripciones sobre inmuebles españoles que estará coordinado telemáticamente con el español? ¿habrá un Registro Mercantil único en Bruselas? ¿cabe imaginar que cualquier registrador extranjero hiciera inscripciones telemáticas en nuestros Registros asesorado por los notarios españoles mediante un sistema de conexión telemática que se podría llamar "Proyecto NOTARCROBECO"?

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Lo que se acaba de decir no es ciencia jurídica-ficción desde el mismo momento de que ya existe un Registro en el que se van a inscribir nuestros bienes y no va a estar regido por ningún registrador español, nos referimos al **Registro Internacional de Garantías sobre elementos de equipo móvil** (ferroviario, espacial y aeronáutico) creado por el Convenio de Ciudad del Cabo al que se acaba de adherir España (BOE de 4 de octubre de 2013). Tiempo le ha faltado a alguna autora como Cordero Lobato (29) [matizada por Gómez Gálligo (30)] para sugerir que todo ese tipo de garantías, aunque sean puramente internas españolas, se inscriban sólo en dicho Registro que tiene (según dice) muchas más ventajas que el español.

Pero volvamos a la realidad. Somos legión los que pensamos que el sistema de seguridad jurídica preventiva español basado en el doble control notarial y registral es líder en el mundo, y defenderemos hasta las últimas consecuencias que la calificación registral sea llevada a cabo exclusivamente por los Registradores españoles que son los únicos que han acreditado la competencia profesional necesaria para ello. Entender que cualquier registrador extranjero puede hacer asientos en el Registro español con el mismo nivel de excelencia jurídica, sería simplemente un fraude pues no pasaría de ser una mera copia de fórmulas vacías sin ninguna garantía, que es lo que hacen los notarios extranjeros respecto de nuestros documentos: copiar la apariencia externa e incumplir nuestra legislación interna documental, sustantiva, fiscal, de blanqueo etc. La única lástima es

(29) Cordero Lobato, Encarnación: "Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil", *Diario La Ley,* núm. 8189, Sección Tribuna, 12, nov. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.

(30) Gómez Gálligo, Javier: "Ratificación española de Ciudad del Cabo", en la Revista *Registradores de España*, octubre-diciembre 2013, p. 36 y 37. Nos recuerda el autor (igual que Cordero Lobato) que están sin ratificar los tres protocolos adicionales necesarios para la puesta en marcha del Registro Internacional y que en los mismos está previsto que las inscripciones se realicen, no directamente sino desde el punto de acceso que obligatoriamente determine cada país; y concluye *"lo más lógico es que el punto de acceso esté a cargo del Registro de Bienes Muebles"*. Por nuestra parte diremos que será todo lo lógico que se quiera, pero lo cierto es que lo aprobado hasta ahora no asegura que la solución final sea esa, máxime cuando ello provocaría una doble inscripción en el Registro español y en el Internacional.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que la actual DGRN sólo comparte estas ideas parcialmente, muy parcialmente…

En fin, si grave es lo que acabamos de relatar, lo que ya deja más que atónito, estupefacto, es leer al Director General explicar estos cambios en sus doctrinas en carta publicada en la Revista *El Notario del Siglo XXI* (31), en donde no tiene el menor empacho en reconocer que son intencionados y que obedecen a dos razones fundamentales:

> La primera: *"… lo que se pretende es volver a su tradicional doctrina".*
>
> La segunda: *"… modificará su doctrina para acomodarla a la jurisprudencia dictada por los Tribunales".*

Y claro, después de explicar que la "tradicional doctrina" de la DGRN era la innecesariedad de presentar el título sucesorio íntegro y que eso estaba confirmado por tres sentencias en cadena… ¿a qué doctrina y sentencias se está refiriendo en este tema el actual Director General?...

Más adelante el titular del Centro Directivo, en su carta, se refiere a la ínclita Res 22/2/12 y para justificar su decisión alude a *"lo establecido en los Tribunales"*, y, en efecto, en la Res se cita una jurisprudencia menor: las Sentencias núm. 391/06 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2006; núm. 95/2011 de la Audiencia Provincial sección sexta de Alicante; núm. 208/2010, de 19 de octubre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife. Cierto que por una "boutade" (no se pude calificar de otra manera), en la carta se refiere el Director otras Sentencias distintas de las que acabamos de transcribir, pero ni siquiera las vamos a mencionar aquí pues unas no se utilizaron en la Res y otras ni siquiera existían cuando se produjo ésta.

Vemos pues, que para infligir uno de los mayores ataques (si no el mayor) que ha sufrido la profesión notarial en los últimos tres siglos XIX, XX y XXI, la Res 22/2/12 incumple las dos premisas que el mismo Director había fijado en su carta: por un lado contradice frontalmente toda su doctrina anterior sobre que los documentos extranjeros no se pueden inscribir en nuestros Registros y por otro

(31) Núm. 46 de noviembre-diciembre de 2012.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sólo se apoya en una jurisprudencia menor omitiendo otra que dice exactamente lo contrario.

En efecto, la Res 22/2/12 no cita en su apoyo ninguna Sentencia o norma de ningún país de nuestro entorno que diga nada parecido a que se puedan inscribir los documentos extranjeros en sus Registros y por si de algo sirve apuntamos las siguientes que dicen exactamente lo contrario:

A) En Alemania: Dice Álvarez-Sala Walther (32) que los servicios notariales no están liberalizados según la STC alemán de 19/6/12, que califica la actividad notarial como *"ministerio público/función pública"*, lo que justifica que esté sometida a un *"régimen especial"*, y bajo la *"supervisión estatal… reglamentaria de la Administración de Justicia"*. Dice además que los documentos relativos a actos "o principales, o complejos o tecnológicos" que pretendan registrase allí, sólo pueden ser formalizados por los notarios alemanes, pues así resulta del art. 925 del BGB (CC) en relación al art. 11 del EGBGE (Ley de Introducción al CC) que establece la competencia en exclusiva de los notarios alemanes en las transferencias inmobiliarias; también de la Resolución del Ministerio de Justicia de Baviera núm. 3830 E IV752/64 de 16/4/64; y de muchas sentencias, como la del Tribunal Supremo alemán de 10/6/1968 (Bundesgerichtshof, BGH WM, 1968, 1170). En el mismo sentido Paz Ares (33) cita otras tres sentencias: la del Tribunal Superior (Oberlandesgericht) de Colonia de 29/9/1971, la del Tribunal Cameral (Kammergericht) de 27/5/1986 y la del Tribunal (Landgericht) de Ellwangen/Jagts de 28/11/1999. Por último el "Notario del Siglo xxi" (34) relata que sólo son admisibles en Alemania los acuerdos de Sociedades Limitadas formalizados exclusivamente por notarios de ese país y cita dos sentencias de los Tribunales Superiores (Oberlandesgericht) de Hamm de 1/2/1974 y Karlsruhe de 10/4/1979.

(32) Álvarez-Sala Walther, Juan: "La función notarial en el crisol: ¿Tribunal Constitucional alemán o Tribunal Supremo español?", *Revista el Notario del Siglo xxi*, núm. 45 de sep-oct 2012, pp. 16 a 22 y "Documento notarial extranjero relativo a inmueble en la RFA", de esa misma Revista, núm. de julio-agosto de 2007.

(33) Paz Ares, Ignacio: "Carencias frente a la Escritura pública", *Revista el Notario del Siglo xxi*, núm. 38 de julio-agosto 2011.

(34) *El Notario del Siglo xxi*, mayo-junio 2012.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Explica Brancós Núñez (35) que el parágrafo 17 de la Ley alemana de Documentación Pública permite a los notarios alemanes autorizar Escrituras que considere ilegales haciendo la advertencia correspondiente y que no tienen obligación de asesorar en Dº extranjero, pues la "Auflassung" (acuerdo real abstracto de transmisión de la propiedad) transmite el dominio con desconexión absoluta del contrato previo y por eso, ésta nunca puede ser ni condicionada ni a plazo. En otras palabras, la Escritura alemana puede que ni cumpla la legislación alemana, ni la española puesto que la "Auflassung" lo sana todo. Por eso Brancós Núñez (36) nos continúa explicando que lo único que se inscribe en el Registro germano es la "Auflassung" tan desconectada del contrato causal que convierte la función del Registro en automática; lo dice así *"El registrador alemán no califica el fondo del negocio porque no tiene trascendencia registral alguna. El negocio de fondo queda bajo responsabilidad del notario".* Los que sin estudiar la legislación notarial alemana y española afirman que las Escrituras alemanas son igual a las españolas, no saben de lo que hablan: los notarios españoles nunca pueden realizar la "Auflassung" de un inmueble alemán, y los notarios alemanes no pueden hacer Escrituras con efecto traditorio ni pueden asesorar y controlar tecnológicamente la legislación española.

B) En Bélgica: De Zulueta, Rodríguez y La Chica (37) relatan que la Asociación de Notarios de Metrópolis Europeas (ANME) en sus reuniones de junio y octubre de 2.010 constata la exigencia de que los documentos extranjeros que pretendan acceso a sus Registros deben ser previamente homologados por notario belga, que (según nuestra experiencia personal) incorporará advertencias y controles respecto de posibles elementos contaminantes, situación urbanística, pago de impuestos, datos registrales, etc.

(35) En su artículo *Inscripción Registral de Documentos Extranjeros* de la Revista La Notaría de enero 2007, núm. 37-38.

(36) Enrique Brancós Núñez en *La escritura pública notarial o acte authentique y el deed…* de la revista El Notario del Siglo xxi editada por Colegio Notarial de Madrid, núm. 46 de nov-dic 2012, pp. 24-30.

(37) De Zulueta, María, Rodríguez, Rocío y La Chica, Alvaro: Revista El Notario del Siglo xxi de julio-agosto y noviembre-diciembre de 2010.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

C) En Brasil: todas las Escrituras de partición hereditaria extrajudicial brasileñas para su inscripción registral han de sufrir una homologación judicial [Rocha Brito (38)]. Parece evidente que las Escrituras extranjeras no podrán evitar la misma homologación que las brasileñas.

D) En Bulgaria: el único documento extranjero que puede acceder al Registro es el relativo a un Testamento que se refiera a inmuebles búlgaros [Rentería (39)].

E) En Costa Rica: las transmisiones, adjudicaciones o actos formalizados en el extranjero sólo se pueden inscribir en su Registro si obtienen un "exequátur" judicial una vez acreditado ante el juez que cumple todos los requisitos civiles, fiscales y registrales costarricenses [Vargas Soto (40)].

F) En Croacia: las Escrituras extranjeras no se pueden inscribir en sus Registros salvo que se homologuen ante el correspondiente Tribunal croata y siempre que se pruebe la reciprocidad (Régimes (41)). Esta información es confirmada en Rentería (42).

G) En EEUU: no se inscribe ninguna Escritura notarial, ni nacional ni extranjera, en sus Registros pues desconocen (con algunas pocas excepciones de algún Estado) la categoría del documento público notarial. Brancós Núñez (43), insiste en que el Registro de

(38) Rocha Brito, José Alberto: "Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España", Ponencia de Brasil en el libro colectivo de la VII Jornada Notarial Iberoamericana de Salamanca (España) de 1996, Consejo General del Notariado, 1996, p. 329.

(39) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p. 968.

(40) Vargas Soto, Francisco Luis: "Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España", Ponencia de Costa Rica en el libro colectivo de la VII Jornada Notarial Iberoamericana de Salamanca (España) de 1996, Consejo General del Notariado, 1996, p. 437.

(41) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.,* tomo II, p. 989.

(42) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p. 975.

(43) Brancós Núñez, Enrique: "La escritura pública notarial o acte authentique y el deed…", *Revista el Notario del siglo xxi*, editada por Colegio Notarial de Madrid, núm. 46 de nov-dic 2012, pp. 24-30.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la Propiedad estadounidense no pasa de ser sino una colección de documentos sin autenticidad, simplemente ordenados por fechas, que no garantizan nada.

H) En Francia: según Martín Romero (44) el art. 68 del Decreto núm. 55-1350 de 14/10/55 exige para la inscripción en el Registro que el documento extranjero sea legalizado por notario francés. Esta indicación es confirmada por De Zulueta, Rodríguez y La Chica (45).

I) En Holanda: según Brancós Núñez (46) no caben Escrituras extranjeras de transferencia de propiedad inmueble neerlandesa pues su CC establece en el art. 31 (3.1.2.12) que *"Cuando una disposición de la ley relativa a bienes inmatriculados exige un acto o declaración notariales, se entiende referida al acto o declaración de un notario holandés".* Confirma esta información Rentería (47) y Notarius (48).

J) En Hungría: las Escrituras extranjeras sólo se inscriben si han sido previamente homologadas por el Ministerio de Justicia [Rentería (49)].

K) En Irlanda: no se inscriben las Escrituras extranjeras porque ni siquiera se inscriben las de sus propios notarios ya que no les reconocen ningún efecto especial mayor que a los documentos privados (desconocen la categoría de los "documentos públicos"), y por eso sus notarios ni siquiera tienen la obligación de asesorar ni en derecho extranjero ni en derecho irlandés [Rentería (50)].

(44) Martín Romero, Juan Carlos: "El principio de equivalencia: las Resoluciones de la DGRN de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005", libro homenaje a Juan Francisco Delgado de Miguel de Thomson Civitas.

(45) De Zulueta, María; Rodríguez, Rocío y La Chica, Álvaro: *op. cit.*

(46) Brancós Núñez, Enrique: Revista "La Notaría" de enero 2007.

(47) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p 1102.

(48) De Wit, K. y Tomlow, A.: "Informe sobre Holanda", Notarius International, UINL, núm. 1-2, 2002, p. 19.

(49) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p. 1057.

(50) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p. 161 y 162.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

L) En Italia: también se exige para la inscripción en el Registro que el documento extranjero sea homologado ante notario italiano por aplicación del art. 106. 4 de la Ley del Notariado núm. 89, de 16/2/1913 y el art. 68 del Reglamento Notarial del Real Decreto nº 1326 de 10/9/1914, lo que exige su protocolización y que supere el juicio de legalidad con arreglo al Derecho Italiano [Notarius (51)]. La necesidad de homologación es confirmada por Régime (52), Martín Romero (53), Rentería (54) y De Zulueta, Rodríguez y La Chica (55).

M) En Macedonia: las Escrituras extranjeras no pueden inscribirse en su Registro de la Propiedad [Rentería (56)].

N) En Méjico: los documentos extranjeros tienen que ser homologados por el notario mejicano con protocolización de los mismos y en algunos Estados previo mandato judicial que así lo ordene [Notarius (57)].

Ñ) En Noruega: no se inscriben las Escrituras extranjeras porque desconocen la figura del notario como tal, siendo asumidas un equivalente a sus funciones por ciertas autoridades judiciales y, en algunas zonas rurales, por la policía [Rentería (58)].

O) En Polonia: las Escrituras extranjeras sólo se pueden inscribir si son homologadas por un Consulado o Tribunal polaco [Rentería (59)].

(51) Calo, E.: "Informe sobre Italia", Notarius International, UINL, núm. 3-4, 2001, p. 210.

(52) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.*, tomo II, p. 1594.

(53) Martín Romero, Juan Carlos: *op. cit.*

(54) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p. 1068.

(55) De Zulueta, María; Rodríguez, Rocío y La Chica, Álvaro: *op. cit.*

(56) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p. 1090.

(57) Márquez González, José Antonio: "Informe sobre Méjico", Notarius International, UINL, núm. 3-4, 2005, p. 197.

(58) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p. 1097.

(59) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p. 1107.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

P) En Suecia: las Escrituras extranjeras no se inscriben porque técnicamente desconocen los documentos públicos, siendo asumidas ciertas funciones notariales por los Juzgados [Rentería (60)].

Q) En Suiza: De Zulueta, Rodríguez y La Chica (61) también relatan respecto de este país la Asociación de notarios de Metrópolis Europeas (ANME) en sus reuniones de junio y octubre de 2010 constata la exigencia de que los documentos extranjeros que pretendan acceso a sus Registros deben ser previamente homologados por notario suizo.

R) En UK: "de hecho" no hay liberalización de los servicios notariales, pues allí a los documentos extranjeros ni se les reconoce efecto traditorio, ni son inscribibles en sus Registros en ningún caso, por la razón de que, al igual que Irlanda, desconocen la categoría de los documentos públicos y ni siquiera sus documentos notariales son inscribibles. Brancós Núñez (62) explica el rudimentario sistema de inscripción basado en lo que aquí calificaríamos como un documento privado con dos testigos en base al cual el registrador emite un certificado de propiedad de varios niveles de fiabilidad y con la constatación de que hay alrededor de un 50 % de errores y fraudes.

A mayor abundamiento en España y en Europa hay **Jurisprudencia de mayor rango** que se ha omitido, como son las **STS de 29/12/1927** (*"el Notario… es el Profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero de los individuos y de las familias"*), **3/7/65, 24/10/00 y 5/6/00** (esta última rechazó una donación de inmueble español en documento danés de Capitulaciones a pesar de que estaba inscrito en un juzgado de Dinamarca); la **STC 207/99** (*"a los notarios… les incumbe… el juicio de legalidad… la función pública incorpora pues, un juicio de legalidad"*); y la **STJUE Gran Sala de 24/5/11** (*"…las actividades notariales… persigan… garantizar la legalidad y la seguridad jurídica… el notario debe ne-*

(60) Rentería Arocena, Alfonso: *op. cit.*, p. 1097.

(61) De Zulueta, María; Rodríguez, Rocío y La Chica, Álvaro: Revista *El Notario del Siglo xxi* de julio-agosto y noviembre-diciembre de 2010.

(62) Brancós Núñez, Enrique: "La escritura pública notarial o acte authentique y el deed…", *Revista el Notario del Siglo xxi,* editada por Colegio Notarial de Madrid, núm. 46 de nov-dic 2012, pp. 24-30.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

garse a autentificar un acto o un contrato que no reúna los requisitos legalmente exigidos…"). Todas ellas demuestran que la actividad notarial implica un asesoramiento y control de legalidad que sólo puede prestar el funcionario especializado en legislación española y no el notario extranjero que es un "analfabeto jurídico" que no está capacitado para algo para lo que no se ha preparado hasta por razones tecnológicas, pues por no tener ni tiene conexiones telemáticas con nuestras autoridades. ¿Cómo va a acatar el notario extranjero el mandato de la STJUE negándose a intervenir un contrato por no reunir los requisitos de las leyes españolas si no sabe cuáles son éstos ni cómo cumplirlos?

En fin, en vez de estudiar con calma cuestión tan compleja, tiempo le ha faltado a nuestra DGRN actual para contravenir el Dº Comparado, la jurisprudencia de mayor rango y toda su doctrina anterior, con tal de conseguir sus objetivos de desacreditar la profesión notarial apoyándose en una jurisprudencia menor.

Con lo dicho en los párrafos anteriores no es exagerado concluir que la actual DGRN para atribuir nuevas facultades calificatorias a los registradores se olvida de todas las Sentencias que se lo impiden, mientras que si es para atacar al Notariado se apoya en cualquiera de ellas aunque sea de rango menor…

XV. CONCLUSIÓN CUARTA.- EPÍLOGO SOBRE LA ARGUMENTACIÓN DE LAS RES 4/6/12, 2/10/12 Y 22/2/12

Tras lo escrito en las líneas que anteceden concluimos que los argumentos que utiliza la actual DGRN en estas Res serían, en palabras de Benjamín Jarnés (63):

> *"… algo incoherente, sin relieve y sin confines. Palabras náufragas alrededor de un pensamiento que flota a la deriva".*

(63) Cita tomada de una crítica literaria de Benjamín Jarnés en la Revista "Aragón", que publicó el exilio aragonés en Méjico, núm. 5, año II, México DF, marzo, 1945, p. 8; edición facsímil editada por La Institución Fernando el Católico de la Diputación Provincial de Zaragoza en 1984, sobre originales propiedad de la Fundación Pablo Iglesias.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA Y CONFLICTO DE INTERESES: PRINCIPIOS CIVILES Y MERCANTILES (*)
(Segunda parte)

Gerardo v. Wichmann Rovira
Notario

Resumen: La idea esencial de este trabajo consiste en justificar el distinto tratamiento jurídico que deben recibir los actos y contratos celebrados por un administrador o representante orgánico existiendo autocontratación o representación múltiple y un potencial conflicto de intereses, de modo que, si en el negocio no ha intervenido el patrimonio de un tercero, deben aplicarse principios civiles y garantizar una justa y adecuada formación del mismo; pero si, por el contrario, en virtud del negocio resulta afectado el patrimonio de un tercero de buena fe, deben aplicarse los principios desarrollados por el Derecho Mercantil para proteger al tercero y favorecer el intercambio y tráfico de bienes y servicios, presumiendo en beneficio de dicho tercero, no sólo su buena fe, sino también –salvo que una disposición legal la limite– la plena legitimación material del representante orgánico.

Palabras clave*:* Principios civiles y mercantiles. Representación orgánica. Autocontrato y conflicto de intereses. Ineficacia negocial.

Abstract: The underlying purpose of this paper is to justify the different legal treatment that acts and contracts celebrated by an administrator or legal representative of a Company must receive, in cases of self-dealing, multiple representation and potential conflicts of interests. As such, if a contract does not involve the patrimony of a third party, civil principles must be applied in order to guarantee the just and adequate formation of said contract; if, however, it does affect the aforementioned patrimony of a third party acting in good faith, principles developed within Commercial Law should be applied, in order to protect said third party and

(*) La primere parte de este trabajo se publicó en el número 86 de la Revista Jurídica del Notariado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

favour the trade of goods or services, working always under the most beneficial assumption for him: that he acted in good faith and that the legal representative he dealt with –and provided no Law states otherwise– had sufficient material legitimacy.

Key words: Civil and mercantile principles. Legal representation. Self-dealing and conflict of interests. Contractual inefficacy.

Advertencia: Para facilitar y abreviar la lectura de este trabajo, se incluye –en cursiva– un pequeño resumen al principio de cada epígrafe de las ideas contenidas en él.

SUMARIO

I. PRINCIPIOS CIVILES Y MERCANTILES
1. Principios del Derecho mercantil: evolución histórica
2. Principios civiles y mercantiles: determinación y ámbito
3. El Principio de responsabilidad limitada: su evolución:
3.1. Del buque a la sociedad anónima
3.2. El principio de responsabilidad limitada en el Derecho privado mercantil

II. LA REPRESENTACIÓN ORGANICA
1. La independización y la personificación de los patrimonios
2. Formas de personificación
3. Caracteres y efectos esenciales de la personificación
4. La representación orgánica de las personas jurídicas: sus caracteres

III. EL CONFLICTO DE INTERESES
1. Autocontrato y conflicto de intereses
2. Concepto de conflicto de intereses
3. Exclusión del conflicto de intereses
4. Tratamiento jurídico de los contratos con conflicto de intereses: su ineficacia
5. Tratamiento jurídico de los contratos con conflicto de intereses y terceros
6. La autorización del representado:
6.1. La autorización del representado como consentimiento especial
6.2. La autorización en la representación orgánica
6.3. La constancia de la autorización y la facultad de dación de fe social y potestad certificante en las sociedades de capital

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

III. EL CONFLICTO DE INTERESES

1. Autocontrato y conflicto de intereses

En el ejercicio de sus facultades, el representante orgánico puede actuar en representación de diversos patrimonios, dando lugar a la figura del autocontrato, que ha sido objeto de atención por la doctrina y jurisprudencia tanto en su aspecto teórico-formal como práctico-material.

En el plano teórico, parece tratarse de un caso de formación unilateral de las voluntades que intervienen en un negocio jurídico, al que –como forma lícita y simplificadora del comercio jurídico- se le atribuyen efectos semejantes a los de un contrato. En el plano material, se trata de proteger los intereses del representado, evitando las consecuencias de un posible conflicto de intereses entre los distintos patrimonios que intervienen en la relación jurídica.

Señala De Castro, (1) que "en las antiguas ciudades italianas y alemanas de más activo tráfico mercantil, fue uso de los banqueros y comisionistas considerarse autorizados por sus clientes para contratar (comprar y vender, cambiar) a nombre de dos clientes, o en el de uno de ellos y consigo mismo, cuando se trataba de mercancías con precio fijado en mercado o bolsa. Los juristas dudaron de su licitud, pero parece que llega a prevalecer el criterio de su validez, aplicando por analogía el texto del siervo común a dos personas, y que contrata por ellas dos *(duorum personas sustinet)*".

A finales del siglo XIX, la doctrina alemana plantea la admisibilidad de la figura del autocontrato desde un punto de vista meramente teórico-formal, se trata de saber si en tales casos existe un verdadero contrato, al existir dos declaraciones de voluntad: una emitida por el representante en propio nombre y otra en nombre del representado (tesis declaracionista); o si, por el contrario, para que exista un propio contrato debe haber dos voluntades (tesis voluntarista). Römer, en 1873, defendió que si se admitía la representación directa, debía admitirse también que una misma declaración de voluntad pudiera producir derechos y obligaciones en dos complejos patrimoniales sobre los que se tienen facultades de disposición; y

(1) De Castro. *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, p. 114.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Rümelin, en 1888, amplia el ámbito de la autocontratación extendiendo su posibilidad a la representación indirecta, introduciendo la idea de su consideración dogmática como acto unilateral. Cuando se publica el Código de comercio alemán (1897), la posibilidad del autocontrato queda fuera de toda duda, y así el §400 admite la autoentrada del comisionista (Selbsteintritt des Kommissionärs), de modo que la comisión para la compra o venta de bienes o valores permite al comisionista, salvo que el comitente lo haya prohibido, comprar o vender para sí dichos bienes o valores, siempre que su precio venga determinado en una Bolsa o Mercado.

Nuestro Código de Comercio (1885), en cambio, había prohibido dicha posibilidad, estableciendo que "ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar", dulcificando tal rigor, no con medios objetivos que evitaran el perjuicio del comitente como en el Derecho alemán, sino únicamente con licencia del mismo. Por ello, seguramente inspirado en tales recelos, el Tribunal Supremo comenzó por oponerse a la figura, señalando la STS 6 marzo 1909 que "si bien el padre y, en su caso, la madre, tienen la representación legal de sus hijos menores para la disposición y administración de los bienes de éstos, lo que en ningún caso pueden hacer es contratar con ellos asumiendo con tal objeto su representación, pues esto implicaría la negación de circunstancia tan esencial cual es la de que en todo contrato concurran dos o más voluntades distintas y autónomas, aun cuando la personalidad de cualquiera de ellas tenga que ser completada o representada por un tercero".

No obstante, los posteriores trabajos de Traviesas y De Castro, acabaron por convencer a la doctrina y jurisprudencia de que, aunque desde el punto de vista dogmático resulta evidente que no puede celebrarse un verdadero contrato consigo mismo, ello no significa que se excluya o se prohíba la realización de negocios jurídicos que puedan producir efectos análogos, y en tal sentido De Castro, siguiendo las ideas de Rümelin, proponía su consideración como un negocio unilateral, pero no como un acto unilateral cualquiera, sino con unas características especiales que lo diferencian e individualizan de los demás actos unilaterales, pues su peculiaridad reside en que crea relaciones jurídicas entre dos patrimonios, es decir, que "surge el autocontrato cuando existiendo dos patrimonios independientes y una persona con poder de disposición sobre ambos, ésta

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dentro de los límites de su poder, crea entre ellos relaciones jurídicas obligatorias". (2)

Diez Picazo, (3) tras poner de relieve que la calificación del autocontrato como negocio unilateral, puede presentar algún problema en un Derecho como el nuestro, en que no se admite *in genere* que la declaración unilateral constituya fuente de obligaciones, sino que, de acuerdo con el art. 1089 CC, sólo el contrato es verdadera fuente de obligaciones y el contrato exige el consentimiento de dos o más personas, admite, sin embargo, que "la calificación del autocontrato como un negocio jurídico de carácter unilateral, (…) es sin duda alguna la más exacta desde el punto de vista de un análisis tanto estructural como funcional del fenómeno," concluyendo que "lo que hay que dilucidar desde el punto de vista jurídico es si la reglamentación dictada por el autocontratante debe valer como una *lex privata* en la medida en que éste ostente un especial poder de representación o de disposición sobre la esfera jurídica declarante. En la medida en que esto sea así, la relación jurídica creada por el acto y la reglamentación contenida en la *lex privata* es equiparable a la de un contrato".

En mi opinión, aunque en la actualidad es evidente que nuestra doctrina y jurisprudencia admiten de modo unánime la producción de efectos contractuales siempre que puedan identificarse distintas declaraciones o "direcciones de la voluntad", **la calificación dogmática del autocontrato como un supuesto de negocio unilateral no parece la más exacta,** ni la más conforme con los efectos que se le atribuyen. En efecto:

— El propio negocio unilateral se caracteriza porque en él hay una sola voluntad que configura y determina los elementos negociales, teniendo el consentimiento de la otra parte –destinatario o beneficiario del mismo– una naturaleza distinta y peculiar, pues, por un lado, tal consentimiento no tiene carácter configurador, sino que se limita a aceptar el negocio en la forma determinada por otra voluntad (por eso la doctrina alemana denomina a este tipo de consentimiento como asentimiento: Zustimmung); y, por otro lado, se trata

(2) El autocontrato en el Derecho Privado español: ensayo de construcción jurídica. Madrid, 1927, p. 48.

(3) Diez Picazo, Luis: *La representación del Derecho privado*. Civitas. Madrid, 1979, pp. 205 y 206

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de un requisito esencial para que el negocio alcance eficacia frente a su destinatario, pues sólo desde la aceptación o asentimiento se producirá el doble efecto de ser irrevocable para el constituyente y exigible para el destinatario (naturalmente todo ello sin perjuicio de los posibles efectos frente a terceros que tienen su fundamento en principios de seguridad del tráfico).

— En cambio, en los casos de autocontrato, existen realmente dos voluntades configuradoras del negocio jurídico que son de la misma naturaleza, en cuanto ambas determinan los elementos del contrato, pero al tratarse de un **supuesto de formación unilateral** (producción unisubjetiva lo denomina Díaz de Entre-Sotos) **de todas o varias de las voluntades que intervienen en la relación**, se procede, no por razones dogmáticas, sino prácticas y éticas, a una interrupción en el proceso de atribución de plena eficacia al negocio, supeditándola a la inexistencia de conflicto de intereses.

En ambos casos, negocio unilateral y autocontrato, se da una interrupción en el proceso que va desde la formación hasta la plena eficacia del contrato –que en los negocios con formación plural de voluntades no tiene solución de continuidad–, pero mientras que en el primero, la aceptación es una *conditio iuris* para la eficacia frente al destinatario del negocio unilateral, de modo que sin ella el negocio queda ineficaz y no produce efectos para él, es decir, se da una interrupción anticipada del proceso de atribución de eficacia frente al destinatario; en el caso del autocontrato, el negocio celebrado produce, en principio, efectos frente al representado que pudiera resultar perjudicado, pero se trata de una eficacia claudicante a instancias de dicho perjudicado, de tal forma que para que tenga lugar la plena eficacia frente al mismo y le sea exigible el contrato, debe cumplirse la *conditio iuris* de la ausencia de conflicto (o un consentimiento especial, como veremos), es decir, se da una interrupción diferida del proceso de atribución de eficacia.

De acuerdo con lo dicho, la admisibilidad del autocontrato hay que buscarla, así, más que en el plano teórico-formal, en el plano práctico y material, de modo que se trata de determinar si una figura semejante respeta los principios esenciales en que se basa nuestro Ordenamiento jurídico, es decir, si da lugar a unos efectos contractuales acordes con los principios de justicia conmutativa y equilibrio de intereses que consagra nuestro Derecho.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La sentencia del TS de 12 de junio de 2001 recoge la doctrina jurisprudencial asumida por el TS sobre "la hipótesis de autocontrato, o contrato consigo mismo, en la modalidad más genuina (y tachada de más peligrosa por el mayor riesgo de parcialidad) que se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (Resolución 9 febrero 1946), es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra (sentencia de 5 de noviembre de 1956)", señalando el TS que: "La figura jurídica carece de una regulación general en nuestro derecho positivo, aunque se refieren a la misma diversos preceptos aislados (singularmente destacan el art. 1459 CC y el 267 CCº) y ha sido objeto de una importante atención, tanto por el Órgano directivo registral (….), como por la jurisprudencia de esta Sala (……) quedando supeditada su validez, en sintonía con la finalidad de prevenir la colisión de intereses, a la existencia de un conflicto de éstos y la falta de la previa licencia o posterior asentimiento o ratificación del interesado, sin que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales, por lo que, salvo que otra cosa se disponga, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza. Este criterio de flexibilidad formal es el que prevalece en la doctrina científica, en las decisiones de la DGR y en la jurisprudencia de esta Sala".

En definitiva, como señalaba la RDGRN de 17 noviembre 2000, debe advertirse "que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación no se debe a obstáculos conceptuales o de carácter dogmático (en base a la cuestión sobre si cabe que el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones materiales de protección de los intereses en juego (dada la necesaria defensa de los intereses de los representados en que se produce un conflicto de intereses por corresponder a un misma persona la representación de intereses contrapuestos).

Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia, establecen como condiciones de admisibilidad del autocontrato, o bien la ausencia de conflicto de intereses, de modo que por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato, o bien, aún existiendo tal conflicto, la autorización expresa del representado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Técnicamente pueden distinguirse los casos de propia autocontratación –en los que el patrimonio personal del representante interviene en la relación jurídica– de aquellos en que existe doble o múltiple representación –de modo que el representante lo es de varios patrimonios independientes del suyo personal–. Señala Diaz de Entre-Sotos que "algunos autores han señalado la conveniencia de atribuir diferentes consecuencias a uno y otro supuesto, ya que, mientras que en el primero no es raro que surja un conflicto de intereses, al estar el representante personalmente interesado en el negocio por él realizado en su propio nombre y en nombre del representado, en el segundo, por el contrario, es más difícil que este conflicto pueda surgir, al no haber interés personal del representante". No obstante, como resalta la misma autora, es perfectamente posible que el doble representante tenga intereses propios en el negocio que realiza en nombre de sus representados, pero, aunque no los tenga, lo cierto es que "en su persona se alojan dos intereses contrapuestos (el de cada uno de sus representados) y que, como representante de cada uno de ellos, tiene el deber de reportarles el máximo beneficio", concluyendo que "en la representación doble, no por el hecho de que el representante no sea portador de un interés propio existe menos riesgo para el representado inicial o para cada uno de los representados, puesto que siempre para éstos hay un interés ajeno que está en contraposición con el suyo propio" (4). Desde luego, ésta posición, de no dar un tratamiento diverso a los casos de autocontratación o doble representación, es la que siguen tanto la DGRN como la Jurisprudencia del TS, que aplican a ambos supuestos la misma doctrina, exigiendo los mismos requisitos y condiciones para que el contrato sea admisible, por lo que examinaremos la cuestión sin hacer, en principio, especiales distinciones.

2. Concepto de conflicto de intereses

La doctrina y jurisprudencia han tratado de señalar las notas esenciales del concepto de conflicto de intereses, distinguiéndolo de otros casos de desviación en el ejercicio del fenómeno representativo.

(4) Diaz de Entre-Sotos Forns, María: *El autocontrato*. Tecnos. Madrid 1990, pp. 75 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Señala Diez Picazo (5) que "en todos aquellos contratos que sean de naturaleza onerosa, con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, el juego mismo de la estructura onerosa del contrato determina que entren en contradicción los intereses de ambas partes. Del mismo modo, puede existir –y normalmente existirá– contraste de intereses aun cuando el negocio presuponga declaración de voluntad de las partes que vayan todas en la misma dirección (…). Aunque no hay sinalagma, basta que las posiciones puedan ser distintas (…) para que el conflicto de intereses pueda surgir".

Ahora bien, no es este conflicto –normal en la vida de relación social– el que interesa tratar en este momento, sino aquel que va ligado al fenómeno representativo, pues, en efecto, si mediante la representación se admite que una persona pueda actuar y decidir en interés y por cuenta de otra de manera que las consecuencias jurídicas del acto o negocio realizado recaigan sobre el patrimonio del representado, en los casos en que el representante tenga facultades de disposición sobre otro u otros patrimonios –que pueden ser de terceras personas o, incluso, del propio representante- puede surgir, en el momento de tomar una decisión, un evidente conflicto entre los intereses de los distintos patrimonios que intervienen en la relación jurídica.

Dada la variedad de situaciones que abarca el fenómeno representativo, la doctrina no se muestra partidaria de formular un concepto general de conflicto de intereses que sea válido para todas ellas, destacando la necesidad de valorar y ponderar en todo momento las circunstancias del caso concreto. Con todo, puede señalarse que, en términos generales, el conflicto de intereses presupone la existencia de posturas, pretensiones o intereses antagónicos, de modo que la satisfacción o defensa de unos lleve aparejado un perjuicio o daño para los otros o, como señala gráficamente la jurisprudencia, la incompatibilidad de intereses entre las partes se pone al descubierto "siempre que el beneficio patrimonial de una sea en perjuicio del patrimonio de otra" (STS 30 noviembre 1961).

En cualquier caso, para una clara precisión del concepto de conflicto de intereses hay que tener en cuenta su carácter de límite ético y moral en el ámbito de la contratación, es decir, que si bien es cierto

(5) Diez Picazo, Luis: *La representación del Derecho privado*. Civitas. Madrid, 1979, p. 213.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que por razones de conveniencia social y económica puede admitirse "como forma lícita y simplificadora del comercio jurídico" (STS 5 noviembre 1956) que una sola persona –teniendo poder de disposición sobre distintos patrimonios– establezca relaciones jurídicas entre ellos, la condición para que tal actuación sea plenamente eficaz, es decir, para entender que el negocio celebrado queda válidamente constituido y produce efectos contractuales entre las partes, es que no exista un conflicto de intereses que "ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante" (STS 5 noviembre 1956).

Por ello, debe atenderse a la posible existencia del conflicto de intereses que se presenta en el momento de la conclusión del negocio y no con posterioridad. En este sentido Rodríguez Pinto (6), distingue entre la tutela preventiva y la tutela resarcitoria del conflicto de intereses, de modo que la tutela preventiva sería "el mecanismo jurídico que previene la perfecta formación del contrato o autocontrato en que ha participado un representante en conflicto de intereses con su parte o partes representadas", de tal manera que aunque el contrato se forma, "su eficacia está sujeta a claudicación; puede devenir ineficaz para la parte representada, a instancia suya; o para aquel o aquellos terceros cuyos intereses está siendo protegidos por la tutela legal", siendo tal tutela preventiva la forma mediante la cual "el dominus o representado puede desvincularse del negocio de manera fácil y cómoda, sin ser obligado a demostrar que el contrato le ha ocasionado daños efectivos". La idea esencial es, como dice la autora indicada, que "el conflicto de intereses supone el riesgo de un daño, pero no su realización efectiva. Amparado por este solo riesgo, el principal puede desvincularse de los efectos del contrato o autocontrato" pero "para ello no está obligado a demostrar una lesión efectiva". En cambio, "la tutela resarcitoria del conflicto de intereses supone siempre la existencia y demostración de un daño o lesión por parte de la víctima" y, por ello, sólo "se pone en funcionamiento cuando la gestión representativa (el contrato o autocontrato celebrado ilegítimamente por un representante en situación de conflicto de intereses) ha causado un daño efectivo y la víctima no puede obtener satisfacción a través del efecto restitutorio de la anulabilidad declarada".

(6) Rodríguez Pinto, María Sara: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho Privado español*. Madrid, 2005, pp. 29-44

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Se trata, por tanto, de impedir que, en el momento de la conclusión del contrato, el representante pueda comprometer diversos patrimonios entre los cuales puede existir conflicto, y a este aspecto se refiere la DGRN cuando señala –en un caso de representación orgánica del que se ocupó la resolución de 28 de junio de 2013– que " se trata así de evitar que el administrador, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de la sociedad y el suyo propio o los de aquélla y el tercero cuya representación ostente, objetivo legal éste del que existen otras manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2.°, 221 y 1459, números 1.° al 4.°, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio...)".

Por las mismas razones, es necesario distinguir entre el propio conflicto de intereses y el abuso de representación. En efecto, como señala Díaz de Entre-Sotos (7), "el conflicto de intereses, en cuanto indica posiciones de contraste, se resuelve en una situación detectable aun antes del ejercicio del poder de representación", mientras que, por el contrario, "el abuso de representación, al ser una desviación del ejercicio del poder, consiste en una vicisitud, en un accidente y será sólo individualizable después del ejercicio del poder de representación." La importancia de la distinción es que, en caso de conflicto, se concede relevancia a una mera situación (intereses contrapuestos), mientras que, en el caso de abuso, se atiende a una actividad (ejercicio abusivo del poder).

Díaz de Entre-Sotos, siguiendo a algún sector de la doctrina italiana, considera que, únicamente en el ámbito de la representación voluntaria, sería aconsejable seguir la tesis según la cual debe atenderse, para apreciar el conflicto, a la existencia de un daño concreto producido por el representante en virtud de un ejercicio anormal o abusivo del poder de representación. En efecto, para dicha autora, debería mantenerse un distinto planteamiento de la cuestión, según se trate de representación legal o voluntaria, de modo que, respecto de la primera, la simple existencia de un conflicto virtual entre representante y representado, es decir, la mera existencia de intereses contrapuestos entre ambos es suficiente, por sí sola, para que se suspenda la legitimación del representante legal, pues la fi-

(7) Diaz de Entre-Sotos Forns, María. *El autocontrato*. Tecnos. Madrid 1990, pp. 111 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

nalidad de dicha representación es la salvaguardia de los intereses de personas que no pueden actuar por sí solas y, además, el representante legal es el único posible autor del negocio; en la representación voluntaria, en cambio, el criterio debe ser distinto, debiendo atenderse al concreto daño producido por el representado por un anormal ejercicio del poder de representación. Tal tesis, aparte de ser favorable a la libertad de contratación y a la agilidad del tráfico -según dicha autora-, presentaría la ventaja de evitar al *dominus* la prueba del ejercicio abusivo, pues, constatado el daño, sería el representante quien debería probar que no deriva de una desviación en el ejercicio del poder de representación. Pero, como señala Rodríguez Pinto (8), tal postura no dispensa al principal de probar el perjuicio, asunto del que sí se vería libre si se considera que existe conflicto de intereses en caso de mero riesgo de perjuicio o lesión, pero no daño efectivo.

Todavía, dentro de esta línea de pensamiento, se puede hacer –como señala Díaz de Entre-Sotos (9)– una distinción: "a) Aquellos que mantienen que basta con la posibilidad de que se origine un conflicto para que entren en juego las consecuencias sancionadoras e impeditivas de la autocontratación," es decir, basta con un riesgo potencial de perjuicio**.** Y "b) Aquellos que consideran necesario que exista un conflicto actual, real y presente para que se apliquen estas consecuencias", es decir, que teniendo en cuenta los elementos y circunstancias que concurren en el momento de la celebración del negocio, existe un riesgo real y presente de un perjuicio.

La doctrina y jurisprudencia españolas, adoptan mayoritariamente la tesis, según la cual, debe atenderse a la mera situación o riesgo potencial de conflicto o intereses contrapuestos en el momento de la conclusión del negocio, sin hacer especiales distinciones según el tipo de representación.

(8) Rodríguez Pinto, María Sara: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho Privado español*. Madrid, 2005, p. 85.

(9) Díaz de Entre-Sotos Forns, María: *El autocontrato*. Tecnos. Madrid 1990, p. 114.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

3. Exclusión del conflicto de intereses

La determinación de la existencia o inexistencia de conflicto de intereses, exige un análisis concreto de los distintos actos y negocios jurídicos, pudiéndose formular ciertas reglas en función de la naturaleza y contenido del acto o negocio.

Como indicamos anteriormente, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas, admiten la plena eficacia de la figura del autocontrato si por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, queda manifiestamente excluido el conflicto de intereses. De esta manera, aunque siempre es necesario un análisis concreto de cada uno de los casos, se han señalado por la doctrina diversos supuestos en los cuales, atendiendo al aspecto objetivo de la naturaleza del acto o negocio celebrado, puede entenderse que normalmente no se producirá un conflicto.

A los efectos de una más clara exposición de la materia, podemos distinguir entre actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos, tanto unilaterales como bilaterales, con referencia especial a la representación orgánica, aunque precisando, respecto de esta última, que el conflicto de intereses de que nos ocupamos aquí no es el "intrasocietario", es decir, aquél que se refiere a los deberes de los administradores en cuanto a una diligente administración y una defensa leal de los intereses de la sociedad, que les obliga a comunicar cualquier situación de conflicto directo o indirecto que pudieran tener con el interés social, absteniéndose de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera (art. 229 LSC), sino al "extrasocietario", es decir, al que se pone de relieve cuando el administrador, como órgano de representación de la sociedad, lleva a cabo un contrato o negocio jurídico en el que participa también en nombre propio o representando a un tercero o a otra sociedad.

A) Declaraciones de conocimiento o ciencia

Tratándose de declaraciones de conocimiento o ciencia, es decir, aquellas cuyo contenido no es una manifestación de voluntad dirigida a crear una relación negocial cuyos efectos se determinan *ex voluntate* y dan lugar a un precepto para las partes (*lex privata*), sino que consisten en una mera constatación o afirmación referida a

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

hechos del pasado o del presente, cuyos efectos se determinan por la ley (*ex lege)*, no puede hablarse de la existencia de un autocontrato, pues tales declaraciones constituyen meros actos jurídicos, pero no contratos ni negocios. En este sentido, la STS 9 junio 1997 señaló que "para poder hablar de autocontratación es preciso que exista un negocio o acto jurídico de naturaleza bilateral, lo que aquí es más que discutible, por tratarse de una declaración unilateral que se limita a constatar un hecho, la no construcción del hotel, lo que está acreditado".

Ahora bien, ello no quiere decir que no pueda darse en tales casos un conflicto de intereses, pues, en la medida en que dichos actos producen efectos jurídicos, su realización puede dar lugar a tal conflicto. En este sentido, la última afirmación de la sentencia indicada parece la clave para el tratamiento jurídico de tales supuestos, pues teniendo las declaraciones de conocimiento o ciencia un carácter probatorio, si el hecho que se afirma queda objetivamente acreditado no habrá problema especial, pero si las declaraciones constituyen ellas mismas el medio de prueba, habrá que atender al posible conflicto de intereses.

En efecto, la STS citada, admitió que el representante de una sociedad aceptara y ratificara la declaración que él mismo, como representante de otra sociedad, había formulado anteriormente, relativa al cumplimiento de una condición resolutoria que constaba inscrita en el Registro de la Propiedad, pues aunque se daba el supuesto de doble representación, se trataba de la mera constatación de un hecho objetivamente probado, por lo que, no se apreciaba conflicto alguno. En cambio, en los supuestos de confesión, en los que la declaración constituye el medio probatorio, no queda excluido el conflicto, pues tal declaración produce efectos jurídicos que pueden beneficiar a un patrimonio en detrimento de otro. La RDGRN de 11 de abril de 2000, recordaba tal aspecto al señalar, con relación a una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, que la carta de pago implica una confesión que hace prueba contra su autor (1232 CC) y produce, por sí sola y a pesar de su carácter unilateral, efectos a favor de terceros que sólo pueden desvirtuarse bien con el consentimiento del favorecido, o bien mediante la oportuna resolución judicial que confirme el error de hecho en que se incurrió al hacerlo (de conformidad con el art. 1234 CC).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

B) Negocios jurídicos unilaterales

La figura del negocio jurídico unilateral no tiene una clara configuración en nuestra doctrina, pues, frecuentemente, se confunden lo que deberían ser propios negocios unilaterales, es decir, aquellos supuestos en que por medio de una única declaración de voluntad –o, si se quiere, por medio de la declaración de voluntad de una única parte– se configura una relación jurídica y se determinan sus elementos esenciales, de los variadísimos actos unilaterales que las partes pueden realizar como consecuencia de una relación jurídica preexistente, que tienen mas bien la naturaleza de facultades o derechos potestativos. La clave para su distinción es que, mientras que en los primeros los efectos se determinan por la voluntad y ello lleva a una admisión de principio de su revocabilidad –salvo casos de protección de terceros–, en los actos unilaterales sus efectos se determinan por la ley y, por ello, son generalmente irrevocables.

En cualquier caso, al no existir en nuestro Derecho una regla sobre la validez genérica de la declaración unilateral como fuente productora de relaciones jurídicas, a diferencia de lo que ocurre con el contrato, los supuestos de negocios unilaterales son todos "típicos", es decir, se sigue un sistema de *numerus clausus* de modo que deben estar reconocidos y regulados por la ley, pues, en efecto, si la regla general es que todo afectado por una reglamentación jurídico-negocial debe haber cooperado en ella, la reglamentación unilateral, en cuanto supone una intromisión en la esfera ajena, sólo será posible si existe una legitimación o habilitación legal para efectuarla, es decir, si existe una ley que lo permita.

En el ámbito del Derecho patrimonial, los negocios unilaterales se refieren generalmente a casos en que se admite la constitución de derechos de índole patrimonial a favor de otra persona, con el contenido y alcance que determine el constituyente, aunque también se incluyen ciertos casos de renuncia.

— a) El caso típico de negocio unilateral es el de la concesión de **poder**, en el que cabe preguntarse si es posible la existencia de un conflicto de intereses en el mero otorgamiento de un poder a favor de un tercero.

En principio, el carácter unilateral del apoderamiento y su ausencia de contenido patrimonial actual, convencen de la solución negativa, pues el poder es un negocio jurídico unilateral mediante

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el cual se concede a otro la facultad de obrar negocialmente en nombre del mandante, pero no implica, por sí mismo, la existencia de una relación jurídica con efectos inmediatos en el patrimonio de dicho mandante.

No obstante, el Tribunal Supremo ya llamó la atención, en supuestos de representación voluntaria, sobre la posibilidad de aplicar los principios del conflicto de intereses en la autocontratación a aquellos casos de persona interpuesta relacionada con el representante, y, por ello, la STS 21 febrero 1968 consideró que si el representante de una de las partes designa un apoderado para que actúe en nombre de ella, dada la relación de confianza que todo mandato implica, puede entenderse que el apoderado interviene como un mero sustituto del representante, existiendo conflicto de intereses si el contrato que se celebra en ejercicio del poder lo es con el citado representante.

La DGRN en resolución de 21 mayo 1993 aplicó tal doctrina en un caso de representación orgánica, en el cual, una misma persona era apoderado de los vendedores y, a la vez, administrador de la sociedad compradora, estimando que había conflicto de intereses en la venta de los bienes, aunque en la escritura de compra intervino en representación de la sociedad un apoderado designado como tal por el administrador en escritura autorizada por el mismo notario con el número anterior de protocolo. La DGRN consideró que el poder conferido dependía de la voluntad del administrador, como tal, en su origen, mantenimiento y ejercicio, por lo cual, podía concluirse que el acto resultante aparecía decidido, respecto de una y otra parte contratante, por una misma persona. (10)

En estas mismas ideas se basa la RDGRN de 2 diciembre de 1998, en la que dos Consejeros delegados mancomunados de dos sociedades distintas, nombran sendos apoderados en dos escrituras de poder y, en el mismo día, se otorga por estos últimos la escritura de venta de una finca de una sociedad a la otra. La DGRN señala la existencia de conflicto de intereses pues "los poderes utilizados de-

(10) La atención al caso concreto y la sospecha de actuación por persona interpuesta aparecen como esenciales en esta resolución, pues cabe pensar cuál habría sido la decisión de la DG si el apoderado designado no lo hubiera sido el mismo día y en el número anterior de protocolo, sino en escritura autorizada meses o años antes.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

penden de la voluntad de ese común representante orgánico, así en su origen (el representante es el que elige las personas que han de actuar por las sociedades afectadas en la negociación de los bienes en cuestión), en su mantenimiento (el común representante puede en cualquier momento revocar los poderes otorgados) y en su ejercicio (los apoderados han de arreglarse a las instrucciones que les de el común representante), todo lo cual determina que el acto resultante aparece decidido por unas mismas personas".

Ahora bien, la doctrina que resulta de esta última resolución es discutible y supone una ampliación no muy fundamentada de las ideas del Tribunal Supremo sobre el concepto de persona interpuesta, pues las cuestiones derivadas del conflicto de intereses en el autocontrato, presuponen que una sola persona tiene facultades de disposición sobre dos patrimonios independientes y, como argumentaba el notario, en el caso debatido al tratarse de consejeros mancomunados, fue la voluntad de dos personas la que determinó la concesión de los poderes e intervino en el otorgamiento de la venta. En efecto, la tutela preventiva en la formación del contrato que supone la aplicación de las ideas del conflicto de intereses o, si se quiere, la desconfianza por razones de justicia hacia la autocontratación, tienen sentido cuando existe un único autocontratante respecto del cual se puede dudar de su imparcialidad o rectitud, pero si existen varias voluntades que intervienen en la formación de un contrato, por mucho que sean las mismas voluntades las que decidan de mancomún por ambas partes, no existen términos hábiles en nuestro Derecho para aplicar a tales supuestos los principios del autocontrato. Se podrá pensar que existe una actuación fraudulenta de los consejeros (11) que se han confabulado para perjudicar a una sociedad, (12) pero ello requerirá la prueba de tal actuación y supondrá, en su caso, la anulación posterior del contrato celebrado fraudulentamente, pero no parece posible hablar de una tacha ini-

(11) A lo que alude en términos excesivos, a mi juicio, la citada resolución.

(12) Lo que podría ocurrir también en el caso "regular" en el que las dos mismas personas fueran, cada una de ellas, administrador único de cada una de las sociedades que intervienen en la venta, y se hubieran puesto de acuerdo en perjudicar los intereses de una de las sociedades, supuesto en el cual, aunque el acto resultante habría sido decidido por las dos personas de mancomún, no se daría el conflicto de intereses.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cial en la formación de dicho contrato por haber incurrido en conflicto de intereses.

Así pues, en conclusión, aunque en el ámbito de los poderes no pueda hablarse de la existencia de un propio conflicto de intereses en su concesión, sí que habrá que tener en cuenta que si un representante orgánico designa un apoderado para la celebración de un contrato en el que el propio representante-poderdante actúa en nombre de otra persona (física o jurídica), deberán aplicarse los principios de tutela preventiva en la formación del contrato y considerar la existencia de conflicto de intereses, siempre que pueda entenderse que la designación de apoderado implica, en el fondo, la mera actuación por persona interpuesta.

— b) También conoce nuestro Ordenamiento jurídico negocios unilaterales de **constitución de derechos** a favor de terceros. Entre ellos podemos destacar los **negocios de garantía.**

Así ocurre con la fianza que, aunque normalmente se constituye mediante contrato –ya sea entre todas las partes o como consecuencia de un contrato a favor de tercero-, puede llevarse a cabo por medio de una declaración unilateral del fiador. Tal declaración puede tener su causa en el cumplimiento de un deber, ya sea impuesto por disposición de la ley o por providencia judicial (art. 1854 CC), o bien derivar de la mera voluntad del fiador. (13) La diferencia en tales casos estará en que en el supuesto de fianza debida, su constitución por negocio unilateral será formal e irrevocable y el acreedor no podrá oponerse a la prestada por quien reúna los requisitos del art. 1828 CC (capacidad para obligarse y bienes suficientes); mientras que en la fianza voluntaria constituida unilateralmente, el fiador podrá determinar la cantidad, tiempo y condiciones de la misma (art. 1826 CC), es decir, configurar unilateralmente la relación jurídica, siendo en principio revocable hasta la aceptación por el acreedor.

Lo mismo puede indicarse en cuanto a la hipoteca unilateral, que suele considerarse como un negocio dispositivo unilateral median-

(13) Incluso, como señala Lacruz, "la obligación fideiusoria puede constituirse también directamente por disposición testamentaria, lo que supone otro caso en que no es el contrato fuente de la fianza, sino una declaración unilateral." Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, volumen 3.º. Barcelona, 1986, p. 515.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

te el cual, conforme a las ideas de Roca Sastre, la hipoteca queda constituida por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada y es inscribible por su trascendencia real inmobiliaria, aunque sólo se adquiere por la persona a cuyo favor se estableció cuando recaiga su aceptación. Conforme a las reglas generales de un negocio unilateral, la constitución de hipoteca es revocable, aunque como la inscripción de la hipoteca supone una reserva de rango y afecta a los terceros por el carácter retroactivo de la aceptación, el art. 141 de la Ley Hipotecaria, establece determinados requisitos (transcurso de dos meses) y formalidades (requerimiento al acreedor) para su cancelación.

Con todo, a pesar de tratarse de negocios unilaterales y revocables en principio, dado que mediante ellos se constituyen derechos personales o reales en beneficio de terceros, que pueden implicar un perjuicio patrimonial para el constituyente, y aunque no se trate de propios supuestos de autocontrato, parece fuera de toda duda la aplicación a estos casos de los principios establecidos para el conflicto de intereses en casos de autocontratación. Ahora bien, siempre hay que tener en cuenta la protección de los derechos de los terceros, de modo que, como señala Rodríguez Pinto, (14) "es posible observar que hay conflicto de intereses en la actuación de un agente o representante que constituye hipoteca sobre bienes del principal en garantía de obligaciones personales suyas o de un tercero por cuya cuenta también actúa. Sin embargo, esta alegación no puede hacerse valer en juicio contra el tercero a cuyo favor se establece la garantía. El posible conocimiento o ignorancia que éste haya podido tener del conflicto de intereses que afectaba al agente no es un elemento que legitime esta alegación".

— c) Otros casos de negocios unilaterales son aquellos que contienen **una promesa de pago.**

En términos generales, la promesa unilateral engendra sólo una situación de vinculación del promitente que tiene un carácter esencialmente revocable, pues la relación obligatoria sólo queda propiamente constituida en el momento en que es aceptada (15).

(14) Rodríguez Pinto, María Sara: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho Privado español*. Madrid, 2005, pp. 139 y 140.

(15) No existe en nuestro Derecho una norma semejante al § 657 del

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No obstante, las necesidades del tráfico mercantil, dieron lugar –como hemos indicado al comienzo de este trabajo– a la alteración de ciertas reglas de Derecho Civil con la finalidad de favorecer el intercambio de bienes, y una de dichas especialidades ha consistido en la incorporación de derechos y, especialmente, de promesas de pago, a un documento o título como medio de facilitar su circulación. Así ocurre en el caso de las declaraciones cambiarias, las cuales constituyen verdaderos negocios jurídicos unilaterales, (16) cuya obligatoriedad viene impuesta por la ley desde el momento en que se incorporan al título y sin necesidad de aceptación por el posible beneficiario (art. 33 LCCh), y es independiente de la causa de su creación, dando lugar a una obligación abstracta (arts. 20 y 67 LCCh) .

En estos casos, la tendencia jurisprudencial es no considerar el posible conflicto de intereses como una causa de ineficacia de tales declaraciones. Así, en el caso de la STS de 30 septiembre de 1968, una misma persona libra una letra de cambio en propio nombre, la acepta como representante de una sociedad y la avala como administrador de una tercera; o en el supuesto de la STS 29 octubre de 1991 un administrador de una sociedad obligada cambiariamente, avala dicha obligación actuando como administrador de otra sociedad. En ambos supuestos, el TS no aprecia la existencia de conflicto de intereses, señalando Rodríguez Pinto, (17) que "la *ratio decidendi* que podría sustentar esta doctrina es la naturaleza de los negocios cambiarios como declaraciones unilaterales de carácter recepticio,

BGB alemán que considera obligatoria y, por tanto, irrevocable en principio, la promesa unilateral de recompensa, pero hay que reconocer que lo hace sólo en el caso en que se haya dado a la misma la debida publicidad, con lo cual, no se trata de un reconocimiento genérico de la posibilidad de configurar la promesa unilateral como fuente de obligaciones, sino más bien de un supuesto de seguridad del tráfico jurídico, mediante la protección de la confianza de buena fe en la situación aparente generada por el promitente.

(16) Aunque algunos autores las consideran como actos jurídicos por sus efectos *ex lege,* parece más lógico considerarlas verdaderos negocios, pues el promitente tiene la libertad de configurar voluntariamente el contenido de su obligación, determinando el beneficiario, la cantidad, el vencimiento, el lugar del pago etc, aunque, una vez configurada, la eficacia de la obligación se impone en los términos que establece la ley.

(17) Rodríguez Pinto, María Sara: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho Privado español*. Madrid, 2005, p. 144

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

accesorias a una obligación principal", pero, en mi opinión, la razón esencial es que, al haberse configurado tales obligaciones como abstractas en beneficio del tráfico, decae el fundamento protector que es inherente a la doctrina del conflicto de intereses, pues, en efecto, ésta se dirige –como la causa– a procurar un control ético en los negocios jurídicos y, en particular, a procurar que la constitución de dichos negocios se realice conforme a principios de justicia y equilibrio de intereses, pero si éste aspecto (seguridad jurídica) cede en favor de la idea de asegurar la eficacia de los contratos frente a terceros (seguridad del tráfico jurídico), de modo que basta el cumplimiento de ciertas formalidades en la emisión de la declaración cambiaria y su incorporación a un título, para que tenga carácter obligatorio, y la obligación así creada se desenvuelve en el tráfico con carácter abstracto y autónomo, la revisión de si en el negocio constitutivo se respetaron o no ciertos principios éticos carece de sentido. Por ello, como resalta la autora citada, "cuando el pleito es entre partes de la relación de base, en supuestos que indican que las cambiales no se libraron para circular o de hecho no circularon, el criterio judicial cambia".

— d) Finalmente, la doctrina también ha considerado como negocios unilaterales los casos de **renuncia de derechos,** aunque en este punto, no obstante, parece necesario realizar ciertas distinciones a los efectos de apreciar la posible existencia de conflicto de intereses.

— En primer lugar, habrá que distinguir aquellos supuestos en que se trate de la renuncia a un derecho o a una facultad derivados de una relación negocial previamente constituida por las partes.

En estos casos, ya se trate de la renuncia al propio crédito mediante su condonación, o de la renuncia a una facultad establecida en la relación crediticia como, por ejemplo, a la facultad de ejercitar una condición resolutoria por falta de pago, existirá claramente un favorecido por la renuncia, que es la contraparte en la relación contractual de que se trate, y, por tanto, puede surgir un conflicto de intereses si el representante orgánico actúa en nombre de ambas partes contratantes. Téngase en cuenta, además, que el art. 1187 del CC, en cuanto a la condonación de la deuda, exige "las formas de la donación", sin duda por considerar que el acto de disposición

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del crédito a título gratuito, más que por medio de un negocio unilateral, debe realizarse en forma contractual, es decir, mediando la aceptación del favorecido.

— Distinto será, en cambio, el caso en que la renuncia tenga por objeto bien un derecho real que, sea cuál sea su origen, existe y se ejercita con independencia de una relación crediticia, o bien un derecho que la ley conceda en una determinada situación jurídica, asimismo con independencia de lo pactado por las partes, pues en estos supuestos parece que el conflicto sólo puede existir propiamente si no se trata de una renuncia puramente abdicativa, sino de una renuncia en la que el renunciante, caso de estar facultado para ello por la ley, determina un destino especial del derecho renunciado.

En efecto, mientras que en el caso de renuncia de derechos insertos en una relación crediticia existe un favorecido de la renuncia por definición, que es el co-contratante, en los casos de renuncia de derechos reales o de derechos concedidos por la ley sólo se dará tal circunstancia si el renunciante lo hace a favor de alguien o si la renuncia tiene una repercusión directa en un concreto patrimonio, pero no parece que pueda apreciarse el conflicto si se trata de una renuncia pura y simple de modo que el derecho tenga el destino señalado por la ley, aunque siempre habrá que estar a las circunstancias del caso concreto.

Así, por ejemplo, no parece que pueda haber conflicto en el caso de renuncia unilateral, irrevocable y gratuita, al dominio de una finca determinada efectuada por su propietario en escritura pública, que, conforme a la RDGRN de 10 de enero de 2003, se considera inscribible al amparo del art. 2.1 de la Ley Hipotecaria, sin prejuzgar si la renuncia del dominio produce por sí sola la pérdida de dicho derecho para el renunciante (cfr. artículo 6 de la Ley Hipotecaria), y si, en caso afirmativo, el dominio renunciado es adquirido automáticamente por el Estado (cfr. artículo 19-1 y 21 de la Ley de Patrimonio del Estado). Pero, en cambio, en el caso de renuncia pura y simple a un derecho establecido por la ley, como es el derecho de suscripción preferente, al tener ello una repercusión concreta en un patrimonio –pues puede suponer un cambio en la proporción en que los socios participan en el capital– la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de noviembre de 2003, consideró que se trataba de un acto de disposi-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ción a título gratuito constitutivo de la figura de la autocontratación, pues el agente, en un caso de doble representación, realiza la liberalidad en beneficio de un representado sin consentimiento expreso de la otra entidad representada por él.

C) Negocios jurídicos bilaterales

Desde luego, el campo propio de actuación del conflicto de intereses, es el de los negocios bilaterales en los que siempre existe el riesgo de que el enriquecimiento de una parte suponga el empobrecimiento patrimonial de la otra. En este apartado, por tanto, a diferencia de los negocios unilaterales, no se parte de una regla general de ausencia de conflicto para apreciar aquellos casos en que de modo concreto puede existir el mismo, sino que, al contrario, la regla general es la existencia de conflicto y las excepciones habrá que determinarlas en función de la naturaleza o contenido del contrato.

A este respecto, la doctrina señala algunos tipos de contratos en los que puede entenderse excluido el conflicto:

— a) Actos de liberalidad

Algunos autores consideran, en el caso de administradores sociales, que la realización por ellos de actos a título gratuito no es posible, pues se trata de actos contrarios al objeto social al estar en contradicción con el fin de obtención de lucro de la sociedad. No obstante, parece más acertado el criterio de Sánchez Calero, para el cual, (18) "tales actos de liberalidad pueden estar en conexión con el objeto social, cuando con ellos se pretende aumentar el prestigio de la sociedad o incrementar la aceptación social de la actividad que desarrolla, como sucede cuando se fomenta la constitución de fundaciones culturales, el patrocinio de determinados actos, la financiación de manifestaciones deportivas, etc."

Presupuesta, por tanto, su posibilidad teórica, el conflicto sólo existirá cuando el representante orgánico lo sea también de la persona que realiza el acto gratuito, pues, como señala Díaz de Entre-Sotos (19) "obviamente hay que atender a la dirección que tenga

(18) Sánchez Calero, Fernando: *Los administradores en las sociedades de capital*. Thomson-Civitas. Madrid, 2007, p. 254

(19) Díaz de Entre-Sotos Forns, María: *El autocontrato*. Tecnos. Madrid 1990, p. 147.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la donación; al suponer ésta un enriquecimiento para el donatario frente a un empobrecimiento para el donante, es evidente que sólo quedará eliminado el conflicto de intereses en el caso de que el representado sea la persona a la que se hace la donación, es decir, el donatario, y no al contrario."

— b) Negocios con intereses coincidentes

Aunque la posibilidad de conflicto tiene su campo natural de actuación en los negocios de naturaleza onerosa con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, ya indicamos con anterioridad que aunque se trate de negocios que presupongan la existencia, en principio, de intereses coincidentes, de manera que las declaraciones de voluntad de las partes van todas en la misma dirección, no por eso queda excluida la posibilidad de que pueda surgir el conflicto de intereses, ya que las posiciones jurídicas de cada parte en el negocio de que se trate pueden quedar configuradas de modo heterogéneo.

Este es el caso de los **negocios asociativos o constitutivos,** respecto de los cuales puede indicarse:

— En primer lugar, que dichos negocios parten de la existencia de un interés común, por lo cual, el conflicto de intereses será en ellos la excepción y no la regla general. Como señala Olaizola (20) "en el contrato de sociedad, el contraste o conflicto de intereses no resulta axiomáticamente de la estructura del mismo. Los fundadores no tienen por qué ser necesariamente detentadores de unos personales intereses contrapuestos que se yuxtapongan a su interés común en la obtención de una ganancia o beneficio partible".

— No obstante, la RDGRN 14 de mayo de 1998, ya señaló que "aun cuando en los contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas, no por ello queda excluida aquella posibilidad", y en tal sentido, dicha resolución distinguía entre aquél contenido negocial que tiene carácter de pacto contractual irrevocable, en el cual es posible apreciar la existencia de un riesgo

(20) Olaizola Martínez, Fernando: *El autocontrato en la constitución de sociedades mercantiles: una reconsideración de la jurisprudencia registral*. Revista Jurídica del Notariado, número 61, p. 227.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

para el representado, de aquel otro contenido, como el nombramiento de administrador y la fijación de los estatutos, que tiene alcance organizativo y "queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos de la Junta general", en el que no parece existir tal riesgo.

Con todo, lo esencial es que en la constitución social queden fijados para los socios derechos políticos o económicos de modo distinto entre ellos, o de modo no proporcional a su participación en la sociedad, y aunque ello ocurrirá normalmente en el ámbito del propio negocio constitutivo (valoración de aportaciones no dinerarias, ventajas para los fundadores), también puede constituir contenido estatutario [acciones o participaciones con derechos especiales, determinaciones en cuanto al derecho de voto, retribución de prestaciones accesorias, etc. (21)]

— c) Negocios con contenido predeterminado

Finalmente, como señala la doctrina, si el margen de actuación del representante queda prácticamente excluido, como ocurre en los contratos con contenido predeterminado, no parece posible hablar de la existencia de un propio conflicto, pues no habrá riesgo de que el representado quede en una situación desventajosa.

Diaz de Entre-Sotos (22) pone como ejemplos "los llamados contratos normados, que son aquellos en los que el Estado asume la tarea de dotar de un contenido imperativo e irrenunciable (por razones de política social o de política económica)," y "los contratos en masa o contratos tipo, que responden a la evolución económica y social que ha conducido al fenómeno de la gran empresa y a la ampliación del número de personas que aspiran a disfrutar de los bienes de consumo y servicio de las grandes empresas", ya que en este tipo de contratos al venir el contenido previamente determinado por el empresario, "el cliente tiene que limitarse a aceptar o rechazar este contrato, pero no puede añadir ninguna cláusula, ni modificar las ya establecidas".

(21) Para un estudio pormenorizado de los supuestos de conflicto, puede consultarse el citado artículo de Olaizola "El autocontrato en la constitución de sociedades mercantiles: una reconsideración de la jurisprudencia registral". RJDN número 61, pp. 221 y ss.

(22) Diaz de Entre-Sotos Forns, María: *El autocontrato*. Tecnos. Madrid 1990, pp. 153 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Pero lo que más ha preocupado a la doctrina, no son estos casos en que el contenido del contrato viene predeterminado por la ley o por un tercero, sino la posible ausencia de conflicto cuando la determinación se realiza por el propio representado. Es decir, se trata de saber en qué medida debe excluirse o limitarse la discrecionalidad del mandatario para que quede eliminado el riesgo de conflicto de intereses.

La RDGRN de 14 de mayo de 1998, antes citada, consideró suficiente que el representado haya realizado la previa concreción de su posición jurídica en el negocio o, al menos, haya determinado aquellos elementos del mismo en los que pudiera darse el conflicto de intereses, por ello entendió que quedaba excluido dicho conflicto en la constitución de una sociedad, en un caso en que "la parte representada otorgó poder especial para serlo en la constitución de una concreta sociedad, con fijación de su capital, las participaciones en que habría de estar dividido y las que la representada habría de asumir, señalando igualmente cuál habría de ser su desembolso y el medio de realizarlo, extremos todos ellos a los que se atuvo en su actuación el apoderado."

La jurisprudencia del TS, en cambio, más que en la cuestión teórica de determinar si la previa fijación del contenido del contrato por el representado debe eliminar totalmente la discrecionalidad del representante –convertido así en un mero *nuntius–,* o debe restringirla de tal manera que quede eliminado el riesgo de conflicto o perjuicio para el representado, atiende al aspecto práctico de analizar si, en el caso concreto, puede entenderse o no que el mandante había consentido previamente la celebración del contrato de que se trate. Es decir, se trata de saber si existe autocontratación válida por licencia o autorización previas, más que por ausencia de conflicto en virtud del contenido del contrato.

Así parece que deben entenderse pronunciamientos como los de las sentencias de 19 de febrero de 2001 y 29 de noviembre de 2001, de tal modo que en la primera, aunque el apoderado de una sociedad actuaba con una discrecionalidad restringida –pues su trabajo consistía en cumplimentar los datos personales de los compradores y concretar las parcelas adquiridas, quedando excluida toda capacidad de decisión en cuanto a las condiciones de venta–, como la venta de dos parcelas se hizo a favor de la esposa del apoderado, casada con él en régimen de gananciales, el TS aprecia conflicto de intereses y estima insuficiente la autorización genérica del esposo

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

para la venta de las parcelas de las urbanizaciones, estimando que era exigible "una específica y expresa autorización para la venta a su esposa". En cambio, en la segunda sentencia, como el representante hace uso de un poder que especifica claramente las fincas objeto de venta y contiene la manifestación del poderdante de que "ya tiene recibido el precio con anterioridad" y, además, se configura como "irrevocable, por su carácter de paccionado", el TS entiende que se trata de un caso de autocontratación válida pues se da la "previa licencia" del representado.

4. Tratamiento jurídico de los contratos con conflicto de intereses: su ineficacia

Caso de existir conflicto, nuestro Ordenamiento prohíbe o excluye en ciertos casos la actuación del representante –sobre todo en el ámbito de la representación legal en que se designa un sustituto–, pero en el ámbito de la representación voluntaria y orgánica, la tendencia es considerar que dentro de las facultades representativas no se incluye la formación unipersonal de todas o algunas de las voluntades contractuales si media conflicto de intereses. La ineficacia del negocio así celebrado, aunque ello se discute en la doctrina, parece lógico tratarla como un supuesto de consentimiento insuficiente –no de consentimiento inexistente– pues aunque la voluntad del representado se ha manifestado, no ha quedado adecuada o suficientemente formada.

En el tratamiento jurídico de la ineficacia, hay una cierta tendencia a considerar exclusivamente las causas o circunstancias en virtud de las cuales un negocio se aparta de las previsiones legales y deviene, por ello, ineficaz.

De esta manera, si se trata de un negocio prohibido, en que las partes han traspasado los límites de la autonomía de la voluntad, o de un negocio incompleto, por carecer de un elemento esencial para su existencia, se habla de **nulidad** y así el art. 6.3 del CC señala que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, y el art. 1261 indica que "no hay contrato" sino cuando concurren los requisitos que dicho precepto establece: consentimiento, objeto y causa.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Este tipo de ineficacia se caracteriza por ser **automática o *ipso iure***, que se produce sin necesidad de intervención judicial, la cual, no obstante, será inevitable en ciertos casos para borrar la apariencia de validez del negocio, dando lugar a una sentencia meramente declarativa de la realidad jurídica existente, reconociéndose una legitimación general para ejercitar la correspondiente acción, de modo que la nulidad puede incluso apreciarse de oficio por los Tribunales; y, además, se trata de una **ineficacia insubsanable,** de forma que los particulares carecen de facultades para dar fuerza jurídica y subsanar tales negocios, salvo que una regla especial les autorice.

En cambio, si se trata de negocios en que concurren los requisitos legales pero en la prestación del consentimiento existe un vicio invalidante, se habla de **anulabilidad**, de modo que, como señala el art. 1301 CC, tales contratos pueden ser anulados siempre que adolezcan de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley. Las circunstancias invalidantes se refieren, en general, a dos supuestos: un consentimiento viciado (prestado por error, violencia, intimidación o dolo) o un consentimiento insuficiente (en los casos en que es necesario un consentimiento complementario para la plena eficacia del negocio).

Esta ineficacia es, a diferencia de la nulidad, **provocada**, considerándose que en estos casos es más adecuado "entregar la facultad del ejercicio de la acción al arbitrio de aquellos para cuya protección se ha establecido la sanción de nulidad", (23) y **subsanable,** pues dependiendo la tutela jurídica de su voluntad, es lógico considerar que los perjudicados puedan sanar el negocio.

Ahora bien, si el tratamiento de la ineficacia se hace sólo atendiendo a las causas o circunstancias en virtud de las cuales un negocio se aparta de las previsiones legales, pretendiendo una correlación automática entre dichas causas y la reacción del Ordenamiento jurídico, no sólo es imposible llegar a conclusiones firmes, sino que, sobre todo, no queda garantizada la adopción de una solución justa. Por ello, es preciso atender también a la naturaleza del negocio y a los intereses que las normas legales pretenden proteger.

(23) De Castro, Federico: *El negocio jurídico*. Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1971, p. 501.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

De esta manera, sólo se consideran propiamente nulos los negocios prohibidos, cuando la prohibición se establece para la defensa de un interés público, pero no cuando protege intereses privados; y, por otra parte, hay negocios en que la prestación de consentimiento tiene un carácter especial, de forma que la mera existencia de un vicio lo hace nulo, y así ocurre en el testamento, cuyo carácter unilateral y eficacia *mortis causa* no permiten aplicarle la disciplina de la anulabilidad, siendo nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude (art. 673 CC).

La aplicación de tales ideas al campo de los negocios celebrados por medio de representante –especialmente un representante orgánico-, en los cuales haya existido autocontratación con conflicto de intereses, lleva a las siguientes conclusiones:

1.ª Atendiendo a la **naturaleza del negocio, el supuesto es parecido a los negocios en que se ha prestado un consentimiento insuficiente** que, como hemos indicado, reciben el tratamiento de la anulabilidad.

En efecto, en los negocios bilaterales se produce el supuesto normal de una formación plural de las voluntades que intervienen en la relación jurídica, de modo que cada parte presta su consentimiento contractual y dada la eficacia general que se atribuye al contrato como fuente de obligaciones (art. 1089 CC), la ley establece una relación directa y sin solución de continuidad entre la formación y configuración del contrato y su eficacia, por ello, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y "desde entonces" obligan al cumplimiento de lo pactado (1258 CC).

En el caso del autocontrato, como vimos al examinar su naturaleza, se da un supuesto especial de formación unilateral o singular de todas o varias de las voluntades que intervienen en la relación –posible por virtud del juego del fenómeno representativo– en el que, de modo parecido a lo que ocurre en los negocios jurídicos unilaterales, la relación entre la formación del negocio y la atribución al mismo de propios efectos contractuales debe quedar interrumpida, produciéndose únicamente tal conexión –generando una *lex privata* que obliga a las partes y no puede revocarse unilateralmente– si se cumplen los requisitos que la ley establece, es decir, en nuestro caso, si no existe conflicto de intereses que pueda dar

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lugar al perjuicio patrimonial de una de las partes. La ausencia de conflicto es, pues, una suerte de requisito legal (*conditio iuris*) al que se condiciona la atribución de plena eficacia a esos supuestos de formación unilateral de las voluntades negociales, de modo que si existe conflicto, la ley quiere que se vuelva al supuesto normal de formación plural de las mismas, y éste es el sentido que tiene tanto la autorización previa como la ratificación posterior del mandante: se trata de que el consentimiento manifestado por el representante aparece en estos casos como insuficiente, y se hace necesaria la prestación de un consentimiento especial y en "forma segura" por parte del representado, de modo que quede garantizando que este último tiene la inequívoca voluntad de que el contrato tenga plena eficacia para él. El supuesto, entonces, es parecido a los casos de consentimiento insuficiente que se prevén en la regulación de la anulabilidad por el CC, tanto para el consentimiento que complementa la capacidad de menores o incapacitados, como el asentimiento del cónyuge en aquellos casos en que celebrado el contrato por uno de ellos, falta el consentimiento del otro siendo este último necesario.

Desde este punto de vista, pueden superarse las dificultades doctrinales en la subsunción del tratamiento jurídico de la autocontratación con conflicto de intereses dentro del sistema de anulabilidad establecido por los arts. 1301 y siguientes del CC, pues:

— Aunque, como dice De Castro, "la enumeración hecha en el artículo 1301 de las clases de defectos o vicios a los que se aplica el sistema de anulabilidad puede considerarse exhaustiva," (24) el propio autor admite que ello es así salvo los casos en que leyes especiales utilicen el sistema para otros supuestos, y así ocurre, por ejemplo, en el art. 42 de la Ley de Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio) que, para los supuestos de conflicto de intereses entre la cooperativa y sus órganos, exige el acuerdo de la Asamblea General, estableciendo que "los actos, contratos u operaciones realizados sin la mencionada autorización serán anulables, quedando a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros", y no se ve razón para no aplicar la misma doctrina a otros supuestos societarios.

(24) De Castro, Federico: *El negocio jurídico*. Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1971, p. 500.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

— Pero es que, además, los preceptos del CC sobre anulabilidad tienen un cierto valor ejemplar, en cuanto muestran el sistema general mediante el cual nuestro Derecho determina el tratamiento jurídico de los supuestos en que, existiendo un consentimiento viciado o insuficiente, se entrega la decisión sobre la eficacia del contrato a una persona cuyo interés se trata de proteger. De acuerdo con ello, como señala Rodríguez Pinto, (25) "la anulabilidad es un régimen de ineficacia negocial más apropiado porque cuenta con un estatuto claro en el ordenamiento. Procede aunque no haya lesión para los contratantes (art. 1300). Es suficiente la prueba del conflicto de intereses que afectaba al agente, hecho que se presume en todo contrato bilateral y oneroso que el administrador realiza consigo mismo o con personas vinculadas a él (...). Pueden acogerse a él sólo aquellos en cuyo beneficio se establece (ex art. 1311): nunca el administrador o la persona vinculada que contrató con él. Hay cuatro años para pedirla, plazo que debe contarse desde la fecha del acto o contrato o desde que se tuvo conocimiento de él (ex art. 1301). Declarada que sea, las partes deben restituirse recíprocamente lo que se hubieren dado por el contrato (art. 1303). El negocio puede, por último, confirmarse expresa o tácitamente por aquél que tiene derecho a invocarla (art. 1311)".

2.ª No parece posible, en cambio, hablar de un consentimiento inexistente y aplicar a estos supuestos la doctrina del *falsus procurator* que resulta del art.1259 CC, como alguna vez ha hecho la jurisprudencia y la DGRN, pues con independencia de las discusiones doctrinales en torno al tipo de ineficacia que afecta a los casos en que un negocio se celebre por persona que contrata a nombre de otra y carece de poder para ello –hablándose de verdadera nulidad por ser un negocio incompleto, al faltar el propio consentimiento de una de las partes, o de ineficacia relativa, para destacar la ausencia de efectos respecto del *dominus–,* lo cierto es que en el caso de representación orgánica, el consentimiento existe y se ha prestado por el legítimo representante de la persona jurídica, es decir, por persona legalmente autorizada para contratar a nombre de ella, por lo que no puede hablarse de nulidad –absoluta o relativa- por falta

(25) Rodríguez Pinto, María Sara: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho Privado español*. Madrid, 2005, pp. 369 y 370.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de consentimiento, sino que, como decíamos, parece más lógico tratar el supuesto como un caso de consentimiento insuficiente.

3.ª **Finalmente, atendiendo a los intereses que son objeto de protección**, parece adecuado entender que las normas reguladoras de los conflictos de intereses en el ámbito de la representación, en cuanto se refieren a la contratación privada en el marco de la autonomía de la voluntad, **protegen intereses privados y son normas generalmente dispositivas**.

Por ello –como señala Rodríguez Pinto–, incluso en el ámbito de la representación legal, en el cual hay un cierto interés público en la protección de menores e incapacitados, la concesión a estos interesados de una plena libertad para incorporar a su patrimonio el beneficio que el contrato o autocontrato del representante les pueda proporcionar, debe llevar a la conclusión de que se trata de normas destinadas a proteger un interés privado. Ello explica que las prohibiciones que establecen ciertas normas legales (arts. 221 y 1459 CC), no deban tratarse como las impuestas en interés público por normas imperativas, a las que se refiere el art. 6.3 CC, sino que tengan el carácter de normas dispositivas, recibiendo tales casos el tratamiento de la anulabilidad. Por ello, el negocio respectivo puede subsanarse mediante la intervención de un defensor judicial o con autorización del Juez, y hay una tendencia jurisprudencial a restringir la legitimación en el ejercicio de la correspondiente acción, de modo que –como señala la autora citada– la jurisprudencia "niega legitimación a persona distinta de los interesados (menores o incapacitados) para impetrar la declaración de nulidad de actuaciones representativas realizadas en conflicto de intereses (por todas, STS 5 noviembre 1956)".

5. Tratamiento jurídico de los contratos con conflicto de intereses y terceros

En cualquier caso, la tacha derivada de la existencia de conflicto de intereses, no es oponible nunca al tercero de buena fe (y a título oneroso) que ha sido parte en el contrato.

Como venimos señalando, la aplicación de las ideas del conflicto de intereses, persiguen garantizar una formación justa y adecuada

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de los negocios jurídicos. Responden a los principios generales de seguridad jurídica y justicia propios del Derecho civil, conforme a los cuales, debe procurarse que la formación de los negocios sea adecuada a las normas legales establecidas al efecto, y respete las ideas de justicia conmutativa y reciprocidad de intereses.

Ahora bien, junto a tales principios, nuestro Derecho acoge también como principio esencial la necesaria seguridad del tráfico jurídico, es decir, la necesidad de proteger a quien, fundado en la confianza razonable que suscita objetivamente una determinada situación, celebra de buena fe un negocio jurídico. Sin esa protección el tráfico sería imposible y, precisamente, toda una rama del Derecho –el Derecho mercantil– ha nacido sobre la base de dar preferencia y favorecer tales ideas de dinamismo jurídico a costa del aspecto estático relativo a la conclusión de los negocios y contratos.

Nuestra jurisprudencia parte de este principio básico, de modo que –como señala Rodríguez Pinto– (26) "frente a terceros supuestamente ignorantes de los conflictos de intereses que afectan al agente (terceros de buena fe), el representado queda obligado por la autocontratación de su representante. El deudor-representado no puede defenderse del tercero que le cobra alegando la autocontratación (lícita o no) de su representante".

En el ámbito de la representación orgánica, según vimos al examinar su ámbito material, la propia jurisprudencia comunitaria –STJCE de 16 de diciembre de 1997– confirma, al interpretar el artículo 9 de la Primera Directiva 68/151/CEE, que una sociedad no puede oponer frente a un tercero, con el que el administrador ha celebrado un negocio jurídico que obliga a aquélla, la falta de poderes de dicho administrador basada en un conflicto de intereses entre éste y la sociedad, cuando dicha falta de poderes no resulte de una disposición legal imperativa**,** siendo indiferente a este respecto que el tercero conociera el conflicto de intereses o que su existencia fuera evidente.

(26) Rodríguez Pinto, María Sara: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho Privado español*. Madrid, 2005, p. 154.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

6. La autorización del representado

6.1. La autorización del representado como consentimiento especial

En caso de conflicto, la ley parece imponer una forma específica al consentimiento contractual, de modo que no es suficiente la declaración del representante, sino que debe constar de modo expreso la declaración del representado en relación con el contenido del negocio.

Caso de existir conflicto de intereses, la validez de la autocontratación presupone la autorización del representado.

La doctrina, al delimitar el concepto genérico de autorización, alude a una declaración de voluntad unilateral y recepticia de una persona, que confiere a otra la facultad de obrar en la esfera jurídica de la primera, ya sea actuando en nombre e interés de ésta (concepción estricta) o actuando el autorizado en su propio nombre (concepción amplia que incluye la representación indirecta), (27) es decir, se trata de una declaración de voluntad que excluye la antijuridicidad y legitima la actuación del autorizado.

Ahora bien, en el ámbito de la autocontratación, la autorización del representado no tiene un sentido tan general, sino más limitado y concreto. En efecto, en caso de autocontratación, nuestro Derecho, como excepción a la admisión de la eficacia general de la declaración por medio de representante, considera que, si existe conflicto de intereses, el consentimiento prestado por dicho representante es insuficiente para garantizar una justa y adecuada formación del contrato. Se trata, en el fondo, de que en tales casos se impone una forma específica al consentimiento contractual: no es suficiente la declaración del representante, sino que debe constar de modo expreso la declaración del representado en relación con el contenido del negocio de que se trate, lo que presenta ciertas semejanzas con los negocios personalísimos. (28)

(27) *Vid.* La obra citada. Diez Picazo. La representación en el Derecho Privado. Madrid, 1979, p. 129 y ss.

(28) Así, por ejemplo, la prestación del consentimiento matrimonial por medio de apoderado debe realizarse en forma especial, pues en el poder

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Naturalmente, sólo puede hablarse de una propia autorización del representado en los casos de representación voluntaria y orgánica, pues en la representación legal, al tratarse de una persona incapaz para prestar un consentimiento válido, se acude generalmente al procedimiento de designar a un tercero (defensor judicial) que defienda los intereses del menor o incapacitado.

6.2. La autorización en la representación orgánica

En el ámbito de la representación orgánica, dado que no existen, como en el instituto representativo clásico, dos voluntades independientes como son la del representante y la del representado, se plantea la cuestión –en vista de la necesaria estructura funcional de la que deben estar dotadas las personas jurídicas a las que se aplica dicho tipo de representación–, de cuál es el órgano competente para autorizar o consentir la autocontratación del órgano representativo en el tratamiento del conflicto de intereses.

A) Tratándose de los casos de **personificación directa** en el Derecho privado, como ocurre con las fundaciones o las asociaciones, ya señalamos anteriormente que la ley, en atención a los intereses públicos o generales a cuya consecución se dirigen tales personas jurídicas, establece un ámbito material de representación más restringido, exigiendo en diversos casos que el órgano de representación actúe con el consentimiento del Protectorado –en el caso de las fundaciones–, o de la Asamblea General –en el caso de las asociaciones– y parece lógico entender que sean esos mismos órganos los que deban conceder la autorización al representante orgánico en los supuestos de autocontratación con conflicto de intereses. Además, en el caso de las fundaciones ello se prevé expresamente.

A.1. En las **fundaciones**, al no tener un substrato personal sino meramente patrimonial, no hay diferenciación entre el aspecto interior del gobierno y el exterior de la representación, de modo que

para contraer matrimonio debe determinarse "la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad" (art. 55 CC).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ambas funciones corresponden al Patronato (art. 14 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). No obstante, aunque el Patronato es necesariamente un órgano colegiado (constituido por un mínimo de tres miembros, que elegirán entre ellos un Presidente y nombrarán un Secretario, cargo que podrá recaer en una persona ajena al Patronato art. 15), dada la posibilidad de delegaciones (art. 16), la ley procura evitar las posibles irregularidades en la actuación de patronos o delegados, estableciendo, ante la ausencia de un órgano semejante a las Asambleas o Juntas de las personas jurídicas tipo asociación, un control externo en los casos de autocontratación, que corresponde al Protectorado, de modo que como resulta del art. 28: "los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa **autorización del Protectorado** que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos".

La autorización es, entonces, de carácter administrativo y, en principio, se trata de una autorización previa, aunque parece lógico el criterio de Verdera Soler (29) que, aunque referido a la legislación anterior, concuerda con el texto que se recoge en el actual art. 21 del Reglamento de Fundaciones (Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre), según el cual, puede aplicarse a los supuestos de autocontratación celebrados sin autorización, la posibilidad de subsanación posterior del defecto por el Protectorado "a la vista de las circunstancias concurrentes", que dicho precepto establece para los actos de disposición o gravamen del patrimonio fundacional realizados sin la preceptiva autorización.

En cualquier caso, cuando se trate del otorgamiento de un negocio documentado en escritura, dados los términos de la ley, el Notario deberá exigir que conste la previa autorización del Protectorado.

A.2. En las **asociaciones**, en cambio, es posible distinguir entre la Asamblea General, como "órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna" (art. 11.2 Ley Orgá-

(29) Verdera Server, Rafael*: La autocontratación en las fundaciones (los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)*. Revista Jurídica del Notariado, núm. 18, 1996, pp. 136, 137 y 138.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

nica 1/2002, de 22 de marzo), y "un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General" (art. 11.4), del cual sólo podrán formar parte los asociados.

Por ello, aquí no existirá un control externo, como en las fundaciones, sino un **control interno ejercido por la Asamblea** como "unidad funcional" que manifiesta la verdadera voluntad de la asociación.

Los estatutos deben fijar los órganos de gobierno y representación, así como la forma de deliberar, adoptar y ejecutar sus acuerdos y las personas o cargos con facultad para certificarlos (art. 7 letra h), por lo cual, será necesario aportar el oportuno certificado que acredite el acuerdo de la Asamblea autorizando el autocontrato.

B) En los casos de **personificación indirecta**, es necesario distinguir diferentes supuestos:

B.1. Tratándose de **Cooperativas,** ya indicamos que el art. 42 de la Ley de Cooperativas regula los supuestos de conflicto de intereses entre la cooperativa y sus órganos, exigiendo el acuerdo de la Asamblea General, de modo que "será preciso el previo acuerdo de la Asamblea General, cuando la cooperativa hubiera de obligarse con cualquier consejero, interventor o con uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, no pudiendo el socio incurso en esta situación de conflicto tomar parte en la correspondiente votación. La autorización de la Asamblea no será necesaria cuando se trate de las relaciones propias de la condición de socio", disponiendo también el mismo artículo que "los actos, contratos u operaciones realizados sin la mencionada autorización serán anulables, quedando a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros".

En consecuencia, deberá aportarse en el otorgamiento del correspondiente negocio el oportuno certificado que acredite el acuerdo de la Asamblea. Normalmente será expedido por el Secretario del Consejo Rector, que es quien redacta el acta de la Asamblea (art. 29), pero la ley permite, en aquellas cooperativas cuyo número de socios sea inferior a diez, que los Estatutos puedan establecer la existencia de un Administrador único, persona física que ostente la condición de socio, el cual asumirá las competencias y

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

funciones previstas en la Ley para el Consejo Rector, su Presidente y Secretario (art. 32).

B.2. Tratándose de **sociedades mercantiles personalistas**, dado el predominio del aspecto asociativo y la inexistencia de una propia organicidad, pues nuestro Derecho permite la creación de tales personas jurídicas sin que ello lleve aparejada la estructuración del patrimonio personificado en diferentes unidades funcionales, **la autorización del autocontrato se convierte en una decisión colectiva, no orgánica**. En este sentido, indica Rodríguez Pinto (30), que "en las sociedades civiles, con órganos rudimentarios, o sin ellos del todo, la tutela preventiva del conflicto exigiría el consentimiento de todos los socios para la autocontratación del administrador, o para su participación en negocios en los que tenga intereses incompatibles (ex arts. 1694, esp. 1695 2.ª) (...) y "una solución semejante sería necesario defender en la sociedad colectiva mercantil. La prohibición del artículo 135 del Código de comercio (que impide a los socios aplicar fondos de la compañía ni usar de la firma social para negocios por cuenta propia), dirigida a evitar la concurrencia del socio con la sociedad a que pertenece, debe poder levantarse, también para supuestos de autocontratación, con la voluntad de todos los socios".

B.3. En cambio, en las **sociedades capitalistas,** en las que sí que se dan los requisitos característicos a los que se anuda el concepto de representación orgánica: otorgamiento de un negocio constitutivo que determina las circunstancias del nuevo sujeto de derecho y del patrimonio independizado; establecimiento de una estructura funcional; identificación del representante en el tráfico y publicidad, **la autorización tiene carácter de decisión orgánica**.

En realidad no hay una norma que expresamente atribuya a la Junta General la competencia para autorizar la autocontratación del órgano de administración en tales casos de conflicto de intereses, (31) pero siendo la Junta el órgano supremo de manifestación de

(30) Rodríguez Pinto, María Sara: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho Privado español*. Madrid, 2005, pp. 358 y 359.

(31) Aunque el artículo 514 LSC, para las sociedades anónimas cotizadas, parte de ello, pues impide el ejercicio del derecho de voto al adminis-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la voluntad social, tanto la Jurisprudencia como la DGRN aceptan tal competencia. Así, la RDGRN de 28 de junio de 2013 señala que "según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 3 de diciembre de 2004 y de 13 de febrero de 2012, entre otras), el administrador único, como representante orgánico de la sociedad sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la junta general o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato»" indicando a continuación que "por tanto, en los supuestos de autocontratación y en las situaciones de conflictos de intereses, la legitimación del administrador de la sociedad representada no puede derivar únicamente de la escritura de su nombramiento reseñada en la escritura en que se formaliza el negocio jurídico y del contenido legalmente predeterminado de su ámbito de actuación, sino que requiere, además, de un acto específico de autorización por parte de la Junta General".

La acreditación en la escritura de que se trate de tal autorización de la Junta, se hará por medio de la **certificación del acuerdo por parte del órgano de administración.**

6.3. La constancia de la autorización y la facultad de dación de fe social y potestad certificante en las sociedades de capital

En las sociedades capitalistas, la función de dar fe de los acuerdos sociales y certificar su contenido se atribuye al órgano de administración y representación, y aunque su ejercicio tiene ciertas limitaciones en el caso de acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil, dichas limitaciones no parecen aplicables en el caso de acuerdos no inscribibles.

---

trador que por solicitud pública haya obtenido la representación de diversos accionistas, cuando se trate de que la junta apruebe o ratifique –cuando legalmente proceda– las operaciones que la sociedad realice con dicho administrador, con sociedades controladas por él o a las que represente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Consecuencia directa de la existencia de una estructura orgánica y de una distribución de funciones en las sociedades de capital, es que la facultad de dación de la fe social y la correspondiente potestad certificante, se atribuyen al órgano de administración.

La ley no proclama de modo directo tal función, pero aparece implícita en las normas relativas a las certificaciones de las actas y de los acuerdos sociales, y tiene un claro reconocimiento reglamentario en las reglas que determinan las facultades certificantes a los efectos del Registro Mercantil (art. 109 RRM).

En consecuencia, la exteriorización de la voluntad social y la acreditación de la existencia y contenido de cualesquiera acuerdos de los distintos órganos de la sociedad, es algo inherente al propio órgano de administración y representación y, como señalaba la RDGRN de 15 de enero de 2004, esa facultad certificante no puede delegarse en un apoderado.

Ahora bien, **aunque la ley no limita la titularidad de esa función, sí que existen ciertas normas que limitan o condicionan su ejercicio en ciertos casos**, y así ocurre cuando se trata de acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil.

En tales supuestos, teniendo en cuenta que el Registrador Mercantil debe calificar la capacidad y legitimación de los otorgantes y la validez del acuerdo inscribible por lo que resulte de los documentos presentados y de los asientos del Registro, el Reglamento del Registro Mercantil precisa (subjetivamente) a quien corresponde la facultad certificante –incluyendo no sólo al órgano de administración en sus distintas modalidades, sino también al socio único– (art. 109.1 y 109.3 RRM) y, sobre todo, establece (objetivamente) ciertas condiciones que debe reunir la certificación en cuanto a su contenido, debiendo incluir las circunstancias establecidas en el artículo 112 del RRM –entre ellas, los datos acerca de la convocatoria de la Junta, la fecha del acuerdo y el sistema de aprobación del acta–, y en cuanto a su objeto, pues la certificación debe referirse a acuerdos que consten en actas aprobadas y firmadas o en acta notarial (art. 109.4RRM).

Pero respecto de los acuerdos no inscribibles, **no se ve razón para restringir el ejercicio de la facultad de dación de fe, ni en cuanto a su contenido**, pues las circunstancias y requisitos a que se refiere el artículo 112 del RRM se exigen, como resulta del art. 97.3 del RRM, "a los exclusivos efectos de la inscripción en el

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Registro Mercantil", y no tiene sentido incluir para los acuerdos no inscribibles datos que sólo se dirigen a la comprobación de la regularidad del acuerdo por el Registro Mercantil; **ni en cuanto a su objeto**, pues la exigencia del art.109.4RRM debe entenderse, igualmente, a los solos efectos de la inscripción, lo que –como señala Polo– (32)"debe permitir en definitiva la validez y eficacia externa –aunque limitada al ámbito extrarregistral– de las certificaciones de los acuerdos cuya existencia conste por un medio distinto del acta".

En cuanto a la enumeración subjetiva del art. 109.1RRM, cabe preguntarse si ello implica una limitación en la titularidad y ejercicio de la facultad certificante respecto del **Consejero delegado**, pues dicho precepto sólo contempla, en el caso de Consejo de Administración, la certificación expedida por el Secretario o Vicesecretario del Consejo. En mi opinión, ello no debería ser así cuando se trate de la **dación de fe social referida a acuerdos no inscribibles**, pues respecto de tales acuerdos no se trata de reunir una serie de requisitos formales que permitan al Registro Mercantil garantizar la validez de un acuerdo que debe ser inscrito, sino de arbitrar un medio de prueba que acredite frente a tercero la existencia y contenido de un acuerdo que no es objeto de inscripción registral. Por ello, si el objeto de la certificación es únicamente tal acreditación frente a tercero de un determinado acuerdo social, parece lógico entender que la titularidad y ejercicio de esa función corresponden a quien ostente el poder de representación de la sociedad y, en el caso de los Consejeros delegados, como resulta del artículo 149.3 del RRM, su ámbito de representación "será siempre el que determina el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy 234 LSC) en relación con los administradores". Es decir, que si el Consejero delegado ostenta la plena representación de la sociedad frente a tercero, debe reconocérsele la facultad de dación de la fe social y la correspondiente potestad certificante.

La consecuencia de todo ello es que la certificación del órgano de administración tiene el carácter de prueba suficiente respecto del acuerdo social que permita la autocontratación, y basta, por tanto, que el órgano de administración certifique por cualquier medio –en documento separado o en el cuerpo de la escritura- la existencia de

(32) Polo, Eduardo: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles.* Tomo VI. Civitas. Madrid, 1992, p. 510.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dicho acuerdo, para garantizar la validez y eficacia del contrato o negocio de que se trate.

Esta es la doctrina que realmente resulta de múltiples sentencias del TS y de resoluciones de la DGRN, de modo que como señala la STS de 12 de junio de 2001, "existiendo, por consiguiente, una autorización previa para contratar, con eficacia para otorgar validez al negocio realizado, tal conducta equivale a una previa renuncia que priva de la posibilidad de denunciar el autocontrato celebrado (…) **sin que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales**, por lo que, salvo que otra cosa se disponga, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza. Este criterio de flexibilidad formal es el que prevalece en la doctrina científica, en las decisiones de la DGR y en la jurisprudencia de esta Sala."

En el caso de autocontratación sujeta a principios civiles, el órgano de administración deberá certificar expresamente la existencia de un acuerdo aprobatorio de la junta, pero en el supuesto de aplicación de principios mercantiles, parece lógico presumir, en beneficio del tercero, que el representante orgánico tiene las autorizaciones necesarias para actuar en nombre de la sociedad.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, es esencial determinar si a una concreta relación jurídica se aplican principios civiles, de modo que la preocupación esencial sea garantizar una recta y justa formación del contrato, o principios mercantiles, que tienen en cuenta, sobre todo, la eficacia del mismo y la protección de los terceros. También indicamos que la aplicación de estos últimos principios debe hacerse, más que por consideraciones subjetivas (comerciantes, empresarios, profesionales), por consideraciones objetivas (actuación económica en el mercado) y finalistas (favorecer el tráfico de bienes y servicios), y de acuerdo con ello, puede hacerse la siguiente distinción:

— Si en un negocio o contrato concluido por un representante orgánico, los únicos patrimonios afectados son el del propio representante y aquél o aquéllos sobre los cuales dicho representante tiene facultades de disposición, aunque en el negocio intervengan sociedades capitalistas que tienen siempre carácter mercantil

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

(art. 2 LSC), al no existir propiamente terceros que deban ser objeto de protección, deben aplicarse principios civiles y, en el supuesto de autocontratación que consideramos aquí, el representante orgánico debe certificar expresamente –aunque sin especiales requisitos formales– la existencia y contenido del acuerdo que le autorice a la celebración del contrato, garantizando una justa y adecuada formación del mismo.

— En cambio, si en el negocio interviene el patrimonio de un tercero, estaremos en el ámbito de los principios mercantiles, es decir, deberán aplicarse aquellos principios que protejan a dicho tercero y favorezcan el intercambio y tráfico de bienes y servicios, por lo cual, **parece lógico presumir, en beneficio de dicho tercero, que el representante orgánico actúa con las facultades y autorizaciones necesarias para concluir el contrato de que se trata,** sin que sea necesaria ninguna manifestación o acreditación formal de que se ha salvado el posible conflicto mediante la autorización de la junta y es que, en efecto:

1.º La presunción de una actuación regular del representante en beneficio del tercero, no es ajena al fenómeno representativo, y así, por ejemplo, "respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro" (art. 156 CC) y en el ámbito de la representación voluntaria se presume la subsistencia del mandato respecto de los terceros que contraten de buena fe (art. 1738 CC).

2.º Tal conclusión parece la más ajustada a los principios que rigen en nuestro Derecho sobre el contenido y carácter de la representación orgánica y el tratamiento de la eficacia frente a terceros de los contratos celebrados con conflicto de intereses, pues si una sociedad –según vimos más arriba– no puede oponer frente a un tercero, con el que el administrador ha celebrado un negocio jurídico, la posible ineficacia del mismo basada en la existencia de conflicto de intereses, salvo que pruebe la mala fe de dicho tercero, es que, en el fondo, se ha producido una inversión de la carga de la prueba –que es en lo que consiste una presunción– de modo que no es el tercero el que debe probar la regularidad de la actuación

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del representante y su buena fe, sino que tales circunstancias se presumen en beneficio de él, y es la sociedad la que debe probar la existencia de mala fe para no quedar obligada.

3.º Todo ello, además, responde a principios de justicia y equilibrio de intereses que siempre deben informar las relaciones jurídico-patrimoniales en una sociedad, pues si como forma de dinamizar y potenciar el tráfico económico se concede a las sociedades capitalistas –aunque sean unipersonales– el beneficio de la limitación de responsabilidad, de modo que su riesgo queda limitado al patrimonio afecto al comercio, parece lógico equilibrar la balanza concediendo a los terceros –que pueden arriesgar todo su patrimonio en algunos casos– la mayor protección posible y presumir en su beneficio la plena legitimación material del representante orgánico.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

EL NOTARIO ANTE LAS RECIENTES O POSIBLES REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVILES Y DE FAMILIA LATINOAMERICANOS EN MATERIA DE AUTOPROTECCIÓN: CRÓNICA DE UN PROTAGONISMO ANUNCIADO

Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial
Facultad de Derecho. Universidad de La Habana
Notario

"Aquello que pesa más de todas las cosas es la falta de amor.
Pesa no recibir una sonrisa, no ser recibidos.
Pesan ciertos silencios.
A veces, también en familia, entre marido y mujer,
entre padres e hijos, entre hermanos.
Sin amor el esfuerzo se hace más pesado, intolerable.
Pienso en los ancianos solos,
en las familias que tienen que fatigar
porque no reciben ayuda para sostener,
a quien en casa tiene necesidad de atención especial y cuidados".
Franciscus, P. P.

SUMARIO

1. LECTURA Y EXÉGESIS DEL ARTÍCULO
   1.1. De la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en clave notarial

2. BREVÍSIMA VISIÓN PANORÁMICA DE LOS ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO, TRAS LAS RECIENTES O INMINENTES REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVILES Y FAMILIARES

3. LOS CAMBIOS DE PARADIGMAS QUE LA CONVENCIÓN IMPONE

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL NOTARIO
3.1. El consejo y el asesoramiento a las personas con discapacidad, con especial referencia, a la discapacidad intelectual y a la psíquica
3.2. El juicio notarial de capacidad según el dictado de la Convención
3.3. La comparecencia en el instrumento público de quienes apoyen o asistan a la persona con discapacidad: ni por si, ni por representación
3.4. Concurrencia de los testigos de asistencia como apoyos de los comparecientes con ciertas discapacidades sensoriales y físico-motoras
3.5. Concurrencia del intérprete en el lenguaje de señas como facilitador de la comunicación del notario con comparecientes con discapacidad sensorial auditiva
3.6. La firma en el instrumento público de personas con ciertas discapacidades físico-motoras. Pautas formales
3.7. La forma documental notarial como reservorio idóneo para instrumentar los actos de autoprotección

4. IDEAS CONCLUSIVAS. BIBLIOGRAFÍA

1. LECTURA Y EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CLAVE NOTARIAL

El artículo 12 de Convención de los derechos de las personas con discapacidad abre los derroteros hacia un nuevo enfoque de la capacidad jurídica, sobre todo al concebirse esta desde una visión unitaria, o sea, sin el necesario desprendimiento en el que tradicionalmente se ha concebido, a saber: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, lo cual a la postre no dejar de ser difícil de superar.

La Convención, que ha recibido el beneplácito de la gran mayoría de la doctrina civilista, hace un giro copernicano en la manera en que tradicionalmente se ha enfocado la discapacidad. De una discapacidad médicamente asistida (1), el tratamiento se vuelca hacia

(1) Desde esta visión, la educación especial se convierte en una he-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

una discapacidad con un enfoque social y de derechos. "Desde un enfoque de derechos, se integra la salud, pero se concibe la persona con discapacidad como un sujeto multidimensional al cual deben garantizárseles sus derechos humanos y el acceso a los servicios públicos en términos de igualdad y de inclusión social: desde el enfoque de derechos la salud es solo una parte y la persona con discapacidad entendida desde su dignidad y autonomía pasa a ser el centro de atención" (2). De este modo, la Convención persigue proteger a las personas con discapacidad de las más diversas barreras, que –según dice el propio artículo 1– *"puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*.

Como se ha sostenido, se trata del más importante tratado de derechos humanos aprobado en lo que va de siglo, de ahí los retos que depara para el Derecho civil cuyo centro de atención es, sin dudas, la persona. Empero, el análisis que pretendo ofrecer en esta oportunidad se centra en dar una lectura pausada, con la mirada puesta en el ejercicio de la función notarial ¿Qué supone para el notario el que la Convención en su artículo 12 consagre lo que se ha dado en llamar el derecho humano a la capacidad jurídica? La capacidad y el discernimiento son las piezas claves para apreciar la voluntad de un sujeto, nervio central de los actos y negocios jurídicos de la más diversa naturaleza, una buena parte de los cuales tienen como reservorio una forma solemne instrumental, cuyo artífice es el notario. La Convención propicia la toma de decisiones por las personas con discapacidad, incentiva un modelo en el que las personas, cualesquiera sean sus potencialidades, puedan tomar decisiones *per se*, de modo independiente y autónomo, o con un sistema de apoyos y de salvaguardias reconocidos por el Derecho, pero que en todo

---

rramienta de las personas, la asistencia social y el empleo protegido son los principales medios de manutención. Hay una actitud paternalista y de subestimación de las personas con discapacidad, de ahí la búsqueda de instituciones jurídicas cuya finalidad es la sustitución en la toma de decisiones. *Vid*. Olmo, Juan Pablo, "Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (Argentina), año 4, Núm. 6, julio , 2012, p. 341.

(2) Correa-Montoya, Lucas, "Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia", en *Universitas*, Bogotá, Núm. 118, enero-junio 2009, p. 135.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

caso no le anulen o le excluyan de sus decisiones. La Convención se fundamenta en los principios de dignidad, libertad, igualdad y autonomía o autogobierno de la persona. No caben dudas de que "La libertad y la igualdad, son los principios de naturaleza dinámica, que garantizan a la persona el desarrollo de su personalidad, proceso que consiste en actuar y decidir por sí misma, y en los supuestos en los que no puede hacerlo por carecer de facultades para asumir responsablemente los efectos y consecuencias de sus actos, entrará en juego el principio de protección de carácter subsidiario, con el fin de que esa persona en circunstancias especiales, no experimente una merma en las posibilidades de ejercicio de sus derechos fundamentales" (3).

La aprobación de una Convención internacional como la comentada, ha supuesto la necesidad de una conciliación de intereses muy diversos, máxime cuando estos atañen a un atributo esencial de la persona, como lo es la capacidad. La manera diversa en la que se entiende y se aplica el Derecho en ordenamientos tan disímiles como los que se adscriben al Derecho continental, bajo la influencia de la codificación, inspirada en el modelo francés, impuesto por el *Code* de 1804, o los que forman el *Common Law*, o países árabes, musulmanes, o asiáticos como China, o incluso en la misma Europa como Rusia, ha llevado a la necesidad de formular en la Convención, principios de alcance general, que llevan a que la comunidad internacional que la ratifique ajuste, en lo que resulte pertinente, sus leyes internas a dichos postulados, de modo que den respuesta al reclamo contenido en este tratado de derechos humanos, pero lo den en el sentido sustantivo, y también adjetivo, que se reclama, y no a partir de lo que una buena parte de la doctrina civilista que ha estudiado el tema, se afana, que es en los giros lingüísticos y el empleo de expresiones, que de modo ilustrativo, palpable y señero, demuestre, al menos eufemísticamente la recepción de la Convención en el Derecho interno de cada Estado. Me explico mejor, la clave del éxito no creo que esté en remover las instituciones reguladoras de la incapacitación, o interdicción para algunos ordenamientos jurídicos,

(3) Meléndez Arias, María del Carmen, "La autoprotección de las personas con capacidad modificada", *Tesis doctoral*, bajo la dirección de Ignacio Serrano García, Vallolid, 2012, p. 25, en http://uvadoc.uva.es/handle/10324/1763, consultada el 12 de febrero de 2014.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

y las instituciones de guarda y protección clásicas, como la tutela o la curatela, sino en redefinirlas, en encauzarlas con un sentido y alcance diferente y educar a protectores y a protegidos, a apoyadores y a apoyados en lo que implica convivir en una sociedad plural, con cabida para todos, en ese sentido inclusivo de las personas, cualquiera sea su grado y poder de autonomía y de decisión, con respeto a su voluntad, a su proyecto de vida y a su autogobierno y autogestión, sin perder de vista, en todo caso, que el ejercicio de la capacidad jurídica, debe limitarse o restringirse, solo en casos excepcionales (4). El derecho a ejercer la capacidad jurídica, es un derecho humano, inalienable del ser humano, no obstante, el Derecho, solo excepcionalmente lo podrá restringir, modulando su graduación en proporción a las potencialidades del sujeto, que pueden llegar incluso a un mínimo en casos excepcionalísimos, para lo cual el diapasón de medidas de apoyo o de ayuda y de salvaguardias será conectado con tales potencialidades, de manera que aquellas no excluyan o veden el ejercicio de estas. Sin embargo, en todo caso, ese sistema de ayudas o apoyos, no tiene por qué reñir con las figuras tradicionales. La tutela no es rechazable como significante, sino por el significado que históricamente se le ha atribuido. La tutela ha ido de la mano de un sistema de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, de ahí el rechazo que ha concitado en los últimos tiempos por los partidarios de la interpretación revolucionaria que preconiza la Convención. Adpero, nada se logrará si el cambio de paradigmas del cual tanto se habla queda en el terreno de los conceptos, el daño social no está nece-

(4) A juicio de la profesora española Pereña Vicente, "Entendemos que su objetivo es que el sistema que en cada país exista o se apruebe en el futuro, sea respetuoso con la dignidad y promueva la autonomía de las personas con discapacidad. Es decir, obliga a que se cumplan sus objetivos pero no impone un único modelo universal llamado «sistema de apoyos». Esta terminología flexible y genérica utilizada por la Convención (…) consagra un concepto muy abierto o genérico de discapacidad en el que se incluyen tanto las personas en las que concurre causa de incapacidad porque no pueden gobernarse por sí mismas, como las personas dependientes o las que sufren una discapacidad física que en nada afecta a la capacidad cognitiva y volitiva de la persona". *Vid*. Pereña Vicente, Monserrat, "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?", en *Diario La ley*, Núm. 7691, Doctrina, 9 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial La Ley, p. 16.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sariamente en los conceptos legales ni en las instituciones sin más, sino en la interpretación y aplicación de estas, en la rigidez de los fallos judiciales y en la cuadratura perfecta con la que, en ocasiones instituciones públicas, incluido algunos notariados –sobre todo de este lado del Atlántico–, han encarado el tema de la discapacidad.

Precisamente con este enfoque pretendo ofrecer mis consideraciones. El notario, que es guardián en primera fila de los derechos de las personas, baluarte de su ejercicio, y que precautela no solo el patrimonio, sino también los derechos personalísimos, debe ser el primer aplicador de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, cuyo artículo 12 es un indiscutido catalizador de la concepción socio-jurídica de la discapacidad. El Derecho notarial ha sido concebido tradicionalmente como un Derecho, en esencia, de formas. Como diría el notario español, González Palomino, de formas de ser y de formas de valer. El notario actúa cuan un arquitecto sobre planos supuestos y superpuestos. En esos planos, los actos y negocios jurídicos adquieren las dimensiones de contenido y de continente. El notario es el forjador del continente, hacedor de una geometría en proyección caballera que permite vislumbrar un negocio o un acto jurídico, robustecido de legalidad, autenticidad, legitimidad, veracidad y de una forma solemne que les da un blindaje para navegar por el tráfico jurídico, pero no deja de influir en la validez del contenido, a través de su preventivo asesoramiento.

En ese quehacer artístico que el arte notarial –al que se refería Rolandino Passageri– supone, la Convención de los derechos de las personas con discapacidad introduce cambios que soliviantan las bases estructurales de la función notarial. Analicemos, con alcance general, en qué sentido opera ello.

La Convención rompe el esquema binario con el que simplonamente se ha regulado el ejercicio de la capacidad jurídica, si bien es justo reconocer, que no es mérito de la Convención dicha ruptura, pues ya en algunos códigos civiles latinoamericanos decimonónicos se habían introducido cambios en este orden (5), en tanto que otros, sancionados en el siglo xx, regulan la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica, o modulación de ésta, sin que la combinación binaria capacidad-incapacidad en sede de capacidad de obrar, o ejer-

(5) Entre otros, en el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, tras la reforma de 1968.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cicio de la capacidad jurídica haya sido la única alternativa (6). Claro está, es función de los jueces tal modulación, sustentados esencialmente en un modelo médico de la discapacidad. O sea, compete al médico, en su condición de perito de la justicia, dictaminar según ciertos baremos, en ocasiones más matemáticos que apreciativos o valorativos, el grado de discapacidad del sujeto, haciendo incluso caso omiso al entorno familiar y social en el que la persona con discapacidad se inserta para determinar, más que desde la Medicina Psiquiática, el grado de dependencia o vulnerabilidad que tiene la persona. De ahí que como expresa la profesora Pereña Vicente, haya resultado en España letra muerta o "papel mojado", según su expresión literal, los cambios introducidos en 1983 en el régimen tutelar, que permitió revivir la institución de la curatela, como paradigma de las instituciones de asistencia o acompañamiento a la persona, a la cual tan solo se le restringía el ejercicio de la capacidad jurídica para determinados actos o negocios jurídicos, ya sea en el orden personal, o en el de índole patrimonial (7). La combinación binaria, aunque ya desfasada en el Derecho español, siguió imponiéndose, de manera que las sentencias de incapacitación no han cumplido en todos los casos, la verdadera función que les compete, o sea, modular o graduar la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica en proporción al grado de discapacidad del sujeto, entendida esta discapacidad, no solo en sus modalidades psíquica o intelectual, sino también –aunque en menor medida–, sensorial o físico-motora.

Es cierto que de una primera lectura del artículo 12 de la Convención, pareciere que lo que en él se propugna no le es tan cercano al notario y que cuando se exhorta a los Estados partes en su apartado 2 a que reconozcan *"que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida",* ello pudiera incidir en el desempeño de la función notarial a modo de rebote, o sea, por vía indirecta. Sin embargo, un razonamiento de tal índole, estaría equivocado. Si bien, no somos los notarios los que determinamos la incapacitación o interdicción de la persona, en algunos ordenamientos jurídicos como el español o el cubano, nos compete apreciar la capacidad

(6) Así, los códigos civiles peruano, boliviano, cubano y paraguayo, entre otros.

(7) *Vid*. Pereña Vicente, M., "La Convención de Naciones Unidas…", p. 4.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

legal del sujeto, en el entendido de capacidad natural o cabal juicio de la persona, tal y como apuntaré *infra*, para el acto, el negocio o el ejercicio de un determinado derecho que pretende sea instrumentado. El juicio de capacidad que hace el notario, no solo trasciende en el orden sustantivo, sino el olvido de la mención instrumental acarrea en algunos ordenamientos notariales, la nulidad en el plano instrumental o formal, aunque exista constancia o prueba incluso del pleno ejercicio de la capacidad jurídica del compareciente. Su no mención puede actuar como una bacteria oportunista que se aloja en uno de los hemisferios cerebrales causando la muerte del paciente, en este caso, lleva aparejada la nulidad del documento, si se ejercita la acción a instancia de parte interesada.

Los ecos de la Convención llegan velozmente al ejercicio de la función notarial. Es cierto que el Derecho sustantivo a través, en primer orden de los códigos civiles, deberá ajustar, en lo que resulte pertinente, la manera en que se tiene concebido el sistema de regulación del ejercicio de la capacidad jurídica, su restricción excepcional y las instituciones de guarda, protección y apoyo, pero ello no será suficiente, y aún sin que se incorporen estos cambios, habría que determinar el valor que tiene la sola ratificación de la Convención para que su aplicación opere por vía de interpretación y autointegración del Derecho, en el cual se inserta la Convención, aun cuando esta no tuviera jerarquía constitucional. Es decir, no hay que esperar la modificación normativa sustantiva, para que el notario –orfebre del Derecho–, tenga que dar respuestas, a modo pretoriano, de las disímiles situaciones que pueden enfrentarse en torno a los actos y negocios jurídicos en los que son protagonistas personas con las más disímiles discapacidades. O sea, de lo que vengo explicando, cabe colegir que el artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad tiene una lectura muy especial en clave notarial, de modo que su exégesis deberá ser lo suficientemente flexible en pos de que esa integración social no tenga como primera barrera, la propia función notarial.

En tal orden, compete al notario procurar por esa integración en el plano jurídico, de modo que se refuerce la idea rectora de la Convención de que las personas con discapacidad se conviertan en hacedoras de su propia vida. Ese cambio de paradigmas, al que de manera tan recurrente se alude en la reciente literatura jurídica, no es otro, que un redimensionamiento en la escala social, una rever-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sión de roles, una búsqueda del sitio adecuado para cada ser humano. Se trata de abrir cauces que permitan la verdadera identidad personal y social de la persona con discapacidad, sin menoscabo al ejercicio de sus derechos, con respeto a su parecer, a la toma de las propias decisiones, a su participación en cada acto de su vida personal y de aquellos de naturaleza patrimonial en los que resulta también esencial su participación, pero en este orden es que llamo a la reflexión y en ello juega un papel decisivo el notario. Esta nueva lectura que incardina el artículo 12 ha de ser racional, con sentido de la lógica, por ello los apartados 3.º y 4.º del citado precepto reclaman que los Estados partes brinden los apoyos necesarios y las salvaguardias (8) pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercitar su capacidad jurídica.

No se trata de que por la Convención, las personas que hasta hoy no podían ejercitar *per se* la capacidad jurídica, mañana sí lo puedan hacer, sin más. Se trata de humanizar la discapacidad, de verla tal cual es: una capacidad diferente, pero la justicia está en esa diferencia. Tal diferencia, no ha de interpretarse como vejamen, discrimen, trato peyorativo. No puede interpretarse el artículo 12 con tremendismos jurídicos. La diferencia existe, y su sola existencia no puede convertir a la persona en objeto de derecho. La diferencia la marca la discapacidad. El hecho de que existan personas con discapacidad, sustenta la idea de una sociedad plural, no de una sociedad perfecta, clonada sobre la base de personas con una dotación genética idéntica que las haga superiores. Es precisamente

(8) Señala Olmo, J. P., "Capacidad jurídica…", *cit*., p. 343, que "Dichas salvaguardias se proyectan, entre otros, en lo siguientes aspectos: 1) como garantía del debido proceso para el trámite en el cual se determinará la aplicación o no de una medida de apoyo; 2. a los fines de determinar el contenido y alcances de los apoyos y su posible modificación –teniendo en cuenta que deben ser revisados por el mero transcurso del tiempo–, como garantía de proporcionalidad y adecuación, para no dejar desprotegida a la persona ni tampoco sobreprotegerla; 3. en el marco del control del ejercicio del sistema de apoyos, para evitar que haya conflicto de intereses o influencia debida".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lo contrario: se trata de una sociedad donde tienen cabida todos, con plenas posibilidades para ejercitar los derechos humanos. Ahora bien, el Derecho no puede ser ingenuo, ni puede criticársele, como en ocasiones advierto, de que determinadas instituciones de guarda y protección conspiren contra la eficacia plena del artículo 12 de la Convención. Puede que el sistema sueco de salvaguardias y apoyos sea superior, pero no porque haya suprimido la tutela o la curatela, sino por la educación y formación de la población en ese afán de integración social de la persona con discapacidad, por el sentido cívico de cada institución propugnada. Es cierto que hay que redimensionar los cánones establecidos, pero figuras como la curatela pueden perfectamente sintonizar con los principios de la Convención, en el sentido de una curatela asistencial, de apoyo, si se quieren utilizar los mismos términos del apartado 3.º del artículo 12. El notariado debe entonces enfilar sus instituciones en estos derroteros. En la misma medida en que las personas con discapacidad, incluidas las que tienen discapacidades psíquicas o intelectuales, se convierten en artífices de sus propios actos, asistidas por las más diversas figuras de apoyo, ya se trate de un tutor parcial, de una curador, de un guardador, de un administrador, de un consejero, de un asistente, de un ayudante, de un interprete en el lenguaje de señas. Y aquí marca la diferencia a la que hago alusión. En cualquier caso, se requerirán salvaguardias que velen o cautelen el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, pero como propugna el apartado 4 *in fine* del artículo 12 de la Convención, "*asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial".*Y en ello juega un papel principal el notario. Una parte de tales derechos se ejercitan en sede notarial, e incluso, con un afán preventivo o tuitivo, en tiempo presente pero en evitación de circunstancias ulteriores en que el ejercicio de la capacidad jurídica sea mucho más limitado o casi reducido a la mínima expresión, cuando la enfermedad que se padece o que se preveía padecer, haya avanzado a estadios que hagan muy limitado el ejercicio de las facultades

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

volitivas del sujeto (lo que hoy se llama de distintas maneras, como estipulaciones y disposiciones sobre la propia incapacidad, autotutela, autocuratela, o directivas avanzadas). En tales circunstancias, el notario también debe estar educado en esta nueva filosofía que nos enseña la Convención. El Derecho notarial tiene que ofrecer alternativas viables para lograr la certidumbre y garantías legales en el tráfico jurídico. El ejercicio de la capacidad jurídica por personas con discapacidad abre las puertas a nuevas formas de concurrencia al documento público, más allá de la combinación binaria: por sí y por representación. Las distintas vías de asistencia a la persona con discapacidad, supone una concreción instrumental. Así, el asistente, o consejero, actuaría cual si fuere un curador, y en este orden será su concurrencia al instrumento público. Los intérpretes en el lenguaje de señas también fungen como apoyos de la persona con discapacidad sensorial auditiva. La firma ha de expresar los rasgos propios de su autor, no vinculado directamente con las manos. No ha de hablarse de firma manuscrita, sino de firma a secas. Lo importante es que se exteriorice con ella, cualquiera sea la parte del cuerpo que se utilice, el asentimiento del autor del acto o negocio con lo expresado en el documento público. Los testigos de asistencia serán otros apoyos de los cuales se cuente para que las personas con discapacidad puedan ejercitar por sí mismas su capacidad jurídica. Precisamente esa es su función, mucho antes de que la Convención hiciera referencia a los distintos apoyos que los Estados partes deberán facilitar para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ya las leyes reguladoras de la función notarial, preveían la figura del testigo de asistencia, como un apoyo ineludible de la persona con discapacidad. Pero donde se hace más necesario que el notariado abra su mente es en la comparecencia al instrumento público de las personas con discapacidad intelectual o psíquica, en la valoración misma que como profesional del Derecho que ejerce una función pública le compete, haga sobre el grado de discernimiento del sujeto, el conocimiento y querencia de los efectos jurídicos del acto que persigue documentar y en el propio asesoramiento y consejo que le corresponde.

El artículo 12 de la Convención debe ser interpretado en clave notarial con especial ribetes. No es un artículo ajeno a la función notarial, es la piedra angular desde la cual hoy habrá que interpretar la capacidad jurídica de los sujetos, cualquiera sea su graduación. Es

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cierto que le competerá a los jueces la graduabilidad del ejercicio de la capacidad, la determinación de los actos que podrá concluir por sí, y aquellos en los que necesitará apoyos, así como la determinación concreta de esos apoyos, recabando ante todo la voluntad presente de la persona con discapacidad, quien deberá ser oída en el proceso, o lo que esta ha dejado expresado en etapas anteriores de su vida, en las que expresó su voluntad respecto de aquellas medidas de apoyo que sugirió para su persona, más acorde con sus deseos y voluntad, con su proyecto de vida, con sus inquietudes e intimidad personal, así como la revisión periódica de la resolución judicial en la que se contiene, a los efectos de adecuar la graduabilidad de ese ejercicio de la capacidad jurídica al cambio de circunstancias que puede operar, motivado, entre otras causas, por la evolución de la enfermedad o los estadios por los que esta atraviesa. Pero también es cierto que en estas coordenadas será difícil a un juez determinar con exactitud pautar el comportamiento del sujeto de cara al futuro. El principio enarbolado por la Convención implica que el ejercicio de la capacidad jurídica es consustancial al ser humano, cualquiera sea la discapacidad, o el grado de esta que se tenga, pero aun con carácter excepcional, cabe graduar o restringir el ejercicio de la capacidad jurídica, y de ahí los apoyos y salvaguardias. En esta tesitura deberá actuar el notario, acostumbrado a abstenerse a autorizar una escritura pública cuando el más mínimo asomo de discapacidad pueda oscurecer el crisol con el que se ha bautizado el concepto de "pleno ejercicio de la capacidad jurídica", a salvo la actuación en intervalos lúcidos en los que determinados ordenamientos jurídicos permite el otorgamiento de escrituras públicas, incluso bajo dictamen médico. El notario, como sastre del Derecho ha de diseñar el acto o negocio jurídico a la medida del sujeto, según sus potencialidades y facultades, utilizándose los apoyos necesarios para que esa voluntad pueda ser exteriorizada, exenta de vicios, de modo que como preconiza el apartado 5.º del artículo 12 se convertirá en guardián de primera fila, celador de los derechos de las personas con discapacidad, de tal forma que estas *"no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria"*. Será el notario el primer recurso con el que cuente la persona con discapacidad, incluso en supuestos en que pudieran existir intereses contrapuestos con quienes le apoyen, o le asistan. Competerá al notario deslindar los intereses protegibles, y buscar soluciones que superen la contraposición de intereses, o los conflictos que se

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

puedan derivar, en todo caso, velando por la protección del interés superior de la persona con discapacidad.

2. BREVÍSIMA VISIÓN PANORÁMICA DE LOS ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO, TRAS LAS RECIENTES O INMINENTES REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVILES Y FAMILIARES

En este entorno y con estas claves hermenéuticas del artículo 12 de la Convención, es dable ofrecer una visión –al menos panorámica–, de cómo se ha dado respuesta por algunos Estados que la han ratificado de los reclamos que este artículo impone. Los retos del artículo 12 no son fáciles de alcanzar, más que por los medios de que se dispone para ello, por la visión que se pueda tener de este fenómeno. Es cierto que los Estados partes, una vez que ratifican un tratado internacional adquieren un compromiso internacional que les compele a ajustar su ordenamiento interno a los principios rectores enarbolados en la Convención internacional.

No considero que sea fácil romper con una manera de pensar arraigada en nuestros países desde hace más de un siglo. En Latinoamérica el proceso de recodificación ha sido muy lento. Una buena parte de las codificaciones latinoamericanas son del siglo XIX o principios del XX. Es cierto que en los últimos años algunas constituciones han incorporado en su plexo de derechos, el de protección integral a las personas con discapacidad (9), e incluso algunos países han sancionado leyes protectoras de las personas con discapacidad, pero de ahí a reformular el sistema de protección a través de la incapacitación o de la interdicción, y de expulsarlos del ordenamiento jurídico conjuntamente con instituciones clásicas de guarda y protección como la tutela y la curatela, va un gran trecho. No obstante, mi parecer, de que no se trata de sustituirlas, sino de adecuarlas a la filosofía de los apoyos que la Convención reclama.

(9) *Vid*. artículo 75, apartado 23, de la Constitución de Argentina, artículos 23.3, 47, 50.3, 53, 57, 60, 66 y 82 de la Constitución de Ecuador, artículo 47 de la Constitución de Colombia, artículo 7, 16 y 23, primer párrafo de la Constitución de Perú, artículo 81 de la Constitución de Venezuela.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No hay dudas que el lenguaje que utiliza el artículo 12 proviene de países anglosajones, entre ellos Suecia, Inglaterra, y Canadá (aun en la parte francesa de la provincia de Québec) por el desarrollo que han alcanzado en el tema. Pero la filosofía que encara el Derecho de personas en estos países es distinta a la de los países latinoamericanos.

Aun cuando un sector de la doctrina resulta crítico con los pasos que se han dado en el continente, no puede perderse de vista que la Convención pretende un giro copernicano del asunto en una región en la que los cambios no pasaban el vértice de un ángulo de 30º.

Analicemos algunos países del entorno en los que se han propugnado cambios interesantes. El derecho de autoprotección en el entendido –como opinan Rajmil y Llorens en la doctrina argentina– de aquel "derecho que tiene todo ser humano a decidir acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno" (10), por cuya razón toman vidas los actos de autoprotección, conceptuados por los mismos autores como aquellos en el cuales "una persona deja plasmada su voluntad en ese sentido, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro, en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma" (11), ha prendido en algunos países del continente, pero en la fecha de hoy en la mayoría de los países se conserva hasta el lenguaje peyorativo para hacer referencia a las personas con discapacidad.

Así, en Uruguay el Código Civil emplea el término "dementes" para referirse a las personas con discapacidad psíquica e intelectual, a quienes se les excluye de ser tutores (artículo 352.5), no puede dar su asentimiento a la adopción, sino sus representantes legales (artículo 247, segundo párrafo), respecto de los cuales, además, se les somete a curatela, aun cuando tengan intervalos lúcidos (artículos 432 y 435), y a solicitud de su curador, previa autorización judicial, podrían ser trasladados a casas llamadas de "dementes", o incluso encerrados o atados, en los casos en que causen daño a sí

(10) *Vid*. Rajmil, Alicia B. y Luis R. Llorens, "Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas", en *MJ-DOC-6019-AR/MJD6019,* 17 de octubre de 2012.

(11) *Idem*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mismos o causen molestias a terceros (artículo 447). Además se les considera absolutamente incapaces (artículo 1279) (12). No obstante, respecto de las personas con ciertas discapacidades sensoriales como la sordera y la mudez, se ha matizado, en relación con su prístina redacción que los sordos y los mudos se someterán a curatela (artículo 472), si no se pueden comunicar con el exterior por escrito, o por lenguaje de señas, constituyendo el intérprete uno de esos apoyos a los que hace referencia el artículo 12.3 de la Convención. En tal orden, establece el artículo 1279 que para decidir la incapacidad de una persona sordomuda será preceptiva la intervención del intérprete en el lenguaje de señas, según lo establecido en la Ley 17378 de 25 de julio de 2001, precepto modificado (el 1279) en su redacción por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 17535 de 27 de agosto de 2002. Destaca en el panorama uruguayo la aprobación el 3 de abril de 2009 de la Ley 18473 de voluntades anticipadas, dirigida a posibilitar que toda persona, psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre pueda oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos, salvo que con ello pueda afectar la salud de terceros, y de igual manera *"tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible"* Manifestación de voluntad que tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural (*vid*. artículo 1). Esta expresión de voluntad debe hacerse por escrito, ante la presencia de testigos, o también ante notario

(12) Explica Hormaizteguy, Gabriela, *Directivas anticipadas. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2012, p. 61 que si bien el Código Civil uruguayo resulta demasiado rígido en la materia, de modo que se es capaz o incapaz, este régimen se flexibilizó con la entrada en vigencia del artículo 447.2 del Código general del proceso, que introduce un régimen de inhabilitación (similar al que se regula en el ordenamiento argentino), sin embargo, a criterio de la autora, "las medidas previstas en este artículo son una opción dentro del proceso de incapacitación y no un procedimiento diverso, independiente (…) para aquellas personas con capacidad restringida". No obstante, resulta un elemento evolutivo a destacar en el contexto del Derecho uruguayo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

público (13), por escritura pública o por acta, de modo que la forma es libremente elegida por el autor de la declaración de voluntad, debiéndose incorporar en todo caso, el documento, a la historia clínica del paciente. La misma es esencialmente revocable y, en caso de no existir, y el afectado no esté en condiciones de adoptarla, la decisión estará a cargo del cónyuge o concubino, o de los familiares en primer grado de consanguinidad. Si hubiera concurrencia de varios parientes, se requerirá unanimidad en la decisión (*vid*. artículos 2, 4 y 7, respectivamente) (14).

En Costa Rica, conforme con las normas del Código Civil, el abandono de un causante "loco" o "demente", por sus parientes, comprendidos entre sus herederos *ab intestato*, es causa de indignidad para suceder (artículo 523.4), en tanto que quienes no estén en su perfecto juicio no tienen capacidad para testar (artículo 591.1). No obstante, el artículo 36, reformado mediante Ley 7600 de 2 de mayo de 1996, permite restringir o limitar el ejercicio de la capacidad jurídica, pero también admite la incapacitación. Ello demuestra que esta última disposición normativa actualizó el componente binario: capacidad-incapacidad al cual también se aferraba el legislador costarricense, pero no logró una sintonía en todo el Código, al dejar preceptos como el 523.4 de un lenguaje verdaderamente peyorativo hacia las personas con discapacidad. Es dable apuntar que si bien Costa Rica firmó la Convención (el 30 de marzo de 2008), aun no la ha ratificado.

En Honduras, el Código Civil mantiene el lenguaje de los códigos decimonónicos, si bien este Código es de inicios del siglo XX. El artículo 556 reconoce como incapaces para ser tutores o curadores, en sus dos primeros apartados, a los ciegos y a los mudos y a "*Los locos, imbéciles y dementes, aunque no estén bajo interdicción*". Los infantes y dementes son inclusos incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, ya sea para sí, o para terceros (artículo 740,

(13) Como expone en la doctrina uruguaya Hormaizteguy, G., *Directivas anticipadas..*, *cit*., p. 79, resulta la forma más aconsejable precisamente por las garantías que ofrece la actuación notarial. La autora sostiene el criterio que deberían instrumentarse por acta notarial, e incorporadas al Registro de protocolizaciones.

(14) Uruguay firmó la Convención el 3 de abril de 2007 y la ratificó el 11 de febrero de 2009.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

segundo párrafo). Y a los dementes, conjuntamente con los impúberes y personas sordomudas se les considera incapaces absolutos, a tal punto de que sus actos no producen ni obligaciones naturales (artículo 1555, primer párrafo). El Código de Familia regula la figura de la tutela en los artículos 263 y siguientes y la de los mayores de edad, declarados en interdicción a partir del artículo 271, sin novedades en este orden.

El Código Civil de Guatemala que es de 1963, tiene un lenguaje más moderado, pues se apropia de una terminología más moderna, si bien el legislador mantiene la combinación binaria: capacidad-incapacidad. Según el artículo 9 la enfermedad mental que priva de discernimiento lleva consigo la interdicción. En iguales circunstancias pueden estar incursos los toxicómanos. Ambos quedarán sujetos a tutela, previéndose el sistema de sustitución de la voluntad (artículo 293). El ordenamiento jurídico guatemalteco no ha introducido cambios en este orden, a pesar de que Guatemala, no solo ha firmado y ratificado la Convención, sino también ha hecho lo mismo con el protocolo facultativo (15).

Tampoco en Bolivia se ha avanzado sobre el tema (16). El Código Civil, que se inserta en el proceso de recodificación latinoamericana de las últimas décadas del siglo xx, no obstante, regula la capacidad jurídica con un enfoque que supera al binario decimonónico. El mayor interés que reporta es su regulación en el artículo 3 como el primero de los derechos inherentes a la personalidad, a partir del postulado esencial de que *"Toda persona tiene la capacidad jurídica. Esta capacidad experimenta limitaciones parciales sólo en los casos especialmente determinados por la ley",* lo cual resulta loable en la fecha de su promulgación. Sin embargo, de su texto no se colige la manera en que se limita parcialmente el ejercicio de la capacidad jurídica, ni el principio de proporcionalidad de acuerdo con las potencialidades o facultades del sujeto. Por su parte, el Código de Familia, aprobado en los inicios de la década de los años 70 del pasado siglo, regula en los artículos 283 y siguientes la figura de la tutela, reservándose los artículos 343 y siguientes a la regulación de la tu-

(15) Guatemala firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 7 de abril de 2007.

(16) Bolivia firmó la Convención y el protocolo facultativo el 13 de agosto de 2007 y los ratificó el 16 de noviembre de 2009.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tela de los mayores de edad y menores emancipados, cuando unos u otros adolezcan *"de enfermedad habitual de la mente"* que les incapacite para el cuidado de su persona y bienes, previa declaración de interdicción, *"aunque tenga intervalos lúcidos".* De sus preceptos ni tan siquiera se colige que el interdicto pueda tener participación alguna en el proceso de su interdicción, pudiéndose incluso internar en un manicomio (expresión del legislador), dependiente del Estado, cuando el interdicto no cuente con recursos propios para su curación (artículo 348).

Tampoco se ofrecen avances en el Derecho chileno en este orden (17). Al igual que los códigos que se han inspirado en él, el Código de Andrés Bello excluye a los ciegos, a los mudos y a los "dementes", de la posibilidad de ser tutores (artículo 497.1, 2 y 3). De igual manera, según el artículo 723, segundo párrafo, *"Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros".* En tanto, el artículo 1147, primer párrafo, cataloga como incapaces absolutos a los "dementes", los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. En este orden ni tan siquiera se ha modificado el precepto, en el sentido de admitir que las personas con discapacidad sensorial auditiva que puedan comunicarse por el lenguaje de señas, no se les restringirá el ejercicio de su capacidad jurídica. El Código Civil chileno se afilia a un sistema binario de capacidad-incapacidad, de modo que al declarado incapacitado, se le representa, sustituyéndose su voluntad.

El Código Civil de El Salvador, sigue el modelo chileno y reproduce los preceptos a los que hecho referencia (18). De este modo se sigue aún empleando el término demente (artículos 762 *in fine*, relativo a la adquisición de la posesión y el artículo 1318, primer párrafo, que se explaya en los mismos términos que el artículo 1147, primer párrafo, de su Código inspirador, a saber: el Código Civil chileno). Por su parte, el Código de Familia de El Salvador, que ha sido fuente de inspiración de otros códigos familiares del continente, regula la incapacitación en el artículo 293, incluyendo como causas

(17) Guatemala firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 29 de junio de 2008.

(18) El Salvador firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 14 de diciembre de 2007.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de estas, la enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos y la sordera, salvo que la persona con tal discapacidad pueda entender y darse a entender de manera indudable. Al incapaz se le somete a tutela. El Código en materia de menores, sí que llega a regular la autoridad parental prorrogada y la restablecida, siguiendo así el modelo español. Como un signo distintivo, se regula en el artículo 294 el internamiento de las personas con discapacidad psíquica, para lo cual se requerirá autorización judicial previa, salvo que se trate de supuestos de urgente necesidad, "*en cuyo caso, el titular del centro que aceptare el internamiento dará cuenta inmediatamente al juez, y a la familia de aquél o a su representante si fueren conocidos, y en todo caso al Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, so pena de incurrir en responsabilidad el mencionado titular*". De todos modos el precepto no prevé que el "enfermo mental", denominación que utiliza o emplea, tenga participación alguna en su proceso incapacitación, ni mucho menos en su internamiento en un hospital.

El Código Civil de Paraguay, Código sancionado en la década los 80 del pasado siglo, toma como referencia en la regulación de la interdicción y de la inhabilitación el modelo argentino, introducido tras la modificación al Código velezano, en 1968. Se trata de un Código que rompe con el esquema binario de capacidad-incapacidad. En él se enfoca el ejercicio de la capacidad jurídica, en dos direcciones, una la interdicción en la que se sustituye la voluntad del interdicto, y otra, la inhabilitación, en la que no hay sustitución, y sí asistencia. Este Código se aparta de los estudiados y ofrece en el panorama latinoamericano, uno de los modelos más logrados, al igual que el argentino, previo a la Convención. No quiero decir con ello que el Derecho paraguayo recepte los postulados de la Convención, pero sí que su regulación dulcifica el trato dado a las personas con discapacidad psíquica e intelectual. Conforme con su artículo 73, la declaración de incapacidad atañe a los mayores de edad y a los menores emancipados, que por causa de enfermedad mental, expresión empleada por el codificador, *"no tengan aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes, así como los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito u otros medios, que se hallen en las mismas circunstancias".* Se regula la figura del defensor de incapaces. Al menos su artículo 76 permite que el juez examine al presunto incapacitado, en presencia de un médico. El curador

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que se le nombre (con funciones de representación, no de asistencia), tendrá el deber de "*cuidar que el interdicto recupere la salud y capacidad, y a tal fin aplicará preferentemente las rentas de sus bienes. Si se tratare de un sordomudo, procurará su reeducación*", extremos que en los códigos decimonónicos se obviaba, acentuando el tratamiento de objeto dado a las personas incapacitadas. El propio interdicto, tiene legitimación *ex* artículo 83 para solicitar que la interdicción quede sin efecto, cuando hayan desaparecido las causas que motivaron su establecimiento. La inhabilitación está prevista en el artículo 89 para *"quienes por debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, u otros impedimentos psicofísicos, no sean aptos para cuidar de su persona o atender sus intereses".* No obstante, esta formulación legal resulta verdaderamente imprecisa pues qué entender por debilidad de la facultades mentales, quién la determina, bajo qué criterios, en qué circunstancias. Las consecuencias de la declaración judicial de inhabilitación las establece el artículo 90. Así, "*El inhabilitado no podrá disponer de sus bienes ni gravarlos, estar en juicio, celebrar transacciones, recibir pagos, recibir ni dar dinero en préstamo, ni realizar acto alguno que no sea de simple administración, sin la autorización del curador que será nombrado por el juez*". O sea, el curador sustituye la voluntad del interdicto y asiste al inhabilitado. Como se constata, el Código Civil paraguayo se inscribe entre los códigos más flexibles en la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica, pero sin que en los últimos años haya introducido en su preceptiva, novedades a tono con la Convención (19).

El Derecho civil peruano ha sido de los pocos del continente que han regulado en materia de discapacidad, modificando el vigente Código Civil. He ahí la peculiaridad. En una buena parte de los ordenamientos jurídicos de este lado del Atlántico se han sancionado leyes protectoras de las personas con discapacidad, pero en todo caso con un enfoque más público que privado.

El Código Civil peruano de 1984 también clasifica entre los "más avanzados" en materia de capacidad jurídica, aun cuando no supe-

(19) Paraguay firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 3 de septiembre de 2008.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ra el test que impone la Convención (20), cuyo listón resulta demasiado alto para los ordenamientos latinoamericanos. En efecto, como expresa el profesor Espinoza Espinoza, el Código Civil peruano regula tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio, haciendo referencia a las restricciones que esta última puede tener. El Código distingue entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa (en este caso entendiendo los supuestos de restricción a la capacidad de ejercicio) (21). Según el artículo 42, la capacidad de ejercicio puede limitársele a las personas naturales por razón de la edad, la salud física o mental, los actos de disposición patrimonial y como consecuencia de la aplicación de una medida civil, derivada de una sanción penal. El artículo 43, entre otros supuestos, regula como incapaz absoluto para el ejercicio de la capacidad jurídica a quien por cualquier causa se encuentre privado de discernimiento. Y en tal sentido, según el parecer del profesor Espinoza Espinoza, el discernimiento es uno de los dos elementos constitutivos de la voluntad (el otro es la volición), "que hace al hombre para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese 'algo' es bueno o malo" (22), "Por consiguiente, en el caso de aquella persona privada de discernimiento, que no puede expresar su verdadera voluntad, lo que se realiza es un acto carente de una valoración subjetiva" (23). Por su parte, el artículo 44 regula como relativamente incapaces de ejercicio, a los menores de edad, mayores de 16 años, o sea, a los que en otros ordenamientos se les llama menores adultos, a los retardados mentales, calificados como sujetos que carecen de la libre determinación de la voluntad, al no comprender el significado de sus manifestaciones ni de obrar en consecuencia, y a aquellos sujetos que sufren de deterioro mental que les impida expresar su voluntad, o sea, aquellos que padecen de un daño progresivo en sus facultades intelectuales o físicas, a los pródigos, a quienes incurren en una mala gestión, y a los ebrios habituales y toxicómanos, entre otros. Es dable destacar la aplicación del principio de proporcionalidad en

(20) La cual fue firmada por Perú, junto con el protocolo facultativo el 30 de julio de 2007 y los ratificó el 30 de enero de 2008.

(21) Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, 5.ª edición, Rhodas, Lima, 2006, p. 630.

(22) *Idem*.

(23) *Ibídem*, pp. 630-631.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sede de curatela (en el entendido de lo que en otros ordenamientos jurídicos se le llama tutela). El artículo 581, primer párrafo, deja establecido que la interdicción o incapacitación la declara el juez, y que en la resolución judicial en que se contenga *"se fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél.* En mejor técnica, el codificador debió establecer que el juez fijaría la extensión y límites de la curatela conforme con el grado de restricción de la capacidad jurídica del sujeto. Con ello se invertiría la regla de que en sede de capacidad jurídica prevalece su existencia, y que las limitaciones o restricciones son excepcionales, pero siempre dejan subsistente al menos en principio, la capacidad de ejercicio.

En el 2010 el Código Civil peruano tiene una modificación importante que le convierten en el primer Código latinoamericano que regula la autocuratela –autotutela en otros ordenamientos jurídicos como el español–, en el cual sin dudas abreva (24). A pesar de que el Código Civil en su prístina redacción no dimensiona la discapacidad desde un enfoque social, no deja de ser meritoria la modificación operada en sede de curatela al permitir a la persona, eso sí, "*con capacidad plena de ejercicio*":

a) nombrar a uno o varios curadores;
b) designar sustitutos;
c) prever la autocuratela negativa, o sea, qué personas deberían quedar excluidas de la delación de la curatela (por supuesto entre los parientes y el cónyuges, reconocidos en los órdenes prelatorios previstos para la tutela legítima –artículo 569–); y
d) la determinación del alcance de las facultades que ostentará quien a la postre resulte designado curador.

Como expresé, la norma calca la regulación de la autotutela prevista en el artículo 223, segundo párrafo, del Código Civil español, tal y como ha quedado redactado por la modificación que introdujera en el texto español la Ley 41/2003 de protección patrimonial a las personas con discapacidad. Se trata de una autocuratela que no suprime la curatela de autoridad judicial prevista por el codificador

(24) Sobre el tema en la doctrina nacional, *vid*. De Vettori González, Jessica, *La autotutela como una nueva institución de amparo familiar*, Gaceta Notarial, Lima, 2013, *passím*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

peruano. La Ley 29663 de 14 de diciembre de 2010, Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor, se limita a incluir la figura en un artículo, el 568-A y luego a modificar el orden de prelación establecido en el artículo 569, abriendo paso en primer orden a la persona nombrada por quien luego podría serle restringido el ejercicio de la capacidad jurídica, al punto de ser declarado judicialmente interdicto. Mientras, en el artículo 2030 se incorpora entre los actos y resoluciones inscribibles en el Registro personal de la superintendencia nacional de registros públicos, el nombramiento de tutor o curador, si bien la facultad prevista en el artículo 568-A es relativa al nombramiento de curador. No cabe duda que tal disposición ante la desolación que ha supuesto el tema en los códigos civiles del continente deviene en indudable paso de avance en el fortalecimiento de la autonomía y del poder de decisión de las personas, pero no puede perderse de vista, que tal y como ha sido regulada la figura, el acto de autoprotección que ello lleva insito, solo es atribuido a las personas adultas en pleno ejercicio de la capacidad jurídica, de lo cual cabría colegir que los relativamente incapaces, según el dictado del artículo 44 del Código Civil peruano no pueden dictar estipulaciones previas para su propia interdicción o incapacitación, pues no le resultaría de aplicación, ya que se diseña como un acto personalísimo, al cual no puede acudir un incapaz relativo, asistido de su curador, cuando la restricción del ejercicio de la capacidad no alcanzare a actos de esta naturaleza ¿Cómo entender entonces la expresión "*capacidad plena de ejercicio*" a que alude el artículo 568-A, incorporado en el Código Civil?

En el orden formal, una vez más el notario acude como garante de la seguridad jurídica. En tal sentido, se impone una forma *ad solemnitatem* para la declaración unilateral de voluntad, a través de la escritura pública, con el añadido, a mi juicio innecesario, de la presencia de dos testigos, en un momento en que su inclusión en el testamento notarial está en tela de juicio, y ordenamientos como el mexicano y el español ya lo han suprimido. Suficiente la fe pública notarial para garantizar la veracidad de la manifestación de voluntad, su autenticidad interna y externa, sin que los testigos lleven consigo un plus de legitimidad en el documento que contiene el nombramiento del propio curador.

Los primeros comentaristas de la norma peruana le dieron el beneplácito. Para Cárdenas Rodríguez "se trata de una respuesta ade-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cuada, aunque no completa ni suficiente, frente a los problemas surgidos con el aumento de la esperanza de vida, con la crisis del modelo de familia patriarcal amplia y con la mayor movilidad geográfica" (25). Sigue apuntando dicho autor que "La autocuratela es una de las vías ensayadas como reflejo de la tendencia a privilegiar la autonomía personal y como salida idónea ante la lentitud y sobrecarga judicial" (26). Mejías Rosasco, quien ha estudiado el tema con extremo detenimiento en el Derecho peruano, ha expresado con toda razón que "La ventaja de la nueva normativa se revela asimismo, en que antes, el juez, con toda la carga judicial, y la incertidumbre que todo proceso conlleva, decidía sobre un tema, sin haber conocido previamente a la persona, ni sus relaciones familiares, de tal suerte que actuaba, por decirlo así, a ciegas. Ahora se termina por reconocer que es el interesado el más idóneo para tomar las mejores decisiones en previsión de su futura incapacidad, ya que nadie mejor que él para aquilatar las relaciones y los vínculos afectivos que mantiene con sus familiares o con personas distintas de las consideradas en la lista taxativa de la curatela legítima" (27). Para un observador externo, como Barreiro Pereira, "Facilitar el tránsito progresivo de la autonomía personal a la dependencia de tercero y hacer que el propio afectado sienta que gobierna el desarrollo de este proceso coadyuva a su bienestar personal, reduce angustias y tiene un indudable calor terapéutico (…)" (28). Se trata de una figura sustentada en el legítimo derecho de autodeterminación del sujeto. Con ella –apunta Varsi Rospigliosi–, se reconoce "el derecho para que una persona escoja y designe a un curador concediéndoles las atribuciones que tenga a bien" (29). En fin, como en su día dijo

(25) Cárdenas Rodríguez, Luis, Editorial: "Curatela por voluntad anticipada", en *Revista Jurídica del Perú*, Núm. 119, enero 2011.

(26) *Idem*.

(27) Mejías Rosasco, Rosalía, entrevista: "Tenemos el privilegio de ser el primer país latinoamericano que ha dejado atrás el modelo de curatela exclusivamente judicial", en *Revista Jurídica del Perú*, Núm. 119, enero 2011, p. 14.

(28) Barreiro Pereira, Xosé Antón, "Comentarios a la Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor", en *Revista Jurídica del Perú*, Núm. 119, enero 2011, p. 19.

(29) Varsi Rospigliosi, Enrique, "Nombramiento personal de curador", en *Revista Jurídica del Perú*, Núm. 119, enero 2011, p. 22.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Canales Torres "… ahora puede designarse a personas que tengan mayor cercanía y afecto por el incapaz y disponibilidad para su cuidado, que sean más idóneas para el cargo, y que no necesariamente se encuentren mencionadas en la referida lista que tiene carácter cerrado, taxativo o numerus clausus" (30), "la autotutela plasmada en esta nueva norma se constituye en una opción legislativa interesante para que en vida podamos designar o vetar respecto de quien cuide de nuestra persona y bienes" (31).

Más interesante en el panorama del Derecho comparado del continente ha sido la posición de Colombia, uno de los pocos países que han intentado poner a tono el Código Civil con los postulados de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y que ha tenido una prolífera producción jurisprudencial en el ámbito constitucional (32). En efecto, "… la jurisprudencia constitucional colombiana en relación con los derechos de las personas con discapacidad no ha jugado un rol pasivo, por el contrario, la Corte Constitucional Colombiana (sic) ha protegido ampliamente a las personas con discapacidad y se ha referido a sus derechos en numerosas ocasiones, los ha ampliado, ha garantizado y en general ha redignificado a la persona con discapacidad y recalcado la posición privilegiada que le otorga el texto constitucional" (33).

---

(30) Canales Torres, Claudia, "La voluntad anticipada *versus* la curatela legítima. La autotutela introducida por la Ley Núm. 29633", en *Revista Jurídica del Perú*, No. 119, enero 2011, pp. 28-29.

(31) *Idem*, p. 29.

(32) Colombia firmó la Convención el 30 de marzo de 2007, pero no la ha ratificado, ni ha firmado su protocolo facultativo.

(33) Correa-Montoya, L., "Panorama…", *cit*., p. 118. Entre tales sentencias de la Corte Constitucional colombiana, cabe resaltar, y solo a modo ejemplificativo, la Sentencia C065/03, recaída en el expediente D-4185 (ponente Beltrán Sierra), en demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1068, numerales 5, 6, 7 y 13, del Código Civil, relativo a las prohibiciones para concurrir como testigo en los testamentos abiertos, de los ciegos, sordos, mudos y el cónyuge del testador.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de los tres primeros apartados que excluyen de la condición de testigos a personas en razón de sus discapacidades sensoriales y al tal efecto dejó sentado que: "*Encuentra la Corte que le asiste razón al demandante por cuanto los numerales acusados al establecer la inhabilidad para ser testigos de un testamento solemne a las personas ciegas, sordas y mudas, crea una discriminación inaceptable a la*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En el orden normativo, destaca la Ley 1306 de julio de 2009, que intenta ajustar de alguna manera el Derecho civil colombiano

---

luz de la actual Carta Política. En efecto, el artículo 13 superior dispone que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y recibirán el mismo trato de las autoridades «y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades», sin que sea posible establecer discriminación alguna por razones de «sexo, raza, origen nacional o familiar lengua, religión, opinión política o filosófica»; e impone al Estado la obligación de promover las condiciones para que dicha igualdad sea efectiva y real. Establece igualmente la disposición superior citada, que «El Estado protegerá a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometen».

"Se impone entonces al Estado la obligación de proteger a quienes por sus condiciones físicas, entre otras razones, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como puede ser el caso de las personas que padezcan de limitaciones como las que consagran los numerales acusados.

"Esa obligación del Estado, se traduce en la necesidad de adelantar políticas 'de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la 'atención especializada que requieran" (art. 47 C.P.), así como en la imposición, no sólo del Estado sino de los empleadores de «ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud» (art. 54 C.P.).

"… la Constitución no solo establece el deber de evitar todo tipo de discriminaciones, sino que impone al Estado la obligación de protegerlos especialmente y de desarrollar políticas específicas que les permitan su rehabilitación e integración social, de suerte que puedan vincularse a la sociedad en igualdad de condiciones a fin de que puedan gozar de todos los derechos constitucionales.

"Evidentemente, cuando la norma fue expedida encontraba una finalidad legítima, por cuanto en dicha época no se contaba con el avance científico y tecnológico que le ha permitido a quienes padecen ese tipo de limitaciones desarrollar plenamente sus capacidades y, por ello, consideró entonces el legislador que dichas personas no podían testimoniar sobre el otorgamiento de un acto solemne como lo es el testamento. Pero, precisamente ese avance científico y tecnológico que les ha permitido a las personas ciegas, sordas y mudas, actuar con la plenitud de sus atributos dentro de la sociedad, ha promovido a su vez el reconocimiento pleno de sus derechos en el ordenamiento jurídico (…).

En otra sentencia, la T-553/11, recaída en el expediente T-2.980.40, ponente Pretelt Chaljub, la Sala Séptima, de Revisión de tutelas, conoció de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

con la Convención, si bien los resultados no caben catalogarse de halagüeños (34). La norma citada en su artículo 2, establece que el

---

un caso de un abogado, con discapacidad física cuyos derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana, acusó que estaban siendo violados debido a que no podía ejercer su profesión de abogado litigante con plena autonomía porque el Complejo Judicial, sitio al que debe acudir con frecuencia, no contaba con condiciones de accesibilidad para personas en situación de discapacidad.

A tal fin, dejó dicho la Corte Suprema que *"Específicamente, en el caso de las personas en situación de discapacidad, esta Corporación ha referido que pueden constituir actos de discriminación contra esta población: "la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad." (Subrayado fuera de texto)*

"El acto discriminatorio puede originarse en una acción deliberada o un resultado no previsto, lo cual en todo caso «(…) implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable»" (Subrayado fuera de texto)

"Ahora bien, para que un trato diferente esté justificado esta Corporación ha encontrado que deben observarse los siguientes parámetros: «primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada».

"Los actos discriminatorios pueden originarse en el lenguaje de las normas o en las prácticas de las instituciones o de la sociedad que de manera injustificada llegan a constituirse en una forma de vida y son aceptados con naturalidad, lo cual conlleva que las personas que sufren este tipo de exclusión tengan que soportar cargas infundadas desde el punto de vista moral y/o jurídico.

"A la luz de las consideraciones precedentes, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de las personas en situación de discapacidad puede devenir no sólo por acción sino también por la omisión de acciones afirmativas de que son titulares lo cual mantiene la estructura de exclusión social e invisibilidad a la que han sido sometidas históricamente, y que obstaculiza el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales."

(34) Sobre la citada ley y los cambios introducidos en el Derecho colombiano *vid*. Parra Benítez, Jorge, *El nuevo régimen de incapaces en el*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

término "demente" que aparece en los textos legales colombianos será sustituido por la expresión "persona con discapacidad mental absoluta". Así mismo, el artículo 32 indica que son personas con discapacidad mental relativa aquellas que padecen deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, pueden poner en serio riesgo su patrimonio. Define la ley a los personas con discapacidad mental absoluta como aquellas que *"sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o deterioro mental"* (artículo 17).

Aunque esta ley se presentó como un avance para los derechos de las personas con discapacidad, en realidad no atiende a los postulados de la Convención de Naciones Unidas y tanto su proceso de elaboración, como su contenido, dista mucho de la apuesta que en materia de capacidad jurídica quiere hacer este importante instrumento internacional. Una reforma central en la vida de las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial, como la que introduce la Ley 1306 de 2009, no puede alejarse de los postulados del instrumento internacional más importante en materia de discapacidad. En tal sentido se le objeta que la aprobación de la norma se realizó sin la participación activa y eficaz de las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial, sus familias y las organizaciones que traban por y con ellos, que son sus principales destinatarias, se estructura bajo la idea de sustitución de la toma de decisiones de las personas con discapacidad, lo cual se contrapone con los planteamientos de la Convención que a la luz del artículo 12 exige como regla general proveer apoyos en la toma de decisiones para permitir la dignificación de las personas con discapacidad como sujeto de derechos, la igualdad, la inclusión y su participación plena en la sociedad, la Ley regula defectuosamente los tipos de discapacidad a la luz de los estándares internacionales fijados por la Clasificación Internacional

---

derecho colombiano. Ley 1306 de 2009, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 2011, *passím*; Serrano Gómez, Rocío, "Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, volumen 40, Núm. 113, julio-diciembre 2010, pp. 314-319 y Montoya Osorio, María Elena y Guillermo Montoya Pérez, *Las personas en el Derecho civil*, 3.ª edición, Leyer, Bogotá, 2010, pp. 277-315

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del Funcionamiento (CIF) y la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Según la Convención, la discapacidad se clasifica en cuatro tipos: física, sensorial, intelectual y mental (*vid*. artículo 1). La Ley no distingue con claridad la discapacidad mental de la intelectual y en diferentes artículos las asimila, de manera discriminatoria, a otras condiciones como la "prodigalidad" o "la inmadurez psicológica". De hecho, incurre en el grave problema de asimilar la discapacidad a minoría de edad. Tampoco aborda la discapacidad como una condición humana diversa, objeto de la especial protección por parte de la Constitución de 1991 (*vid*. artículos 13, 47, 54 y 68) sino como una enfermedad, o como una condición de anormalidad que debe ser protegida, normalizada y homogenizada. Esta forma de entender la discapacidad no corresponde al modelo social y al modelo de derechos humanos que a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debe servir como parámetro para abordar la discapacidad. La regulación legal de la capacidad jurídica debe responder a esa condición diversa y dar apoyos uno a uno en función de esa misma diversidad. La Ley refuerza la tradición civilista-romana según la cual la principal preocupación del régimen de la capacidad jurídica es el manejo del patrimonio y la conservación de la seguridad del negocio jurídico. Contrario a la Convención cuyas prioridades son: la realización de los derechos humanos, la vida autónoma e independiente, la igualdad, la inclusión social y la plena participación pública y política. La ley implica una especial atención por las decisiones patrimoniales, perdiendo de vista que las decisiones más importantes de la vida cotidiana no son necesariamente del orden patrimonial. Aquello que protege principalmente el artículo 12 de la Convención es la capacidad de tomar decisiones autónomas, de forma libre y en condiciones de igualdad. La protección patrimonial es importante, pero el centro es la persona con discapacidad y su capacidad para decidir. El desarrollo legal que se ofrece de la Ley 1306/2009 está mediado fuertemente por el modelo médico-rehabilitador que considera a las personas con discapacidad como pacientes, a la discapacidad como una enfermedad que se padece y frente a la cual la habilitación y la rehabilitación son lo más importante. El apoyo en la toma de decisiones y la regulación de la capacidad jurídica no debe versar en función, como lo hace la Ley 1306/2009, de la severidad de la patología o del deterioro de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la salud. Por el contrario, deben ser las capacidades concretas, los niveles de discernimiento y las posibilidades reales de la persona, entre otros, a los que el juez debe acceder, no sólo por medio de los profesionales de la medicina, sino de familiares, amigos y en general por medio de las redes sociales de la persona con discapacidad, para proveer los criterios para el apoyo en la toma de decisiones en cada caso concreto, esta protección debe dar cuenta de la diversidad y de la amplitud de necesidades de la persona. La Ley integra una clasificación estricta entre incapacidad absoluta y relativa, la cual se deriva de una mezcla desafortunada de los conceptos de discapacidad y del tratamiento civilista de la incapacidad que no responde ni a la realidad de las personas con discapacidad, ni a los conceptos de la Convención, ni a los estándares internacionales para la clasificación de la discapacidad establecidos en la CIF. A la luz de la Convención no existe la discapacidad absoluta, todas las discapacidades implican necesidades relativas y diversas en función de las capacidades especiales de las personas con discapacidad. La Ley acertadamente contiene menciones a un amplio espectro de derechos humanos de los cuales son titulares las personas con discapacidad, en algunas disposiciones parece entender y desarrollar de forma efectiva el modelo de derechos humanos para abordar la discapacidad. Sin embargo, la mayoría de los contenidos de dichos derechos no son desarrollados al interior de la ley por cuando exceden el objeto del régimen de la capacidad jurídica. La Ley implica una la periodicidad de la revisión de la medida de protección, dicha disposición (*vid*. artículo 29) acertada a la luz del Convención, sin embargo, es necesario tener en cuenta las posibilidades reales del juez de llevarla a cabo y al mismo tiempo es necesario no exigir únicamente una valoración médica, sino tener en cuenta a un grupo de personas cercanas más ampliado, así como a las persona con discapacidad en concreto.

En el Derecho cubano, el Código Civil de 1987 en el artículo 31 incluye entre las personas carentes de ejercicio de la capacidad jurídica (las que son considera radas incapaces): a los menores de diez años y a los mayores de edad, declarados judicialmente incapacitados. Como apunta Valdés Díaz al comentar este precepto, "Se trata de un pronunciamiento legislativo de alcance general, que abarca a todos los actos en los que pueda involucrarse un sujeto, de manera que toda su actuación queda vetada y corresponderá al represen-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tante legal del incapacitado obrar en nombre de aquél" (35). No podría decirse que dicho cuerpo normativo se adscribe a aquellos homólogos en los que el binomio capacidad-incapacidad es la pieza clave en la que se dimensiona la capacidad jurídica. El artículo 30, si bien con poca aplicación práctica en nuestros predios, regula supuestos de restricción de la capacidad jurídica, matizando el tema. En el entorno cubano la capacidad restringida ha de entenderse como el reconocimiento de potencialidades en el sujeto de derecho. La persona, en principio, puede realizar todos los actos jurídicos civiles, salvo aquellos para los cuales la resolución judicial de incapacitación así lo ha previsto. Por ese motivo ha de verse como lo que es: una excepción al pleno ejercicio de la capacidad de obrar del agente, solamente restringida, con las garantías procesales, cuando al efecto así ha sido probado ante el órgano judicial. Lo que es de lamentar es la tendencia que existe en nuestra práctica judicial de declarar judicialmente incapacitada a la persona en supuestos en los que no se explora las posibles potencialidades del sujeto, ello impulsado además por la carencia de instituciones de guarda y protección que tengan por finalidad solo la asistencia de las personas con discapacidades psíquicas o intelectuales, y no el régimen de suplencia del ejercicio de dicha capacidad a través de la figura de la tutela. Como expone la profesora Valdés Díaz, ante esta situación de anomia en el régimen de asistencia de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, "lo común, ante la ausencia de otras figuras más idóneas, es reconducir al sujeto con capacidad restringida a las normas del Código de Familia en sede de patria potestad o tutela, en franca contradicción con el pretendido objetivo de ofrecer mayores posibilidades de actuación a las personas que encajan en los supuestos del comentado artículo 30 del Código Civil" (36).

Esta posición denunciada por la mencionada profesora –a la que me afilio–, va en franca contradicción con el espíritu y la letra del Código Civil y con la de la Convención de los derechos de las per-

(35) Valdés Díaz, Caridad del C., "Comentarios al artículo 31", en *Comentarios al Código Civil*, tomo I–*Disposiciones preliminares*, *Libro I Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2013, pp. 516-517.

(36) Valdés Díaz, C. del C., "Comentarios al artículo 30", en *Comentarios…*, *cit*., p. 497.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sonas con discapacidad, igualmente ratificada por Cuba (37). Esa visión reduccionista de las potencialidades de la persona con discapacidad psíquica o intelectual, va en desmedro del ejercicio de sus derechos. El discernimiento o voluntad del sujeto no puede medirse en términos matemáticos, concretamente en ese lenguaje binario importado de las ciencias de la computación, de modo que se es capaz o incapaz, menor o mayor de edad. Nada más lejos de la verdad que seguir estos derroteros (38).

El proceso judicial de incapacitación sigue el modelo médico-rehabilitador (*vid*. artículos del 586 al 588 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico), el presunto incapacitado es examinado por el tribunal, pero no tiene participación, ni derecho a ser escuchado, siendo esencial el dictamen del médico de asistencia y la valoración de otros dos médicos (médicos legistas, presumiblemente especializados en psiquiatría forense, aunque no es preceptivo ello). Los trámites del proceso son los de la jurisdicción voluntaria, lográndose así celeridad, pero no todas las garantías que ofrece el proceso ordinario, como paradigma del proceso de conocimiento. La propia persona no puede iniciar el proceso judicial de incapacitación, sino terceros. Nada se establece sobre los internamientos psiquiátricos involuntarios. Además, aunque el Código de Familia al regular la tutela de los mayores de edad establece en

(37) Cuba firmó la Convención el 26 de abril de 2007 y la ratificó el 6 de septiembre de 2007, pero aún no ha firmado el protocolo facultativo.

(38) Expone el profesor Parra Benítez en su estudio sobre la Ley 1306 de 31 de julio del 2009, ya citada en este estudio que ha intentado adaptar el Derecho interno colombiano (Código Civil) a los retos que ha impuesto la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo un nuevo régimen jurídico de los incapaces, que en el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la mencionada Ley se dijo:

"Se abandona la antinomia entre «capacidad» jurídica enfrentada «incapacidad» que han tenido las legislaciones precedentes, a efecto de reconocer y hacer eficaz la voluntad de la persona en aquellos temas y campos en que se desenvuelve con ventaja en la sociedad, las cuales van desde unas pocas actuaciones que lo pueden beneficiar, en las personas gravemente afectadas, hasta prácticamente todos los campos del Derecho en los que tienen su intelecto sano, pero actúan de manera descontrolada en el manejo de su patrimonio, reconociendo que se trata de un espectro de discapacidad considerablemente amplio". *Vid*. Parra Benítez, J., *El nuevo régimen…*, *cit*., pp. 97-98.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el artículo 153.3 que corresponde al tutor *"procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad"*, rara vez se interpone en los tribunales demandas interesando la rehabilitación del declarado judicialmente incapacitado. Existe un consenso tácito entre los operadores del Derecho, muy a pesar, de que la declaración judicial de incapacitación tiene efectos definitivos, aunque jurídicamente así no sea. A diferencia del Código Civil español que precediera al vigente, no se admite la validez de los actos jurídicos del incapacitado en intervalo lúcido. La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que, declarada judicialmente incapacitada una persona, sus actos carecen de total validez, con independencia del grado de lucidez y discernimiento que tenga el sujeto (39).

De *lege ferenda*, el anteproyecto del tan anunciado nuevo Código de Familia (en su última versión de 2010), le da una nueva dimensión a las personas con discapacidad desde el Derecho privado (tómese en cuenta que en Cuba no se ha promulgado una ley de protección a las personas con discapacidad), pero no a tono con los principios rectores de la Convención de las Naciones Unidas de 2006. El artículo 1.3 proyectado contiene entre los objetivos del Código el respeto del principio de no discriminación, entre otros criterios, por discapacidad. Incluye entre las instituciones de guarda y protección la curatela, en el sentido que hoy le atribuye el Código Civil español, como institución de asistencia a las personas cuyo ejercicio de la capacidad jurídica ha sido restringido, la cual coexistirá con la tutela, esta enfocada como institución de sustitución de la voluntad de

(39) Así, y a modo de ejemplo la Sentencia Núm. 714 de 31 de octubre del 2003, en su cuarto Considerando, y la Sentencia No. 669 de 30 de septiembre del 2004, en su Segundo Considerando, ambas de la ponencia de Arredondo Suárez, a cuyo tenor se deja dicho que *"… la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, ello determina que mientras una persona no éste declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la aludida declaración judicial, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna (...)".* Pronunciamiento reiterado también en la Sentencia No. 220 de 31 de julio de 2009, segundo Considerando (ponente Acosta Ricart).

Sentencia Núm. 220 de 31 de julio del 2009. Segundo Considerando. Ponente Acosta Ricart.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

las personas declaradas judicialmente incapacitadas. Así, el artículo 247 propone la inserción de la curatela como *"la autoridad que con carácter transitorio se confiere, a una persona mayor de edad para que complemente la capacidad de obrar de otra persona o la asista, atendiendo a la intensidad de su deficiencia por razón de su capacidad restringida o discapacidad, sustentadas por edad o enfermedad".* El principio de autonomía privada toma auge con la posibilidad de inserción de la autotutela y la autocuratela, tanto positiva como negativa (*vid*. artículos 212, 225.1 y 249.1) (40). Básicamente se

(40) Es justo expresar que en Cuba, si bien la figura no está regulada, se ha entendido posible su instrumentación en sede notarial, al amparo del principio de autonomía privada y de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, derechos estos último, que han de ser garantizados por el Estado, según el artículo 9 a) de la Constitución. En tal sentido, se carece de las ventajas que ofrecería su regulación jurídica, al modo en que se propone insertar en el nuevo Código de Familia. No obstante, en la práctica notarial cubana se han autorizado escrituras públicas contentivas de actos de autoprotección, e incluso cabe apuntar un fallo judicial de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de la capital (Sentencia Núm. 120 de 30 de septiembre de 2008 de la que fue ponente la jueza Alfaro Guillén), recaído en un proceso contencioso sobre delación legítima de la tutela, en el que se valoró por la Sala de segunda instancia la escritura pública que había otorgado en su momento la devenida luego, incapacitada, sobre estipulaciones sobre la propia incapacidad, en la que manifestaba su voluntad porque su hija, no así su hijo, fuera nombrada judicialmente su tutora. Se deja sentado en él, a grandes rasgos, que la escritura de estipulaciones previsorias de la propia incapacidad, configurativas de la voluntad relativa al modo en que se desea por la incapacitada fuera proveída de asistencia en el momento de su vida en el que ya no pudiera decidirlo, de cuyo análisis se advierte la intención de la incapacitada de permanecer bajo los cuidados de su hija, constituye prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente (hijo de la incapacitada).

Se advirtió la relevancia de la existencia de estas estipulaciones, cuyo desconocimiento equivaldría a desconocer los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad, impeditiva, sin excepción alguna, de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habría de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger sin que contare para ello con el parecer del tutelado, deviniendo relevante, en consecuencia, la existencia de referencia directa al respecto como ocurrió en el caso, en el que desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones, equivaldría a una violación del derecho inherente a la perso-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

siguen los modelos español y peruano. O sea, la persona con plena capacidad jurídica puede disponer en ese momento quién desea que sea su tutor o curador para el caso en que se le declare judicialmente incapacitado o se le restrinja el ejercicio de la capacidad, a tono con lo previsto en los artículos 31 y 30, respectivamente del Código Civil, de modo que no se admite que una persona a la cual se le haya restringido el ejercicio de su capacidad jurídica pueda, asistida por su curador, instrumentar esta voluntad, lo cual en todo caso se documentará ante notario por escritura pública, respecto de cuya publicidad nada se dice en la norma, esencial sin duda, si quiere que pueda surtir efectos jurídicos al momento en que se tramite ante el tribunal competente el proceso judicial de restricción del ejercicio de la capacidad jurídica o de incapacitación. La decisión tomada ha de ser tenida en cuenta por el tribunal y en tal sentido no se deja esclarecido, en detrimento de la persona con discapacidad, que esa decisión sea vinculante para el tribunal, a menos que hayan cambiado las circunstancias (aplicación especial de la *rebus sic stantibus*) como establece el legislador español, y con ese afán sobreprotector hacia las personas con discapacidad y de su patrimonio que informa el Derecho cubano, se legitima a los parientes a los que la ley llama para constituir la tutela, o al fiscal, para impugnar la decisión tomada por la persona con discapacidad, sin que se fijen los motivos que justificarían tal impugnación. Se establece la naturaleza esencialmente revocable de esta manifestación de voluntad, haciéndose prevalecer la voluntad últimamente exteriorizada.

---

nalidad de la libertad individual, al no existir en el ordenamiento jurídico cubano, si bien omiso al respecto, prohibición normativa alguna, teniendo en cuenta, por último, que no se trataba exactamente de supuesto de disposición de autotutela (con el efecto vinculante que ello tuviera para el juez al no estar reconocido *ex lege*) que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana, por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada, sino que se pronunció exclusivamente por lo que consideró conveniente a su persona en momento en el que contaba con plenas facultades decisorias con efectos para cuando las careciere. *Vid*. a tal fin los comentarios a este fallo judicial, en Pérez Gallardo, Leonardo B., "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el Derecho cubano?", *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, Perú, tomo 185, abril 2009, pp. 323-336.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En el proyectado Código de Familia cubano se enaltece la figura del notario, pues la forma de la declaración de voluntad para deferir la propia tutela o curatela es la notarial, prescindiéndose, por fortuna, de la presencia de los testigos instrumentales, siendo suficiente la presencia notarial, sin más. Asimismo se propone un Título, el VII, destinado a regular la atención de las personas con discapacidad, pero solo a modo programático, principalista, contenido de un plexo de valores que propugna el papel que tiene la familia, pero sin concreción alguna. Se trata de normas que solo se dirigen a la protección familiar y social de este sector, pero nada se habla de la protección patrimonial. Se propicia la integración familiar y social de las personas con discapacidad, la labor educativa de la familia, su inserción en centros estatales especializados en su formación profesional. Cabe destacar los artículos 267 y 268 del anteproyecto de Código de Familia, en el que sin intención marcada del legislador que no ha tenido en cuenta una lectura pausada y esmerada del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, sí que se incorporan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, a saber: la formación de los familiares más propincuos a las personas con discapacidad como asistentes personales e interpretes de ellos, a través de su acceso a programas de asistencia social y de interpretación que las instituciones especializadas ofrecen, de manera gratuita, a los familiares de las personas con discapacidad para propiciar su inserción no solo familiar, sino también comunitaria y como dice el precepto "*con el propósito de lograr una mejor comunicación y mayor integración social del familiar discapacitado",* así como la cooperación que deben brindar las instituciones y organizaciones de masas y sociales en la comunidad en la promoción de los apoyos que el Estado debe brindar a través de sus entidades públicas en pos de la plena inserción social de las personas con discapacidad.

En el Derecho mexicano, la propia estructura federal de la República hace movediza y tortuosa cualquier aproximación al tema, pues hay que recordar que en México existen además de los 31 códigos estaduales, el del Distrito Federal y el común para toda la República (41). A ello hay que sumarle los códigos familiares que ya se han aprobado en varios Estados mexicanos. Por esta razón el estudio

(41) México firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 17 de diciembre de ese propio año.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que se hace del Derecho mexicano ha de realizarse en términos generales. Así, a grandes rasgos, todos los códigos civiles y familiares de México limitan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, al declarar el estado de interdicción y nombrar un tutor para la persona con discapacidad, todo lo cual se realiza a través de un procedimiento similar en todos los Estados, conocido como juicio de interdicción. Todos los códigos incluyen un lenguaje más o menos discriminatorio hacia las personas con discapacidad, dirigiendo principalmente las restricciones a la capacidad jurídica hacia las personas con discapacidad intelectual. Cabe destacar igualmente el hecho de que no obstante de que en general únicamente las personas con discapacidad intelectual ven limitada su capacidad de ejercicio, existen también otros códigos civiles en México en que las personas con otros tipos de discapacidad son objeto de estas restricciones. Por ejemplo, existen códigos en que las personas sordas que no pueden leer o escribir también son declaradas en estado de interdicción, así como algunos códigos en que inclusive las personas con discapacidades motrices son privadas de su capacidad jurídica si, como consecuencia de dicha discapacidad motriz las personas 'no puedan conducirse por sí para contraer obligaciones'. Con respecto a las restricciones a la capacidad jurídica de las personas sordas, en algunos Estados de la República existe un procedimiento simplificado para sujetarlas al estado de interdicción, en que se requiere inclusive menos condiciones que para sujetar a una persona con discapacidad intelectual al estado de interdicción. De la misma manera, existen en México otro grupo de personas que comparten las restricciones en la capacidad jurídica que las personas con discapacidad, tales como las personas adictas a las drogas o el alcohol. Estas restricciones adicionales a la capacidad de ejercicio ya han sido eliminadas de la mayor parte de los códigos civiles a nivel nacional, pero siguen en vigor en un pequeño número de códigos civiles y familiares en México.

Cabe destacar la reciente introducción en algunos códigos civiles del concepto de que únicamente las personas que "*no pueden gobernarse por sí mismas*" se encuentran sujetas al estado de interdicción, el cual, no obstante que resulta un término un poco menos discriminatorio y más técnicamente correcto, de fondo, la prohibición sigue siendo la misma, en el sentido de limitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Resulta destacable la introducción en algunos códigos del concepto que las restricciones a la capacidad jurídica se encuentran limitadas a las personas que no pueden manifestar su voluntad por sí mismas o "*por cualquier medio que la supla*", lo que nos llevaría a la conclusión inicial de que, siempre que una persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad directa o indirectamente por cualquier medio, entonces continuará teniendo pleno ejercicio de la capacidad jurídica. No obstante, y aún el texto aparentemente favorable de las disposiciones que permitirían ejercer la capacidad jurídica, en algunos Estados de la República a cualquier persona que pueda expresar su voluntad "*por cualquier medio*", el contexto en que se ubican estas disposiciones y las demás disposiciones legales relacionadas en la práctica supone una conclusión contraria, es decir, que las personas con discapacidad intelectual son privadas de su capacidad jurídica, independientemente de si pueden o no expresar su voluntad por cualquier medio, aún en aquellos códigos civiles que contemplan estas disposiciones de '*medios alternativos de expresar su voluntad'*. Finalmente, cabe mencionar que, no obstante que en diversos Estados de la República se ha puesto en vigor un nuevo Código familiar que reemplaza las disposiciones de sus antecedentes códigos civiles en materia de capacidad jurídica y relaciones familiares, estos nuevos códigos familiares reproducen todos prácticamente las mismas disposiciones de sus antecedentes civiles, cambiando por lo tanto en la forma pero no en el fondo.

No obstante, algunos actos de autoprotección han tomado cobija en el Derecho mexicano. Resalta la modificación operada en el Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 15 de mayo de 2007, y de la que da cuenta el notario García de Villegas (42). Se trata de lo que se ha denominado tutela cautelar, que no es sino la llamada autotutela en otros ordenamientos jurídicos, pautada en sentido general, en las mismas

(42) *Vid*. García de Villegas, Eduardo, *De la tutela designada a la tutela voluntaria*, Porrúa, México, 2011, *passím*. *Vid*. también Lozano Molina, Tomás, *Tutela cautelar y voluntad anticipada*, Porrúa, México, 2008, *passím*. Con anterioridad a las reformas operadas en México es dable consultar, *per omnia*, Cárdenas González, Fernando Antonio, *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, Porrúa, México, 2006, *passím*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cuerdas en las que ha sido recepcionada en otros códigos civiles, a saber: su instrumentación en sede notarial (como única opción), su naturaleza revocable, su carácter preeminente, a tenerse en cuenta por el juez para la constitución de la tutela, la posibilidad de nombrar sustituto y el alcance de sus facultades, previéndose además su impugnabilidad cuando hayan cambiado las circunstancias tenidas en cuenta por el luego incapacitado. La norma mexicana establece, eso sí, en una posición a mi juicio criticable, el deber del notario autorizante del instrumento público en el que se contenga tal estipulación sobre la propia incapacidad, de "*agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse (…)"* (*vid*. artículo 469 *ter*) en mi criterio, incompatible con el desempeño de la función notarial, al menos en la manera en la que la tenemos concebida en mi país, en la que la apreciación de la capacidad natural y legal le compete al notario a través de un juicio que se exterioriza. Como expone García de Villegas "la necesidad de las disposiciones para la propia incapacidad se encuentra sólidamente sustentada por nuestro compromiso indeclinable con la defensa de la libertad y la dignidad" (43). Ha ganado también espacio en el Derecho mexicano las leyes sobre voluntades anticipadas, una de las cuales, y solo a modo de ejemplo, es la del Distrito Federal, dictada el 7 de enero de 2008 que permite, en el ámbito subjetivo de aplicación que, cualquier persona con capacidad de ejercicio, o cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado, o los familiares de estos, cuando aquellos no puedan expresarse de una manera inequívoca, o los padres o tutores del enfermo, cuanto éste sea menor de edad o judicialmente declarado incapacitado, tomar decisiones sobre el final de la vida, en evitación de medidas desproporcionadas que alarguen innecesariamente el fatal desenlace. Según el artículo 8, fracción I, de la mencionada ley, tal declaración de voluntad se instrumentará ante notario público.

He dejado para el final en este recorrido, que no ha sido tan brevísimo –como he anunciado–, por la geografía jurídica de nuestra

(43) García de Villegas, Eduardo, "La voluntad anticipada", p. 22, en www.notarios.com.mx/admin/fotos/.../eduardo_garcia_villegas.pdf, *consultada el 24 de febrero de 2014.*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

América, a la Argentina, por ser sin dudas, a pesar de las inconformidades de su beligerante, pero a la vez prolífera doctrina, el país que más ha hecho por atemperar los retos de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad a su ordenamiento interno (44). Ciertamente, no hay en toda Latinoamérica un país con más producción legislativa y jurisprudencia que Argentina, avocado ahora en un proceso de recodificación de su Derecho civil y su unificación con el Derecho comercial.

Según explican algunos de los mejores exponentes del tema en el Derecho argentino, el Código Civil venezolano, como sus contemporáneos, fue excesivamente rígido en la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica, "Si bien en materia de minoridad existían algunas escasas posibilidades de obrar para los menores, todas ellas estrictamente tasadas por la ley, en ambos casos (menores y mayores con deficiencias intelectuales) se los transformaba en un objeto digno de protección pero carente de su calidad de persona: su opinión carecía de importancia alguna" (45). Argentina se inscribe entre los países que introdujeron reformas a su Código Civil, encaminadas a dar admisión al principio de graduabilidad y proporcionalidad en la restricción, vía judicial, al ejercicio de la capacidad jurídica, de manera que coexisten un régimen jurídico de interdicción y uno de inhabilitación. De ahí la importancia del Decreto-Ley 17711/1968, que en materia del ejercicio de la capacidad jurídica de personas mayores de edad, introdujo el artículo 152 *bis*, regulador de la situación de los que padecen embriaguez o uso de estupefacientes, la de los disminuidos en sus facultades y la de los pródigos, cuando por esa situación expongan a su familia a la pérdida del patrimonio. Para todos estos supuestos la norma, reformadora del Código Civil, previó la posibilidad de nombramiento de un curador, con función esencialmente asistencial, sin cuya aquiescencia no le es dable disponer por acto entre vivos, aun cuando puede otorgar los actos de administración, salvo los que le limite la sentencia. Como han expresado algunos doctrinantes "El

(44) Firmada, junto al protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007, y ratificados el 2 de septiembre de 2008.

(45) Rajmil, Alicia B. y Luis R. Llorens, "Propuestas para una correcta regulación del régimen de capacidad y discernimiento en el derecho argentino, con especial referencia al proyecto de Código Civil y Comercial", MJ-DOC-6069-AR | MJD6069, 16 de noviembre de 2012, p. 2.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

régimen, que no dispone control judicial sino solo del curador, importó un avance importante. Podríamos decir que crea un régimen con graduación y con acompañamiento y sin reemplazo de la voluntad de la persona involucrada. Sin embargo, quizás por el temor que origina esa pérdida de control por parte del magistrado interviniente, no tuvo aplicación práctica en la medida deseada" (46).

Tras la aprobación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad el esfuerzo doctrinario, normativo y jurisprudencial ha sido incesante a los fines de incorporar los principios enarbolados por la Convención al Derecho interno. Así, el 21 de octubre de 2009 fue sancionada por el Congreso Nacional la Ley 26529, reguladora de las directivas anticipadas. Si bien con ella se daba luz verde en el Derecho argentino a la posibilidad de *"consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud",* la norma no dejó de recibir la censura de la doctrina, entre otras razones, por no regular lo relativo a "… la publicidad y la posible caducidad de las instrucciones, tampoco sobre la posibilidad de designar un mandatario que manifieste la voluntad de quien no puede expresarse" (47). En sentido general, no se incluyó en ella las previsiones que atañen al destino y administración de los bienes, aun cuando esto se ha hecho común en la manera en que en el Derecho comparado normas homologas regulan la materia. Como parte de la evolución legislativa que en los últimos tiempos ha tenido Argentina en este orden, se dictó la Ley 26742/2011, conocida como ley de muerte digna en cuyo artículo 11 que en esencia reproduce el contenido de la ley 26529 en cuanto a las directivas anticipadas, eso sí, dispone estrictos requerimientos en materia de forma, de interés en esta ocasión, al exigir que las directivas puedan instrumentarse por escritura pública ante notario y dos testigos (¿?), o ante un juzgado de primera instancia, lo cual a mi parecer resulta sumamente loable y atinado, dada la transcendencia que el acto reporta para la salud y la integridad física de su autor y las garantías que dicha cobertura formal ofrece (48).

---

(46) *Idem*.

(47) Crovi, Luis Daniel, "Las directivas anticipadas en el Proyecto", en *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (Argentina), año 4, Núm. 6, julio , 2012, p. 333.

(48) No obstante, algunos autores dentro de la doctrina argentina pa-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El 25 de noviembre de 2010 se sancionó la Ley 26657 de salud mental que en esencia mantiene la coexistencia de los regímenes de incapacitación por demencia, previsto en los artículos 140 y 141 del Código Civil, con el de inhabilitación del artículo 152 *bis,* si bien se exige la especificación de las *"funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía sea la menor posible"*. Para el primero, con reemplazo de la voluntad de la persona involucrada y con control judicial; para el segundo, con acompañamiento (supervisión) por el curador y sin control judicial, aspectos, estos últimos, en que no modifica los regímenes precedentes.

La Argentina está hoy inmersa en la recodificación de su Derecho civil y comercial. En efecto, con media sanción, el proyecto unificado de Código Civil y Comercial de la Nación apuesta por ser la pieza legal de más calado técnico, dada la orfebrería jurídica de su construcción, de toda Latinoamérica, a pesar de la fuerte crítica de la que ha sido objeto (49). Desde que en el 2012 fuera presentado el proyecto reformatorio del vigente Código Civil, de la mano

recen disentir en este orden. Criterios que no comparto. Crovi, con apoyo en doctrina precedente, considera que la exigencia de tal formalidad atentaría contra el carácter pragmático con el que han nacido las directivas (hay que recordar ciertamente su origen anglosajón). Prefiere que éstas se registren en la historia clínica del paciente, aun manteniéndose el requisito de los dos testigos, con la firma del médico actuante. Roitman, citado por Crovi, defiende la tesis de que "la mera posibilidad de formular directivas médicas anticipadas frente a un escribano, aseguran la identidad del declarante, más no garantiza su pleno conocimiento de las consecuencias que su decisión supone" (nota 10), con lo que se demuestra cierto desconocimiento del ejercicio de la función notarial, pues la garantía de la intervención del notario no se limita al juicio de identidad, además de resultar paradójico que se alegue que con la autorización en sede notarial, no se garantice el pleno conocimiento de los efectos del acto, pues precisamente el asesoramiento del notario se dirige a lograr que la voluntad del declarante sea informada, libre de toda presión externa, y con conocimiento de los efectos que se buscan esa declaración de voluntad, ya que como dijera González Palomino, en Derecho lo que importan son los efectos, y lo demás es pura literatura. *Vid*., Crovi, L. D., "Las directivas anticipadas…", *cit*., p. 334.

(49) Es interesante consultar todos los artículos publicados en los últimos tres años en la *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Editorial La Ley, concretamente los que se incluyeron en la edición especial, dedicada al análisis del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, año 4, Núm. 06, julio de 2012.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de los doctores y prestigiosos profesores y académicos Luis Ricardo Lorenzetti (Presidente de la Corte Suprema de la Nación), Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, ha sido objeto de una aguda y pertinaz crítica, que apunta hacia todos los flancos, entre los cuales el Derecho de personas y el de familia se suman los palmarés de ser los más criticados. Aún así, y para ser justo, el proyecto recoge, como ningún otro cuerpo normativo, los principios esenciales de la Convención, y el compromiso internacional que ha supuesto para cualquier Estado que la haya ratificado, entre ellos la Argentina (50). Los codificadores han dejado claro en los fundamentos, o exposición de motivos del Código Civil, que en materia de capacidad de ejercicio *"Las modificaciones importantes se producen (…), a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la Convención Internacional de las personas con discapacidad. De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como 'edad y grado de madurez', la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. En este contexto, se incorpora 'el adolescente' y se elimina la categoría de menor adulto o púber, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad. También se mantiene la noción de incapacidad, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas".* Esta última posición ha sido muy criticada, pues se aduce que se contrapone al espíritu del artículo 12 de la Convención. En definitiva, a pesar de los grises que pueda tener el Proyecto, como arguye Olmo, "No podemos dejar de reconocer algunos avances (…), en su intento de aggiornar el régimen actualmente vigente (…) en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de curatela, como (…): receptar expresamente los sistemas de apoyos para la toma de decisiones, establecidos judicial y extrajudicialmente; prever garantías del procedimiento aplicables a todo el territorio argentino (…); la inclusión del propio interesado en la nómina de legitimados para iniciar el proceso y su participación activa en el mismo con la debida asistencia jurídica, reconociéndole su cali-

(50) Argentina firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 2 de septiembre de 2008.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dad de parte, y la inmediatez con el juez interviniente; permitir la pluralidad de ejercicio de la función de la curatela y de los demás sistemas de apoyos; la posibilidad de anticipar directivas; prescribir reglas generales para la procedencia de internaciones que no cuenten con el consentimiento de las personas, entre otros". "El proyecto constituye (…) un avance significativo (…) al permitir expresamente la limitación parcial de la capacidad como así también (…) la obligatoriedad de la revisión periódica de las sentencias a los efectos de garantizar la evaluación constante de este grupo vulnerable de las personas" (51).

Aun sin que haya sido sancionado el nuevo Código Civil de la nación, la jurisprudencia ha desempeñado un papel significativo en la aplicación e interpretación de la Convención, y en la manera en que se pueden aplicar sus principios (52), sin desbordar los estre-

(51) Giovannetti, Patricia S., y Eduardo G. Roveda, "La inhabilitación por prodigalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, Núm. 06, julio de 2012, p. 368.

(52) Entre los fallos más recientes cabe citar, entre otros, la Sentencia de 11 de septiembre de 2013, recaída en el expediente Núm. 50.812/2000 –R. 625.608–"S. M. T. s/Insania"–CNCIV–SALA B–, publicado en elDial.com, AA857D, el 17 de marzo de 2014, consultado el 17 de abril de 2014, en cuyas valoraciones jurídicas y fallo se deja dicho que:

"… teniendo en cuenta que han existido elementos que permitirían poner en tela de juicio la idoneidad de la hermana en el desempeño de su rol de curadora y sin perjuicio de las atendibles razones expuestas por la Curadora Oficial en su memorial, consideramos adecuado dejar de lado en la especie las cuestiones formales vinculadas con la asignación de funciones dentro del Ministerio Público y, en orden a lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, convalidar en esta instancia la designación de la 'administradora de apoyo'. En tal virtud, se explicita que se le asigna como función esencial realizar un relevamiento de información preciso acerca del manejo patrimonial del haber previsional de la paciente, su monto, su gestión y su destino; así como también gestionar (sea junto con la curadora o autónomamente, según resulte factible o apropiado) la mejor forma para que sea integralmente invertido para una mayor atención y cuidado de M. T. "...la Curadora Oficial (como administradora de apoyo) deberá acompañar y guiar –en la medida de lo posible– al grupo familiar de la causante, quien cuenta con cinco hermanos (dos mujeres, entre las que está la curadora, y tres varones, de quienes prácticamente nada se sabe), en pos de lograr que aquélla asuma una mayor presencia y cercanía con la realidad de vida complicada y aislada de afectos que padece M. T. (repárese que ésta su-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

chos márgenes que ofrece la actual legislación vigente. No menos trascendente ha sido la labor de los notarios, tanto por el valor de sus tesis en el desarrollo académico del tema y en las propias reformas del Código Civil y de otras leyes previas, como en la protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad con el otorgamiento de directivas anticipadas u otros actos autorreferentes, como en su propia publicidad, a cuyo cargo se encuentran los registros de actos de autoprotección.

---

fre de sordera y ceguera, que se suman a su padecimiento psiquiátrico). "Se revoca y se deja sin efecto el punto de la sentencia que declara que M. T. «no conserva sus derechos activos»; y ello debe ser así porque, de lo contrario, se generaría una incompatibilidad notoria con el art. 103 del Código Civil; sobre todo porque resulta inconcebible decretar la muerte civil de la causante. En idéntica línea, y debido a lo confuso y eventual perjuicio que pueden causar las interpretaciones posibles de los términos empleados, déjase también sin efecto la expresión «no puede llevar a cabo actos personalísimos y aquellos de la vida diaria…»."

En materia de directivas anticipadas relacionadas con la salud es dable citar la Sentencia de 25 de julio de 2005 del Juzgado en lo Criminal y Correccional, Núm. 1, de Transición, de Mar del Plata. Se trata de un caso en que el cónyuge de una persona que padece una grave, progresiva e irreversible enfermedad, inició una acción de amparo tendiente que, en el futuro, se respeten las directivas anticipadas o actos de autoprotección emanadas de la paciente, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia, es decir, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción entablada, nombrando al cónyuge de la mujer y a su hermana como representantes para el cumplimiento de la voluntad libremente expresada. El tribunal dispuso a tal efecto que "*Es procedente la acción de amparo deducida con el fin de que sean respetadas en el futuro las directivas anticipadas emanadas de una paciente que padece una irreversible enfermedad –actos de autoprotección–, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia -en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo-, pues, tratándose de una conducta autorreferente, las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales".*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

3. LOS CAMBIOS DE PARADIGMAS QUE LA CONVENCIÓN IMPONE EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL NOTARIO

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad supone uno de los retos más interesantes que en los últimos tiempos el notariado ha tenido que enfrentar. Conforme con los dictados habituales de los códigos civiles y familiares las personas judicialmente incapacitadas le resultaban ajenas, como personas en sí, al notario. El tutor, como sustituto de la toma de decisiones de dichas personas, concurre por representación en los instrumentos públicos. Empero, hoy la Convención propicia y compromete a los Estados partes a ajustar sus ordenamientos internos a los pilares que ella sustenta. Pero estos ordenamientos internos no se limitan a los códigos civiles y familiares, sino compete además a los de naturaleza procesal y notarial, entre otros. En ocasiones los esquemas mentales de los notarios suelen ser rígidos, poco dados a recepcionar el vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías, las ciencias médicas y la propia evolución del pensamiento humano. El notario ha de ser un sostén de primer grado en el desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad. Y en tal sentido se requiere una educación en el notariado hacia lo interno que va desde el lenguaje hasta la manera de precautelar los derechos de las personas con discapacidad. En esta idea, no obstante enfatizo en el temor que pudiera provocar el efecto contraproducente de la interpretación de los principios de la Convención, que nos llevara a confundir igualdad de oportunidades con un falso igualitarismo.

No se trata de diseñar un mundo utópico en el que las personas con discapacidad, cualquiera sean estas, puedan desarrollar idénticas potencialidades que las personas que no tienen tales discapacidades, las diferencias en muchos casos existen y seguirán existiendo. De lo que se trata es de brindarles oportunidades para que puedan ejercitar *per se* sus propios derechos, hasta los límites permisibles, o sea, hasta lo que un tribunal o juez han previsto en cada momento, con la innegable ayuda que los apoyos y salvaguardias que la Convención sugiere, puedan brindar. No pretendo con estas ideas dar recetas para cada ordenamiento jurídico, creo que el propio devenir en la aplicación e interpretación de la Convención nos dirá la última palabra. El notariado, mientras tanto, tiene que acomodar sus conceptos, instituciones, definiciones, y su manera

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de realización profesional a esta sociedad plural que reclama de nuestro ingenio. Tiene que estar convencido para poder convencer. Siglos de enclaustramiento de las personas con discapacidad en sede instrumental, pesan y mucho a la hora de autorizar un instrumento público en el que ellas se conviertan en protagonistas de sus propios actos y negocios. La audiencia notarial cada día tendrá mayor significado por lo que la inmediación notario-cliente con discapacidad supone. No me refiero a la inmediación como principio instrumental, aludo a la necesidad de humanizar al notario, que en los últimos tiempos en algunas ciudades importantes, con el avance de la informática se ha ido "robotizando". La concurrencia de personas con discapacidad como comparecientes *per se*, cambia el chip con el que el notariado ha evolucionado como institución jurídica. Se trata de un cambio de modelo o paradigma en el que la persona con discapacidad, aun sea intelectual o psicosocial se convierte en cliente, dejando de ser *res nullius*.

3.1. El consejo y el asesoramiento a las personas con discapacidad, con especial referencia, a la discapacidad intelectual y a la psíquica

Los que desconocen la esencia de la función notarial, creen que los notarios nos limitamos a autorizar documentos públicos. Hay quienes incluso –con ignorancia supina–, nos califican de tramitadores, negando así la consistencia profesional de la labor notarial. Como diría Carnelutti, el notario "no es sólo un consultor jurídico, sino, el más alto grado, un consultor moral" (53). Como consultor que es, le compete la labor de asesoramiento y la de consejo, la primera sobre la base de sus conocimientos científicos, su pericia profesional, su dominio del Derecho positivo, de la doctrina, de la jurisprudencia. La segunda, como hombre o mujer de experiencia, como ser humano que ha vivido y sabe transmitirla. Al decir de De la Cámara Álvarez y Roan Martínez, "el Notario no solo tiene que asesorar, sino que en la mayoría de los casos debe dar su consejo

(53) Carnelutti, Francesco, "La figura jurídica del notariado", en *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, Núm. 1, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo, Gaceta Notarial, Lima, 2011, p. 149.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cuando se le pida. El asesoramiento es más frío que el consejo, el consejo trata de comprometerse en la decisión de las partes. El asesoramiento parece tener un gran fondo técnico; el consejo, sin despreciar aquél, tiene una extraordinaria carga vital, humana. Por eso el asesoramiento del Notario es sobre asuntos con fondo jurídico técnico; en cambio, el consejo puede tener este fondo o el más vario contenido" (…) "El asesoramiento se pide al notario como tal Notario; el consejo, al Notario y al hombre que está detrás de él" (54). Una parte importante de los consultas que hoy día solventa el notario tiene como trasfondo una situación vinculada con la dependencia o la discapacidad, ya se trate de proteger a título de legitimario a una persona con discapacidad, o de disponer a su favor un inmueble a título de liberalidad *inter vivos*, o constituir un fideicomiso. Igualmente, la actuación del notario se desenvuelve en gran medida con personas de edades provectas. Y aunque la senectud no lleva consigo necesariamente la discapacidad, no puede perderse de vista que con la edad, las personas adquieren ciertas discapacidades, ya sean mentales o psíquicas, o físico-motoras y también sensoriales (pues la sordera o la pérdida de visión suelen estar asociadas con la edad). Quien testa, piensa en las personas con discapacidad que dependen económicamente de él y a las que les quiere dotar de herramientas patrimoniales que les permitan hacer frente a sus más apremiantes necesidades. Compete al notario dar a las personas los utensilios jurídicos más útiles para responder con ello a sus múltiples interrogantes: así, la planificación hereditaria, la empresa familiar, las hipotecas, los préstamos, y de igual manera los actos autorreferentes que van ocupando un lugar significativo en la labor notarial.

El notario está acostumbrado a dar asesoramiento a personas con pleno ejercicio de la capacidad jurídica, pues suelen ser estas sus clientes, en tanto futuros comparecientes de los instrumentos públicos que autoriza. Empero, la Convención de los derechos de las personas con discapacidad conlleva a la necesidad de dar una orientación sistemática y personalizada a aquellas personas con capacidades diferentes pero con iguales necesidades de dar cobertura

(54) De la Cámara Álvarez, Manuel y José Roán Martínez, "La formación y selección del notario", en *Revista Jurídica del Notariado*, Colegios Notariales de España, Junta de decanos, año XV, número LXI-LXII, julio-diciembre, 1968, p. 163.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

jurídica y soporte formal a los disímiles actos y negocios jurídicos en los que intervienen. El notario tendrá que saberse comunicar con la persona con discapacidad para calar su voluntad, para determinar lo que realmente quiere, en algunas ocasiones acudiendo a los intérpretes en el lenguaje de señas que pueden servir de apoyo, pero sin que se cercene o se minimice en grado alguno la autodeterminación de cada sujeto. Hay que ser un verdadero intérprete, y no me refiero en el sentido de ser conocedor del lenguaje de señas, sino en el sentido carneluttiano, o sea, el notario como nuncio o portavoz de una voluntad, intermediario, que permite traducir los conceptos jurídicos. Hay que indagar hasta la saciedad, en la búsqueda de la voluntad del sujeto, solo así el acto o negocio será válido. Compete al notario un asesoramiento técnico, graduado, traducido al nivel de entendimiento de cada compareciente, según su grado de discapacidad, extremo para el cual aún no estamos suficientemente preparados. Las discapacidades intelectuales y psíquicas conllevan un inusitado abanico de posibilidades que deben ser resueltas con minuciosa profesionalidad. Aún más, cuando de consejo se trata, el notario se compromete con la solución que propone.

El notariado debe entonces asumir la responsabilidad que el consejo lleva ante los reclamos de las personas con discapacidad. Estas encontrarán en el notario, el médico del Derecho, pero un médico especializado en una medicina preventiva, un profesional que les garantice salud, con una visión previsora en el ejercicio de sus derechos subjetivos. El Derecho notarial es un Derecho profiláctico, un Derecho eminentemente preventivo y deberá seguir apostando en este orden.

3.2. El juicio notarial de capacidad según el dictado de la Convención

No existe un criterio unánime en la doctrina sobre el llamado juicio de capacidad y lo digo con toda intención. No todos los autores están contestes con el *nomen* que a esta aseveración notarial se le debe atribuir. Si bien unos prefieren llamarle calificación notarial. Otros, por el contrario, parten de la tesis de que estamos frente a un juicio propiamente dicho, es decir, a una afirmación o negación del notario dotada de una fuerte presunción *iuris tantum*, o sea, susceptible de rebatirse o destruirse a través del proceso judicial

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

adecuado, con la aportación de las pruebas destinadas a tal fin (55). Según Torres Escamez "… es la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen las condiciones personales de aptitud e idoneidad con arreglo a la Ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales" (56). Se trata, como expresa Giménez-Arnau de "… un acto o juicio personal que no pertenece al *juxta verum dictum* de la fe pública, sino más bien, al principio de legalidad; *juxta legem actum*" (57).

Se requiere como un *prius* lógico que los actos y negocios jurídicos sean el resultado de declaraciones de voluntad que se exteriorizan por personas que conocen los efectos de dicho acto o negocio, que saben discernir sobre lo que quieren, que en buen castizo están en su cabal juicio, lo cual no es sinónimo –como suele acontecer en el quehacer notarial–, que no tienen la más mínima discapacidad intelectual o psíquica (58). No solo se requiere capacidad jurídica, sino

(55) El Tribunal Supremo español en su Sentencia de 21 de marzo de 1972 ha dejado dicho que: *"La fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice siempre por signos perceptibles por el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos suelen ser precisos conocimientos científicos propios del psiquiatra, y así la afirmación por el fedatario de que, a su juicio, es capaz el compareciente ante él, constituye una presunción «iuris tantum» de exactitud, que los Tribunales pueden y deben revisar mediante prueba suficiente en contrario".*

(56) Torres Escamez, Salvador, "Un estudio sobre el juicio de capacidad", en *Revista jurídica del notariado,* Núm. 34, Madrid, 2000, pp. 211-212.

(57) Giménez-Arnau, Enrique, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 530.

(58) Es oportuno acotar que la apreciación de la capacidad del otorgante –según expresa Rodríguez Adrados–, fue considerada históricamente ajena a la función notarial, ello a partir de la concepción puramente sensorial tenida sobre ésta. El juicio de capacidad no tenía por qué expresarse en el documento conforme con la Ley del Notariado, ni tampoco según sus reglamentos, hasta el de 1921, solo lo reconoció el Código Civil español de 1889 en materia de testamentos, al llevarse a ley lo que ya venía reconocido en dos instrucciones, una de 1861 y otra de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro. *Vid*. Rodríguez Adrados, Antonio, "El documento en el Código Civil", en *Escritos jurídicos*, tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 37-42.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

su dimensión dinámica, su potencialidad para ejercitar *per se* los derechos, lo cual en doctrina se le ha dado el nombre de capacidad de obrar, capacidad de ejercicio o ejercicio de la capacidad jurídica. Pero cuando ese acto o negocio se instrumenta por notario, la sola intervención de éste para la autorización del documento, le dota de certidumbre y de autenticidad a su contenido. Tal certidumbre, implica, ante todo, que el notario se ha cerciorado del discernimiento de los comparecientes, al menos ha apreciado en ellos capacidad de querer y entender lo que pretenden concertar. Como se ha dicho con acierto, la trascendencia del juicio de capacidad "radica en que ésta es el soporte del consentimiento, quien, a su vez, constituye la esencia del negocio jurídico" (59).

El notario no es un perito, pero debe saber aplicar las máximas de la experiencia cuando aprecia esa capacidad volitiva de los sujetos, que le permite autorizar el instrumento público. El juicio notarial de capacidad actúa como la caja negra de un avión, es el sello indeleble en el que se sustenta la manifestación de voluntad o consentimiento, en tanto sin discernimiento, ni voluntad, no puede existir acto o negocio jurídico alguno. Solo las personas capaces pueden protagonizar un acto jurídico, y reitero hablo de personas capaces o competentes, con independencia del grado de capacidad o de competencia del sujeto, en todo caso, este será decisivo para la autorización de cada instrumento público, pero compete al notario su apreciación *ad hoc*. Y tal es el sentido de la Convención cuando protege y eleva al rango de derecho humano, el derecho a la capacidad jurídica. Para la Convención el derecho a la capacidad jurídica, no distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Se es persona, se tiene personalidad jurídica y en consecuencia, capacidad jurídica, la cual en su faz dinámica, puede excepcionalmente limitarse, restringirse, pero tal limitación no le impide al sujeto explotar sus facultades y potencialidades y apoyarse en terceros, incluido los curadores para que les asistan en el ejercicio de tales derechos. Más discutido resulta, si es dable aun en casos extremos, la posibilidad de la representación.

No hay reglas preestablecidas sobre el juicio de capacidad. Como expresa Gómez Taboada el notario no tiene herramientas especializadas para dar el juicio de capacidad, solo dispone "En principio,

(59) *Vid*. Torres Escamez, S., "Un estudio…", *cit*., p. 215.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

con su sentido común y con su experiencia –tanto personal como profesional" (60). Para Ballarín Marcial "El examen por el Notario, mediante una conversación de cierta envergadura con el interesado, bastará en la mayoría de los casos para cerciorarse de que sabe lo que va a firmar y conoce sus consecuencias jurídicas y prácticas, que es (…) como debe medirse la capacidad" (61).

Apunta Martínez Díe que "En definitiva, el juicio notarial de capacidad debe sujetarse a los principios de inmediación, de legalidad y de responsabilidad, que permitan construir los cimientos sobre los que deben sustentarse cuantos análisis se hagan sobre esta materia" (62). "El juicio de capacidad –al decir de Cavallé Cruz–, es el resultado del diálogo y atención personalizada del notario con el otorgante, siendo el norte de su actuación el respeto y defensa de los derechos de las personas" (63). Ciertamente el juicio de capacidad no puede establecerse sobre la base de un procedimiento rígido y formal, pudiera el notario aplicar un test psicológico o psiquiátrico a los comparecientes, pero no creo que ganaría mucho con ello. Coincido con Llorens en que "Ni desde la moral ni desde el derecho resulta una obligación del notario el negarse a autorizar el acto ante la más mínima duda, sino sólo ante la comprobación de trascendentes alteraciones intelectuales del otorgante. Lo contrario importaría una incriminación a la persona, inaceptable, injustificada y violatoria, entre otras normas, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (64).

(60) Gómez Taboada, Jesús, "Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento", en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007, p. 334.

(61) *Vid*. Ballarín Marcial, Alberto, "Naturaleza y clases de 'juicios' del notario ", en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tomo XXXV, Madrid, 1996, p. 532.

(62) *Vid*. Martínez Die, Rafael, "El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias", en *La Notaría*, Núm. 2, mayo 2002, p. 65.

(63) *Vid*. Cavallé Cruz, Alfonso, *El notario como garante de los derechos de las personas*, Jurista editores, Lima, 2012, p. 415.

(64) Llorens, Luis R., "El notario ante la persona dis-discerniente", ponencia presentada en la XIV Jornada notarial iberoamericana, celebrada en junio de 2010, en República Dominicana (cortesía del autor).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El Derecho notarial se informa como uno de sus principios medulares de la inmediación. No se concibe que el notario pueda dar un juicio de capacidad de alguien que no tiene frente a sí. Se hace imprescindible que como el médico que ausculta al paciente, el notario indague y explore la voluntad de quien concurre ante él, que determine si realmente puede exteriorizar esa voluntad, libre y de manera espontánea, ajustándola a las verdaderas intenciones del sujeto, sobre la base de la presunción general de capacidad, en el entendido de que toda persona tiene pleno ejercicio de la capacidad jurídica. Y si no lo tiene, compete al notario determinar el alcance de las facultades que puede ejercitar, el grado de autonomía, las preferencias, las prioridades. Puede que una persona tenga ciertas discapacidades intelectuales que no le permitan constituir una sociedad anónima, ni una fundación, ni un préstamo hipotecario, pero pueda expresar su voluntad en un acto relativo a su propia persona, en decidir si quiere viajar al exterior, si quiere cambiar de domicilio, si desea internarse en un establecimiento asistencial, o expresar sus preferencias sobre la persona que quiere que le cuide o le asista, o que administre su patrimonio. Esta persona quizás no pueda ser compareciente en una escritura pública constitutiva de una sociedad anónima, pero sí en una escritura pública de autotutela o autocuratela. De ahí, por qué discrepo de la manera en la que los ordenamientos jurídicos regulan este acto de autoprotección, en el que impiden que una persona, con apoyos, o asistencia (incluida la curatela en el sentido en que se regula en el Código Civil español) pueda expresar la voluntad en tal sentido.

Competerá al notario determinar en cada caso el grado de discernimiento que tiene la persona, sobre la base, eso sí, de lo dispuesto en sede judicial. En todo caso, si a juicio del notario, a pesar de la restricción impuesta por el tribunal o juez para un acto en concreto, la persona con discapacidad sabe y entiende lo que quiere relativo a ese acto en cuestión, nada le priva en su labor de asesoramiento sugerir lo que la Convención establece en el apartado 4.º del artículo 12, o sea, que se revise la medida de apoyo dispuesta, y el grado de restricción del ejercicio de la capacidad, a tono con las nuevas circunstancias y en proporción al estadio de la enfermedad psíquica. Si en la resolución judicial nada se ha dispuesto sobre el acto concreto que pretende concertar la persona con discapacidad, es dable entonces en virtud del principio *pro capacitate*, la autorización

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del documento público. Se trata de un juicio de capacidad flexible, que se adapte al nivel de discernimiento del sujeto. Hoy por hoy, no podemos negar que cuando autorizamos un documento público y volcamos al lenguaje jurídico la voluntad de una persona, que no tenga restricción alguna en el ejercicio de su capacidad jurídica, pero que su nivel de instrucción, no se lo permita, como notarios debemos traducirle esa voluntad, descendiendo del cielo de los conceptos como diría en su visión espectral IHERING, al terreno de las palabras ordinarias con el significado que en el lenguaje común ellas tienen (65). Solo así podrá entender el sujeto, en su condición de compareciente, los términos en los que han quedado redactadas las estipulaciones o disposiciones. Si ello acontece con el más común de los humanos, por qué entonces el notario no tendría que hacer lo mismo cuando a sus despachos concurran, en calidad de comparecientes, personas con diversas capacidades, titulares todas de la capacidad jurídica, a tono con el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas.

3.3. La comparecencia en el instrumento público de quienes apoyen o asistan a la persona con discapacidad: ni por si, ni por representación

Los ordenamientos jurídicos notariales, inspirados en el español, han resumido el carácter con el que se comparece o se interviene en el instrumento público (se ha utilizado indistintamente) en dos: por sí y por representación.

Desde hace más de un siglo SANCHO-TELLO Y BURGUETE al estudiar la estructura del documento público simplificaba esta, en la com-

(65) Como apunta GATTARI, referente al lenguaje y la terminología en los documentos públicos notariales: "se debe usar de los términos que corresponden al lenguaje medio, o sea de un entorno de relativa cultura, lo cual no prohíbe las estrictamente científicas, que en una sola expresión fijan más correctamente lo buscado. Allí es donde se ve al buen notario. Tiene toda la audiencia para desentrañar y explicar palabras y significados a las partes, en la medida en que éstas puedan desconocerlas o interpretarlas incorrectamente, lo cual no es sólo señal de respeto hacia aquéllas, sino que integra el deber de asesoramiento funcional y de docencia profesional". *Vid*. GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 89.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

parecencia por sí, cuando se hace coincidir al sujeto del derecho material, parte del acto o del negocio, con el compareciente del instrumento, o cuando se actuaba a nombre e interés de otro (comparecencia por representación), en el que se incluyen los supuestos de representación legal y voluntaria (66). Poco original ha sido el tratamiento de la figura por la doctrina científica que le sucediera. Entre los notarialistas de nuestro continente, la fórmula binaria por sí-por representación no ha fallado (67). La doctrina se ha hecho eco de las normas jurídicas vigentes que solo regulan supuestos de comparecencia por sí, o por representación, esta última en los casos de representación voluntaria, legal y orgánica.

Esta posición dual que se enseña al dedillo en las universidades, hoy con los reflejos de la Convención queda pasada de moda. A fin de cuentas no siempre se actúa por sí o por representación, póngase el ejemplo del gestor oficioso, que aunque lo hace por sí, de com-

(66) Sancho-Tello y Burguete, Vicente, *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900, pp. 141-142. Incluso dedica el capítulo IV, del Título primero, de la Parte segunda de su obra al estudio de lo que da en llamar "Del derecho de representación en los instrumentos públicos", dedicado con exclusividad a los distintos supuestos de representación legal y voluntaria en el documento público notarial.

(67) *Vid*. entre otros, los textos de Urrutia de Basora, Cándida Rosa y Luis Mariano Negrón Portillo, *Curso de Derecho Notarial puertorriqueño*, 3.ª edición, ediciones Situm, 2002, pp. 391-394, Villarroel Claure, Ramiro, *Fundamentos de Derecho notarial y registral inmobiliario*, 1.ª edición, Librería Jurídica "Omeba", Cochabamba, 2005, pp. 127-130; Román G., Ramón, *Lecciones de Derecho Notarial II*, Editorial La Universal, Managua, 2002, pp. 65-72, Verdejo Reyes, Pedro C., *Derecho Notarial*, Pueblo y Educación, La Habana, 1988, pp. 80-87, Pérez Gallardo, Leonardo B. e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, "Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el cubano", en *Derecho Notarial*, tomo II, bajo la coordinación de ambos, Félix Varela, La Habana, 2007, p. 239 y Chikoc Barreda, Naiví, "La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria)", en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 286-321. También puede colegirse de los estudios de Gattari, C. N., *Manual de…, cit.*, pp. 79-88 y de Gonzáles Barrón, Gunther, *Introducción al Derecho notarial y registral*, 2.ª edición, Jurista editores, Lima 2008, pp. 642-643. Por su parte, Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Notarial*, 7.ª edición, Porrúa, México, 1995, hace alusión a la distinción entre representación y asistencia, con cita de Bonnecase, pero se limita a su aspecto sustantivo sin sustentarlo en el ámbito instrumental.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

parecer a un instrumento público en tal carácter, o sea, el de gestor, debe dejar esclarecido su particular comparecencia en interés del *dominus*, a los fines de la ratificación ulterior de éste. Pero los términos de la Convención son otros. En la medida en que se hable de apoyos, contactos, asistencia, administración, los conceptos serán diferentes. Todo el que concurra como asistente, guardador, consejero, comparece también en el instrumento, ha de ser identificado, y será tan compareciente como el autor del negocio o acto jurídico, pues su presencia es requisito de validez del acto o negocio jurídico, así se haya dispuesto en la sentencia. Esta asistencia, si bien complementa el ejercicio de la capacidad jurídica, es un presupuesto del negocio o acto. Quien comparece por sí, en razón de su discapacidad, esencialmente intelectual o psíquica, requiere del curador, asistente, consejero, estos también expresan una declaración de voluntad que requerirá ser vertida en el instrumento, ya lo hagan en el mismo instrumento público en el que compareció la persona con discapacidad, o lo hagan en uno ulterior al solo fin de de expresar su aquiescencia con el acto o negocio que se pretende instrumentar. Funciona esa aquiescencia, a la manera de una ratificación. Recordemos que estamos en sede de asistencia, no de representación. Y quien asiste a la persona con discapacidad actúa como colaborador, pero colaborador necesario, de modo que la voluntad negocial de una de las partes se constituye con la declaración de voluntad del sujeto de derecho en esa concreta relación jurídica, aún tenga una capacidad diferente en razón de su discapacidad, y la del asistente o curador. Como expresa en la doctrina española Tamayo Clares, cuando se refiere a la comparecencia de quienes como los curadores, concurren a complementar el ejercicio de la capacidad jurídica "en las escrituras se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que comparezcan al efecto de completar la capacidad" (68). Competerá al notario exigir en todo caso el testimonio o copia de la resolución judicial en la que se habrá dispuesto tal medida de apoyo o complemento, con nivel de actualización, e indagar, a los efectos de calibrar si el acto, con independencia del criterio favorable del consejero, asistente o curador, resulta realmente favorable para la persona con discapacidad. Debe el notario determinar el

(68) *Vid*. Tamayo Clares, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 5.ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, p. 98.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

grado de autonomía que para ese acto en concreto tiene la persona, de modo que esté a buen resguardo lo previsto en el apartado 4.º del artículo 12 de la Convención, de que *"las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida".*

3.4. Concurrencia de los testigos de asistencia como apoyos de los comparecientes con ciertas discapacidades sensoriales y físico-motoras

Esta modalidad de testigos ha sido la que con más vehemencia se ha defendido entre los doctrinantes del Derecho Notarial. Ello motivado en buena medida en la función auxiliar que desempeñan los testigos asistenciales en el acto de autorización de cualquier documento público, máxime hoy día, con las amplias y cada vez mayores posibilidades que se le ofrecen a las personas con discapacidades sensoriales y físico-motoras (69).

---

(69) Reconocidos por la mayoría de las legislaciones notariales. Así, *v.gr.,* el Estatuto Registral y Notarial colombiano que los regula en su artículo 69, el Código Notarial de Costa Rica en su artículo 111, primer párrafo, la Ley Notarial de Puerto Rico los prevé en los artículos 21 y 25, si bien en este último artículo, se les nombra testigos instrumentales, firmantes a ruego. La Ley del Notariado del Perú los regula en su artículo 54, inciso g), aun cuando no les nombra como testigo, sino simplemente les identifica como *"persona, llevada por el compareciente".* La Ley del Notariado de República Dominicana los refrenda en su artículo 31, segundo párrafo *in fine* y 57 y les llama *"testigos aptos".* La Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al tildarlos de *"persona a ruego*", también les reconoce en su artículo 79, inciso c), de la cual dará fe de conocimiento el notario autorizante. Incluso el Reglamento de dicha Ley, que le llama *"firmante a ruego"* en su artículo 54 *in fine*, llega a admitir que éste sea *"el otro de los comparecientes si sus intereses no se contraponen con los del rogante".* El Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español en su artículo 195 también les regula, pero utiliza la disyuntiva de que firme *"por el que no lo haga la persona que él designe para ello o un testigo",* de ese modo, pareciere que el primero no es testigo. Asimismo el Código de Notariado de Guatemala en su artículo 29, apartado 12, al nombrarle simplemente *"testigo",* pero con la peculiaridad de que *"si fuere varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho".*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Deben su nombre a su concurrencia al instrumento público por solicitud expresa del compareciente, que pide o ruega porque le auxilien en el acto mismo de autorización del documento por el notario. Son ellos las manos de las que no puede disponer el compareciente en el acto de autorización del documento, o de otorgamiento o aquiescencia, según se trate de escrituras o actas, respectivamente (70).

El Derecho notarial, y ello no puede calificarse de novedad, devenida del artículo 12.4 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, protege de forma general aquellos supuestos en que el compareciente en un instrumento notarial se vea imposibilitado de cumplir alguna de las formalidades que el otorgamiento prevé, específicamente, la lectura del documento y la plasmación del consentimiento (escrituras) a través de la firma. En sendos casos, el legislador aporta soluciones ante tales dificultades y permite que se concreten los objetivos deseados por quien pretende otorgar o asentir el instrumento.

En el Derecho cubano, a modo de ejemplo, si el compareciente no pudiere firmar, estampará en el documento notarial las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos, y a falta de éstos, de los dedos que tuviere, para lo cual interesará de un testigo de asistencia, su firma por él, lo cual se hará constar así en el documento por el notario.

(70) Su intervención está regulada en el Derecho cubano en los artículos 35, tercer párrafo, 37 y 38 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales y en el artículo 491 del Código Civil, en sede de testamentos notariales de personas con discapacidades sensoriales. Sin bien aclaro que el autor del Reglamento en el artículo 37, primer párrafo, no se refiere expresamente a testigos, sino a *"persona de su elección",* a diferencia del segundo párrafo, en que sí les nombra como tal, o sea, cuando ni tan siquiera se le puede tomar huellas dactilares al compareciente. Más, considero, que en ambos supuestos estamos frente a un testigo de asistencia, a pesar de la distinción apuntada.

En efecto, el artículo 491 del Código Civil y el artículo 37 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, prevén la posibilidad de que por impedimento del testador una persona de su elección estampe su firma (testigo de asistencia). En este supuesto, se incluyen a todos aquellos que físicamente les sea imposible ejecutar este requisito formal, independientemente de la causa que la genere y el período por el que se mantenga.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Si ello no resultara posible, o sea, si el compareciente no pudiera estampar las impresiones dactilares en el documento notarial, entonces el notario requerirá del compareciente la presencia de dos testigos, de los cuales uno, a elección del interesado, firmará a su ruego. En tal supuesto el notario expresará en el documento público la razón que impide la toma de dichas impresiones, sin que resulte trascendente a los efectos de la eficacia del instrumento, la exhaustiva precisión de la razón o motivo de la imposibilidad de firmar per se, del compareciente (71). Tampoco puede olvidarse que ambos testigos firman el documento, lo que solo uno de ellos lo hace también a ruego del compareciente.

A diferencia de otras legislaciones (72), la nuestra no exige del compareciente saber o no firmar, sino que pueda o no firmar, atendiendo más a una circunstancia coyuntural, que le impide objetivamente suscribir por sí mismo el documento público, pudiera tratarse

(71) Sostiene Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, 3.ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 230-231, *apud* Borda que tratándose de testamento, la exigencia legal (prevista en el artículo 3662 del Código Civil argentino) de que el escribano exprese la causa por la cual el testador no puede firmar, extensible al resto de las escrituras públicas, queda cumplida, expresando que no lo hace en razón de la imposibilidad padecida, sin que resulte indispensable determinar con precisión la enfermedad o accidente que lo inhabilita para hacerlo. Idéntica posición ha expresado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano en su *Sentencia Núm. 210 de 29 de marzo del 2005, primer considerando*, bajo la ponencia de Bolaños Gassó que dispuso: *"(...) al prestar confesión judicial uno de los demandados, quien había comparecido en el otorgamiento del cuestionado testamento como testigo de ruego, admitió haber presenciado que el otorgante, para negarse a firmar el instrumento notarial, ofreció argumento diferente al que plasmó el funcionario actuante, y ese extremo ha sido cumplidamente considerado en la sentencia interpelada arribando la sala de instancia a la convicción de su absoluta irrelevancia, habida cuenta que por una u otra razón actuó el notario conforme la ley exige en tales casos (...)".*

(72) Así, la Ley del Notariado del Perú que en su artículo 54, inciso g) incluye como variante, que el compareciente *"sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar",* la Ley del Notariado de República Dominicana, en su artículo 57 al enunciar ambos supuestos, la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que igualmente en el artículo 79, inciso c), admite ambas circunstancias y de la misma manera el Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español en su artículo 180, primer párrafo, y el Código de Notariado de Guatemala en su artículo 29, apartado 12.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de una discapacidad temporal como puede acontecer. Es suficiente, a mi juicio, que el compareciente manifieste el no poder firmar y que estampe las huellas dactilares de los dedos pulgares, o de los que tuviere y firme el testigo de asistencia, bajo la fe notarial (73). Su aquiescencia quedará expresada gráficamente, en efecto, con la impresión de dichas huellas y la solicitud de que el testigo a ruego firme, o en todo caso, si resultare imposible la toma de huellas dactilares, con la presencia de ambos testigos, y la firma de uno de ellos, a ruego del compareciente. De modo que, una impugnación ulterior del documento por el compareciente o por sus herederos, alegando que no consta su firma, a pesar de demostrarse que aquel sabía firmar y no lo hizo, devendría improcedente, en tanto ello supone la apreciación del venire contra factum proprium (74).

No existen reglas legales que establezcan en Cuba si el testigo de asistencia puede firmar a ruego en un mismo instrumento por más de un compareciente. En este sentido sigo el criterio de Pelosi, quien da respuesta a igual cuestionamiento en el ordenamiento notarial argentino, en el sentido de que ello debiera admitirse si todos los

(73) Este ha sido el criterio sostenido por nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en dos sentencias de la misma ponente (Arredondo Suárez) la Núm. 818 de 23 de septiembre del 2005 en su único considerando y la Núm. 826 de 26 de diciembre del 2005, igualmente en su único considerando: "*... denunciada la infracción de lo establecido en los artículos dieciséis de la Ley número cincuenta, de Notarías Estatales y el treinta y siete de su Reglamento, tal vulneración no existe porque, sentado por la sentencia combatida que ante la situación impeditiva planteada la fedataria procedió conforme a la posibilidad que franquea el último de los preceptos señalados, soslaya en todo caso el inconforme la trascendencia de la intervención de tal funcionaria pública que además de hacer constar el juicio de identidad y el de capacidad redacta el instrumento conforme a la manifestación de voluntad del testador y, después de leerlo en alta voz, procede a la firma conjunta también bajo su dación de fe de haberse cumplido con todas las formalidades exigidas por la Ley, como lo fue, inequívocamente, el que se estamparan las huellas dactilares del otorgante por no poder firmar, lo que inequívocamente fuerza al rechazo del motivo examinado (...)".*

(74) Particular que no resulta nada pacífico. Así *v.gr.,* para el testamento se prescribe por el Código Civil argentino que si el testador, sabiendo firmar, dijere que no firmaba por no saber hacerlo, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a ruego por alguno de los testigos (artículo 3660). *Vid*. Pelosi, C. A., *El documento..., cit*., pp. 231-233

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

comparecientes a cuyo ruego firma el testigo, integran o conforman una parte en el sentido material, admitir lo contrario pudiera quebrantar gravemente principios de deontología notarial (75).

La figura del testigo de asistencia o a ruego pudiera pasar inadvertida para la doctrina, ahora que intentamos descifrar –al modo del Código da Vinci–, los enigmas del artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, en clave notarial. Hay medidas de apoyos y salvaguardias que a lo largo de la historia de las normas notariales se han establecido para propiciar la comparecencia en el instrumento público de las personas con discapacidad. Reconozco que las mayores reticencias han sido y siguen siendo en materia de discapacidades psíquicas e intelectuales, pero los testigos de asistencia son apoyos legales indiscutibles, a tono con el artículo 12, en sus apartados 3 y 4, de la citada Convención. Ellos son elegidos libremente por el compareciente, en atención a su grado de confianza y constituyen un soporte ineludible en el otorgamiento y autorización de los documentos públicos.

3.5. Concurrencia del intérprete en el lenguaje de señas como facilitador de la comunicación del notario con comparecientes con discapacidad sensorial auditiva

Según la Real Academia de la Lengua, intérprete, del latín *interpres, -ĕtis* es la persona que explica a otras, en lengua que entienden, lo dicho en otra que les es desconocida (76).

La concurrencia del intérprete está sustentada en la imposibilidad del notario de poderse comunicar con el compareciente (77). En el entorno de mi país, el apartado segundo del artículo 50 del

(75) *Vid*. Pelosi, C. A., *El documento..., cit*., p. 233

(76) Consultado en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=intérprete, el 24 de abril del 2010.

(77) En ese preciso sentido, que no de la parte, no importa que la parte negocial, o parte en sentido material sepa o no el idioma en que escribe el documento público, lo que trasciende en el plano del *dictum* es que el compareciente se pueda comunicar con el notario, sea este compareciente por sí, o por representación. *Vid*. Pelosi, C. A., *El documento…, cit.*, p. 210, en su crítica al Código Civil argentino.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Código Civil brinda cobertura a toda persona con discapacidad para realizar actos jurídicos respecto de los cuales no tenga restringido el ejercicio de su capacidad jurídica. El legislador ofrece así amplias posibilidades en cuanto a la manera de realizar los actos jurídicos, y con esta norma de alcance general, deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, *v.gr.,* a través del lenguaje de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aun y cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (personas con discapacidad físico-motora) o del lenguaje oral (personas mudas). Ahora bien, esa comprensibilidad de la que habla el legislador trasciende al mundo de las personas que no tienen discapacidad, ya sea *per se*, o por el recurso del interprete (ya de un sordomudo o de un sordociego, *v.gr*.) quien tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar impeditivo a la persona con discapacidad de intervenir como cualquier otra persona en el tráfico jurídico.

El Derecho no pone cortapisas, deja la exteriorización de la declaración de voluntad, nervio central del acto jurídico, a las posibilidades de actuación del sujeto, según sus potencialidades y posibilidades reales, quien elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender. Hoy que se aboga desde las políticas públicas por el acceso de personas con discapacidad a la enseñanza, el empleo de un intérprete en el lenguaje utilizado, de tratarse *v.gr.,* de sordomudos, no supondría, en principio, un esfuerzo extraordinario o una erogación adicional para el otorgante del acto. Lo que trasciende en aras de la autonomía privada es que la persona con discapacidad pueda exteriorizar su voluntad. No puedo negar que este intérprete es tratado en la legislación especial, dígase la notarial y la registral del estado civil, como un testigo "idóneo", a ruego o de asistencia, que auxilia a la persona con discapacidad, en su condición de compareciente al instrumento público, si bien en buena técnica jurídica estamos en presencia de alguien que concurre en razón de su habilidad o pericia profesional, razón por la cual debe tener el tratamiento de perito, en calidad de intérprete, que no de testigo, calificado además de "idóneo", pues "idónea" debe ser toda persona que concurra a un documento público notarial en calidad de testigo y de igual manera que "idónea" ha de ser toda persona que concurra en calidad de perito, cualquiera sea el objeto de su dictamen pericial. Como ha dicho la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Dirección de los Registros y del Notariado de España: "A los intérpretes hay que asimilar los peritos en el lenguaje de los sordomudos, si no saben leer y escribir (…)" (78).

La presencia de intérpretes en el lenguaje de señas se hace cada vez más patente en la realidad social, no solo para actos de naturaleza jurídica, sino para facilitar la comunicación de las personas con discapacidad en su entorno social. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incluye en su artículo 9.2 e) atinente a la accesibilidad de las personas con discapacidad, la necesidad de que los Estados Partes adopten medidas que tiendan a la asistencia de estas personas, a través de intérpretes profesionales en el lenguaje de señas, para facilitar su acceso a edificios e instalaciones abiertas al público. Cabe llamar la atención en este sentido la posición de Nicaragua, con la aprobación de la Ley del lenguaje de señas, Ley Núm. 675, de 12 de febrero de 2009 y publicada en *La Gaceta*, Núm. 75, del 24 de abril de 2009, en cuyos artículos 5 y 6, respectivamente, se establece que: *"En todas las instituciones del Estado y en los actos oficiales públicos, de carácter nacional o local, que presidan el Presidente de la República, los Presidentes de los demás Poderes del Estado y Ministros de Estado, se garantizará por el Estado, la participación de intérpretes de lenguaje de señas para las personas con discapacidad auditiva"* y que a los efectos de la comunicación masiva, *"Los propietarios de los medios de comunicación audiovisuales, deberán utilizar intérpretes de lenguaje de señas para comunicar e informar a las personas con discapacidad auditiva".* Y de igual manera es prioridad del Estado, la formación de intérpretes, de modo que "… *reconocerá la titulación y formación docente de intérpretes para personas con discapacidad auditiva de Nicaragua efectuadas por instituciones acreditadas a nivel nacional y por las extranjeras acreditadas por convenios internacionales que cumplan con los requisitos establecidos por el Consejo Nacional del Lenguaje de Señas Nicaragüense",* debiendo *"… priorizar la implementación de la participación de intérpretes de lenguaje de señas para las personas con discapacidad auditiva, a las Instituciones y organismos que brindan servicios públicos y de asistencia social".*

Por esa razón, urge la necesidad de que en las normas notariales se regule la participación de estos intérpretes, muchas veces per-

(78) *Vid*. Tamayo Clares, M, *Temas…, cit.*, p. 73.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

misible al amparo de la aplicación analógica de aquellas normas, que se refieren con exclusividad al traductor o intérprete de una lengua extranjera, pero no con especial referencia al lenguaje de señas. El intérprete se convierte en un comunicador o facilitador de la persona con discapacidad sensorial ante el notario. De ahí que ante la presencia en sede notarial de personas con discapacidades sensoriales se recabe la necesaria inmediación del notario frente al cliente que le lleva a determinar los verdaderos intereses de éste. Es necesario explorar la voluntad del compareciente. En ocasiones, incluso los intérpretes que sin dudas facilitan la comunicación, no logran derivar el sentido de las voluntades. La experiencia y pericia del notario pueden propiciar incluso la labor de los intérpretes, de modo que la voluntad exteriorizada esté ajena a cualquier apreciación errada del entorno y de la perniciosa influencia de terceros.

3.6. La firma en el instrumento público de personas con ciertas discapacidades físico-motoras. Pautas formales

En función de encauzar adecuadamente los principios de la Convención tantas veces evocada, también se requiere adaptar los moldes de los rígidos esquemas formales o procedimentales del Derecho notarial, uno de los cuales es sin duda la firma del otorgante en el documento público. La firma es el lazo que une al infrascrito con el documento en que se pone, es el nexo entre la persona y el documento. Esta no necesita ni ser nominal, ni ser legible. Como expresa Rodríguez Adrados, "los documentos, en efecto, no suelen indicar mediante la firma quién es su autor (ni quiénes son las demás personas que en ellos intervienen), sino que lo hacen en su encabezamiento (*inscriptio, praescriptio*), o en el cuerpo del documento" (79). La firma tiene que ser documental y personal, o sea, ha de ser puesta en el documento por el firmante en persona. Esta idea –comenta el propio autor– suele expresarse como "manuscritura", o sea escritura hecha por la propia mano del suscribiente, pero esta rígida formulación tiene que extender sus horizontes a cualquier "grafía" que se ponga en el documento por el firmante mismo, ya que lo que subyace en este requisito es la actuación del signante mismo en

(79) Rodríguez Adrados, Antonio, "La firma electrónica", en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 2000, p. 927.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el documento, su naturaleza autógrafa, no la parte del cuerpo que emplea para firmar, de ahí que tengan el carácter de firma los trazos que identifican a una persona, así utilice la boca o los pies (en supuesto de personas con discapacidad físico-motora) (80). La firma es la exteriorización de la aquiescencia, la expresión gráfica de la asunción de paternidad del negocio instrumentado. Como dijera Del Vecchio "constituye el punto de confluencia de la actividad negocial y de la actividad documental". (81)

La II Jornada Notarial de Córdoba, Argentina, celebrada en agosto de 1975 declaró que la firma "son los caracteres idiomáticos mediante los cuales en forma manuscrita, de una manera particular y según el modo habitual, una persona se individualiza y expresa su voluntad y asentimiento en los actos sometidos a esa formalidad" (82). Hoy día tal definición ha ser atemperada a los valores que la Convención propugna, pues la expresión "manuscrita" es discriminatoria de las personas con discapacidades físico-motoras.

Sostiene Bolás Alfonso, que "... la firma tiene una doble función: como forma de identificación de la persona que la pone; y como expresión de la conformidad o aprobación del contenido del documento en que se pone" (83).

Precisamente en el otorgamiento, tras la lectura del instrumento público, las partes deben prestar su consentimiento al contenido de éste (escrituras públicas) o su aquiescencia con lo dicho y narrado por el notario (actas), lo cual el fedatario público hace constar expresamente en el instrumento y debe materializarse mediante la firma.

Esta siempre es necesaria, como expresan, tanto el artículo 35, primer párrafo, del Reglamento notarial cubano: *"Concluida la lectura, el Notario preguntará a los comparecientes, testigos y demás intervinientes, si están conformes con el contenido del documento notarial y si lo estuvieren, se procederá en el acto a su firma"* como el artículo 195.1 del Reglamento Notarial español: *"Se firmarán las*

(80) *Idem*, pp. 927-928.

(81) Del Vecchio, *cit. pos* Rodríguez Adrados, A., "La firma...", *cit*., p. 928.

(82) Según refiere Pelosi, C. A., "El documento...", *cit*., pp. 226-227.

(83) Bolás Alfonso, Juan, "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", en *Revista Jurídica del Notariado*, Núm. 26, octubre-diciembre, 2000, p.40.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

escrituras matrices con arreglo al párrafo segundo del artículo 17 de la Ley, y con la presencia del número de testigos... en los casos en que sea necesaria su intervención".

Adpero, las normas cubanas no establecen otras pautas en el orden formal para la firma, que las contenidas en el artículo 36 del Reglamento notarial. A diferencia del Reglamento español, sumamente explícito en este sentido. En efecto, añade el artículo 196 *"los que suscriban un instrumento público en cualquier concepto, lo harán firmando en la forma que habitualmente empleen",* de modo que, si se identifica al compareciente por el documento de identidad, la firma a estampar en el documento ha de ser análoga a la contenida en éste. En el orden formal, también, tratándose de una firma autógrafa, debe ser consignada por sí misma por quien suscribe, y no solo como tradicionalmente se expresa *"de puño y letra del interesado"* (84), eso sí, en todo caso, sin poder usar estampilla. La firma debe ser indeleble, como todo el contenido del documento (*vid*. artículo 152 del Reglamento Notarial español). No cabe la posibilidad de que sea sustituida por facsímiles u otras formas de reproducción. Aunque, en principio, supone la escritura peculiar de los nombres y los apellidos, ésta puede revestir diferentes modalidades como abreviaciones, síntesis, composiciones personalísimas. Como ha dicho la Resolución de la Dirección de los Registros y Notariado de España de 25 de marzo de 1908 (Ref. *El Derecho* 1908/1) *"... por obedecer la formación de la firma á reglas, costumbres y prácticas que, aunque basadas en el estado civil del firmante, son diferentes en cada nación y en cada orden del derecho, no puede admitirse en absoluto la afirmación (...) de que cuando se habla de firma, en general, se indica la compuesta de nombre y apellido (...)".*

De cuanto vengo explicando, hay tres particulares que me parecen esenciales: primero, que la imposibilidad de firmar, no es una barrera para aquellas personas con discapacidades físico-motoras que no puedan hacerlo, pues como ya expliqué, los testigos de asistencia o a ruego, constituyen apoyos, históricamente concebidos por las normas notariales; segundo, que el desarrollo tecnológico

(84) Como he expresa en texto, si fuere así, no se entendería por firma, aquella que siendo autógrafa, se hace utilizando los pies o la boca, por personas que en razón de su discapacidad, les resulta imposible utilizar los puños, al carecer de ellos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

permite hoy la firma digital, con equivalencia funcional, a la firma autógrafa, no obstante, su empleo estará supeditado a que se viabilice el instrumento público electrónico, y no solo las copias electrónicas, pues no podemos obviar que por regla general las normas notariales solo exigen las firmas de los comparecientes en las matrices, no así en las copias. De ello se colige que si bien la firma digital devendría en un aporte de la tecnología en pos de la integración de las personas con discapacidades físico-motoras, invalidantes para poder escribir, su empleo estará supeditado a la sustitución del documento en soporte cartáceo por el documento informático, y tercero que en clave notarial hay que superar el concepto rígido de firma manuscrita, muchas veces vinculada a actos personalísimos como el testamento. La firma como elemento individualizador de la persona en su condición de compareciente al instrumento público, hacedor de sus propios actos y negocios, no es un impedimento para las personas con discapacidad. El notario ha de admitir que las personas con capacidades diferentes, en razón de sus discapacidades, puedan suscribir documentos, a partir de sus propias potencialidades subyacentes.

3.7. La forma documental notarial como reservorio idóneo para instrumentar los actos de autoprotección

A lo largo de la exposición de estas ideas ha quedado perenne el hilo conductor que las motiva: el notario tiene y tendrá un protagonismo en la protección de las personas con discapacidad. No es casual que los actos de autoprotección se instrumenten en sede notarial, de ahí que la forma notarial sea la establecida *ex lege*, o a lo sumo alternativamente, en algunos ordenamientos jurídicos tanto para las voluntades anticipadas (*vid*. en Argentina, la Ley 26742, concretamente su artículo 6, modificativo del artículo 11 de la Ley 26529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud; en Uruguay, la Ley 18473 de 3 de abril de 2009, de voluntad anticipada en su artículo 2, segundo párrafo; en México, el artículo 8, fracción I de la Ley de voluntades anticipadas para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal, el 7 de enero de 2008); la autotutela y/o la autocuratela (*vid*. artículo 223 del Código Civil español, tal y como quedó redactado conforme con la Ley 41/2003 de 18 de noviembre,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

artículo 469 *bis*, *ter* y *quater*, introducido por el Decreto por el que se reforma y se adiciona el Código Civil para el Distrito Federal y otras disposiciones afines como la Ley del Notariado, incluyendo la tutela cautelar o autotutela, el artículo 212 del anteproyecto de Código de Familia cubano), entre otros. Los legisladores han apostado por la forma notarial, pero ¿por qué?

El documento público notarial está dotado de garantías únicas, autenticidad interna y externa, legitimidad, ejecutividad, juicios de identidad y capacidad y sobre todo la presencia del notario le dota de asesoramiento profesional de indiscutible valía para los actos autorreferentes. "La intervención del notario es garantía para todas las personas del pleno respeto de su libertad y autonomía, en el campo de las relaciones jurídico privadas, evitando con su actuación influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial" (85), es "medio idóneo para garantizar y hacer efectivos los derechos de las personas necesitadas de especial protección, a fin de que puedan ejercitar con garantías su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones" (86).

Como ya en otra ocasión he expresado "Precisamente la fe pública de la que están dotados los documentos en razón de su autor hace que el acto o negocio jurídico instrumentado tenga autenticidad formal y material, es un acto perfecto en un documento, igualmente perfecto. El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley, es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compele a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dubitar sobre la verdad objetiva insita en ellos" (87).El Derecho busca la garantía debida con la actuación notarial, nadie mejor que el notario para cumplir con el mandato de la Convención (artículo 12, apartado 4.º) en el sentido de *"impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos"*. Por esa razón como expresa Rodríguez Adrados "Ni el legislador

(85) Cavallé Cruz, A., "El notario como garante…", *cit*., p. 416.

(86) *Idem*, p. 417.

(87) Pérez Gallardo, Leonardo B., "El notario: función de autoridad pública", en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2011, p. 421.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cuando ordena o fomenta la documentación notarial, ni los particulares cuando espontáneamente acuden al Notario, van buscando solamente un documento perfecto formalmente, sin importarles la eficacia o ineficacia, las virtudes o los vicios o defectos del negocio contenido en él (…) y esto es lo que el Notario y el documento notarial han de procurar darles; no sólo el *nomen verum* de la certeza formal, sino el *nomen bonum* de su contenido (…) Sólo así el Notario (…) podrá controlar en profundidad, desde dentro, la legalidad del negocio, en un sentido positivo, ser verdaderamente, como dicen los alemanes, *Rechtswahrer,* guardián del Derecho; y sólo así se conseguirá, incluso, que la misma fe pública no se convierta en mera caricatura, al acuñar una voluntad de las partes que sin duda 'es' su voluntad, pero que no 'sería' tal voluntad de haber estado debidamente informadas y asesoradas" (88), lo cual en sede de personas con discapacidad toma particular relieve.

4. IDEAS CONCLUSIVAS

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad es hoy el tratado de derechos humanos por excelencia, en lo que va del siglo XXI. Sus ecos se han hecho sentir, si bien de forma parca, fragmentada, asimétrica y geográficamente localizada, en algunas de las recientes modificaciones legislativas en materia civil y familiar, ya operadas, y otras pendientes de su aprobación por congresos, senados y asambleas nacionales, o sea, por el legislativo de cada Estado. Pero en sentido general, de *iure condendo* y de *iure condicto*, el Derecho civil no logra cambiar paradigmas para estar a tono con los dictados de este tratado internacional. Los actos de autoprotección siguen siendo quimeras para la mayor parte de los ordenamientos del continente. El lenguaje decimonónico, hoy indudablemente peyorativo y discriminatorio, con el que se hacía referencia en los códigos civiles del continente a los distintos trastornos psíquicos o intelectuales o a las discapacidades sensoriales, sigue perenne en estos, a pesar de los esfuerzos académicos y de

(88) Rodríguez Adrados, Antonio, "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, Núm. CVII, enero-marzo, 1980, pp. 272-273.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

instituciones, asociaciones y organizaciones que trabajan en pos del reconocimiento legal de los derechos de las personas con discapacidad y al respeto a su dignidad, autonomía e integración social y comunitaria.

No obstante, es dable apuntar en este orden que es necesario lograr un justo equilibrio entre pretensiones, reconocimiento de derechos, y protección de estos por un lado, y el sentido que se quiere dar por un sector nada desdeñable de la doctrina, hoy calificada de vanguardista en la temática, a los postulados de la propia Convención, sobre todo en lo que concierne a la supresión de los mecanismos clásicos de incapacitación o interdicción e inhabilitación por un sistema de apoyos y de salvaguardias. Como con acierto expresa la profesora Pereña Vicente, "el núcleo de la cuestión no es sustituir el sistema de incapacitación más tutela por un denominado «sistema de apoyos». Dicho de otro modo, podemos cambiar de arriba abajo toda nuestra legislación, suprimir la tutela, la curatela y el procedimiento de incapacitación y sustituirlo por un nuevo sistema de apoyos (…) pasemos a referirnos a la «persona apoyada» y a la «persona que apoya» o al «gestor de apoyos» (…). Si de la aplicación de este sistema se van a encargar las mismas estructuras que ahora se encargan de la incapacitación, los mismos jueces, no especializados en muchos casos y sobrecargados de trabajo, si la «persona que apoya» va a tener la misma formación y ayuda en su labor que la que tienen ahora, si los fiscales se van a limitar a redactar la demanda sin hacer una labor previa de investigación de la situación médica, social, económica, laboral de la persona con discapacidad, el sistema, aunque creamos que es perfecto y respetuoso con la Convención de Naciones Unidas, volverá a fracasar porque, por desgracia, las palabras por sí solas no resuelven los problemas" (89). No se trata, tan solo, aunque tenga importancia, de cambiar el nombre a las instituciones, sino de cambiar la manera de pensar y los enfoques con los que hemos crecido, nos hemos formado y hemos encauzado nuestra profesión. "Quizás, más importante que cambiar al tutor por un gestor de apoyos sea buscar la manera de hacer que el tutor o el curador tengan como objetivo primordial de su función prestar ese apoyo reclamado por la Convención a la per-

(89) *Vid*. Pereña Vicente, M., "La Convención de Naciones Unidas…", p. 16.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sona con discapacidad, implicarse en conseguir, en el día a día, la mayor autonomía que sea posible. Esto no se consigue cambiándole el nombre al tutor, sino perfilando de nuevo sus funciones, concienciándole de su labor y de las implicaciones que la misma tiene para la dignidad de la persona y prestándole a él también ayuda y apoyos en esa labor" (90).

En esta labor educativa, preventiva, cautelar, tiene la función notarial un gran peso, a la vez que una gran responsabilidad profesional y social. Hablar de discapacidad y Derecho, es hablar de notariado, de fe pública, de notario, de documento público, de garantías jurídicas, de solemnidades, de cautela preventiva. Se trata –parafraseando el título de una de las obras clásicas de García Márquez–, de la crónica de un protagonismo anunciado. Expresa certeramente Cavallé Cruz que "La protección de los derechos de las personas con discapacidad y dependientes es una de las materias en el día a día de los despachos notariales, con el fin de dar solución a las necesidades singulares de cada persona. Instituciones hoy tipificadas y reguladas como la autodelación de la tutela, el mandato preventivo, el contrato de alimentos (…) durante muchos años han existido huérfanos de regulación legal en los protocolos notariales, al amparo de la libertad de los otorgantes, guiados por la labor creadora y conformadora del Derecho por los notarios. El orden lógico y cronológico de la génesis de estas instituciones ha sido primero la práctica notarial, luego el reconocimiento por la jurisprudencia y finalmente su cristalización en una norma legal. Esto es algo que con frecuencia se olvida" (91). Ninguna institución como la notarial para acrisolar los más nobles principios que enarbola la histórica Convención de las Naciones Unidas, aprobada en Nueva York, en diciembre de 2006 que resulta hoy un canto épico a la autonomía, al autogobierno, a la toma de sus propias decisiones por las personas con discapacidad. En expresión del maestro peruano Fernández Sessarego "sólo en muy escasas ocasiones durante el humano existir se tiene la oportunidad de vivenciar la libertad. Ello solo ocurre en el instante de las más comprometedoras decisiones, aquella en que la persona tiene que asumirlas por sí misma, sin intervención de otro ser humano (…). El hallarse en esta situación hace sentir al hombre plenamente res-

(90) *Idem*, p. 17.
(91) Cavallé Cruz, A., "El notario como garante…", *cit*., p. 414.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ponsable de su decisión. Ella compromete todo su ser, lo sume en una radical angustia existencial. La angustia de sentirse responsable de su elección, de no poder transferir a otro ser las consecuencias de su decisión" (92). En ese tránsito, en ese nuevo despertar de personas con capacidades diferentes, pero llenas de proyectos y expectativas "Ninguna institución como la notarial para estudiar y exteriorizar nuevas orientaciones jurídicas. Consejero de las partes, magistrado de las familias, apóstol de la ley, sancionador de las relaciones privadas –en ciertos aspectos comparable con la augusta función del pretor– tiene el notario el privilegio, al par de la gran responsabilidad, de recoger las manifestaciones embrionarias de la vida jurídica a las que, tras un fecundo proceso constitutivo debe darle forma legal, sin más directriz, muchas veces, que la dogmática y los principios generales del Derecho. Si el notariado no crea jurisprudencia, le aporta en cambio, inéditas fórmulas, abre cauces de nuevos compromisos doctrinales y coloca los primeros sillares de la futura legislación" (93).

(92) Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 993.

(93) José María de Porcioles, *cit. pos* Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática),* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1150.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales:

Ballarín Marcial, Alberto, "Naturaleza y clases de 'juicios' del notario", en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tomo XXXV, Madrid, 1996.

Barreiro Pereira, Xosé Antón, "Comentarios a la Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor", en *Revista Jurídica del Perú*, Núm. 119, enero 2011.

Bolás Alfonso, Juan, "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", en *Revista Jurídica del Notariado*, Núm. 26, octubre-diciembre, 2000.

Canales Torres, Claudia, "La voluntad anticipada *versus* la curatela legítima. La autotutela introducida por la Ley Núm. 29633", en *Revista Jurídica del Perú*, No. 119, enero 2011.

Cárdenas González, Fernando Antonio, *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, Porrúa, México, 2006.

Cárdenas Rodríguez, Luis, Editorial: "Curatela por voluntad anticipada", en *Revista Jurídica del Perú*, No. 119, enero 2011.

Carnelutti, Francesco, "La figura jurídica del notariado", en *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, Núm. 1, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo, Gaceta Notarial, Lima, 2011.

Cavallé Cruz, Alfonso, *El notario como garante de los derechos de las personas*, Jurista editores, Lima, 2012.

Chikoc Barreda, Naiví, "La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria)", en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007.

Correa-Montoya, Lucas, "Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia", en *Universitas*, Bogotá, Núm. 118, enero-junio 2009; Crovi, Luis Daniel, "Las directivas anticipadas en el Proyecto", en *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (Argentina), año 4, Núm. 6, julio, 2012.

De la Cámara Álvarez, Manuel y José Roán Martínez, "La formación y selección del notario", en *Revista Jurídica del Notariado*, Colegios Notariales de España, Junta de decanos, año XV, número LXI-LXII, julio-diciembre, 1968.

De Vettori González, Jessica, *La autotutela como una nueva institución de amparo familiar*, Gaceta Notarial, Lima, 2013.

Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, 5.ª edición, Rhodas, Lima, 2006.

Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.

García de Villegas, Eduardo, "La voluntad anticipada", p. 22, en www.notarios.com.mx/admin/fotos/.../eduardo_garcia_villegas.pdf, consultada el

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

24 de febrero de 2014; *De la tutela designada a la tutela voluntaria*, Porrúa, México, 2011.

Gattari, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

Giovannetti, Patricia S., y Eduardo G. Roveda, "La inhabilitación por prodigalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, Núm. 06, julio de 2012.

Giménez-Arnau, Enrique, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

Gómez Taboada, Jesús, "Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento", en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007;

Gonzáles Barrón, Gunther, *Introducción al Derecho notarial y registral*, 2.ª edición, Jurista editores, Lima 2008.

Hormaizteguy, Gabriela, *Directivas anticipadas. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2012.

Llorens, Luis R., "El notario ante la persona dis-discerniente", ponencia presentada en la XIV Jornada notarial iberoamericana, celebrada en junio de 2010, en República Dominicana (cortesía del autor).

Lozano Molina, Tomás, *Tutela cautelar y voluntad anticipada*, Porrúa, México, 2008.

Martínez Die, Rafael, "El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias", en *La Notaría*, Núm. 2, mayo 2002.

Mejías Rosasco, Rosalía, entrevista: "Tenemos el privilegio de ser el primer país latinoamericano que ha dejado atrás el modelo de curatela exclusivamente judicial", en *Revista Jurídica del Perú*, Núm. 119, enero 2011.

Meléndez Arias, María del Carmen, "La autoprotección de las personas con capacidad modificada", *Tesis doctoral*, bajo la dirección de Ignacio Serrano García, Vallolid, 2012, en http://uvadoc.uva.es/handle/10324/1763, consultada el 12 de febrero de 2014.

Montoya Osorio, María Elena y Guillermo Montoya Pérez, *Las personas en el Derecho civil*, 3.ª edición, Leyer, Bogotá, 2010.

Olmo, Juan Pablo, "Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (Argentina), año 4, Núm. 6, julio , 2012.

Parra Benítez, Jorge, *El nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano. Ley 1306 de 2009,* Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, Depalma, Bogotá- Buenos Aires, 2011.

Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, 3.ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997.

Pereña Vicente, Monserrat, "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?", en *Diario La ley*, No. 7691, Doctrina, 9 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial La Ley.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Notarial*, 7.ª edición, Porrúa, México, 1995.

Pérez Gallardo, Leonardo B., "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el Derecho cubano?", *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, Perú, tomo 185, abril 2009; "El notario: función de autoridad pública", en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2011.

Pérez Gallardo, Leonardo B. e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, "Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el cubano", en *Derecho Notarial*, tomo II, bajo la coordinación de ambos, Félix Varela, La Habana, 2007.

Rajmil, Alicia B. y Luis R. Llorens, "Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas", en *MJ-DOC-6019-AR/MJD6019,* 17 de octubre de 2012; "Propuestas para una correcta regulación del régimen de capacidad y discernimiento en el derecho argentino, con especial referencia al proyecto de Código Civil y Comercial", MJ-DOC-6069-AR|MJD6069, 16 de noviembre de 2012.

Rodríguez Adrados, Antonio, "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, Núm. CVII, enero-marzo, 1980; "El documento en el Código Civil", en *Escritos jurídicos*, tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996; "La firma electrónica", en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 2000.

Román G., Ramón, *Lecciones de Derecho Notarial II*, Editorial La Universal, Managua, 2002.

Sancho-Tello y Burguete, Vicente, *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900.

Serrano Gómez, Rocío, "Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, volumen 40, Núm. 113, julio-diciembre 2010.

Tamayo Clares, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001.

Torres Escamez, Salvador, "Un estudio sobre el juicio de capacidad", en *Revista jurídica del notariado,* No. 34, Madrid, 2000.

Urrutia de Basora, Cándida Rosa y Luis Mariano Negrón Portillo, *Curso de Derecho Notarial puertorriqueño*, 3.ª edición, ediciones Situm, 2002.

Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática),* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

Valdés Díaz, Caridad del C., "Comentarios a los artículos 30 y 31", en *Comentarios al Código Civil*, tomo I–*Disposiciones preliminares*, *Libro I Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2013.

Varsi Rospigliosi, Enrique, "Nombramiento personal de curador", en *Revista Jurídica del Perú*, Núm. 119, enero 2011.

Verdejo Reyes, Pedro C., *Derecho Notarial*, Pueblo y Educación, La Habana, 1988.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Villarroel Claure, Ramiro, *Fundamentos de Derecho notarial y registral inmobiliario*, 1.ª edición, Librería Jurídica "Omeba", Cochabamba, 2005.

II. Fuentes legales:

Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, con jurisprudencia de la CJSN, edición a cargo de Luis F. P. Leiva Fernández, La Ley, Buenos Aires, 2009.

Código Civil de la República de Bolivia, Decreto Ley Núm. 12760 de 6 de agosto de 1975, edición de 1998; *Código Civil de la República de Chile* de 14 de diciembre de 1855, con citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias, actualizada al 15 de enero del 2009, a cargo de Javier Barrientos Grandón, Legal Publishing, Abeledo Perrot, Editorial Jurídica Santiago de Chile, 2009.

Código Civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, 3.ª edición, Legis Editores, 1999.

Código Civil de la República de Costa Rica de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9.ª edición, Porvenir, San José, 1996.

Código Civil de la República de Cuba, Ley Núm. 59 de 16 de julio de 1987 (anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo) Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código Civil de la República de Ecuador, con legislación conexa, concordancias y jurisprudencia, tomo I, actualizado a 1 de enero del 2007, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.

Código Civil de la República de El Salvador, decretado el 23 de agosto de 1859, ordenada su promulgación por Decreto Ejecutivo de 10 de abril de 1860, publicado en el Diario Oficial el 14 de abril de 1860, actualizado con sus reformas, Ricardo Mendoza Orantes, editor, Editorial Jurídica salvadoreña, 2006.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 30.ª edición, Tecnos, Madrid, septiembre 2011.

Código Civil de la República de Guatemala, sancionado por Decreto-Ley Nº 106 de 14 de septiembre de 1963, en vigor desde el 1.º de julio de 1964, Ayala and Jiménez Editores, Guatemala, C. A., 1991.

Código Civil de la República de Honduras, sancionado por Decreto Núm. 76 de 19 de enero de 1906, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.;

Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge Obregón Heredia (concordado), Porrúa, México, 1988.

Código Civil de la República de Nicaragua, 4.ª edición, Editorial Jurídica, 1999.

Código Civil de la República de Paraguay, Ley Nº 1183, en vigor desde el 1.º de enero de 1987, 3.ª edición, Intercontinental Editora, Asunción, Agosto de 1993.

Código Civil de la República del Perú, promulgado por Decreto Legislativo

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Núm. 295 de 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición actualizada, Jurista editores, Lima, 2011.

Código Civil de Puerto Rico de 1930, edición a cargo de Ramón Antonio Guzmán, Santa Fe de Bogotá, Septiembre 1993.

Código Civil de la República Dominicana, 8.ª edición, preparada por el Dr. Plinio Terrero Peña, Editora Corripio, C. por A., Santo Domingo, 1987.

Código Civil de la República Oriental del Uruguay sancionado en 1914, concordado, edición a cargo de Gustavo Ordoqui Castilla, Ediciones del Foro, Montevideo, 2010.

Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, Editorial PANAPO, 1986.

Pérez Gallardo, Leonardo B., Julliet Almaguer Montero y Nancy C. Ojeda Rodríguez (compiladores) *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007.

Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Núm. 404(1)/2000 de 15 de junio y su Reglamento, Decreto No. 1624/2000 de 22 de septiembre, ambos en http://www.colegio-escribanos.org.ar/, consultada el 22 de abril del 2013.

Estatuto del Notariado de Colombia, Decreto 960/1970 de 20 de junio, en http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/D0960_70.HTM, consultada el día 22 de abril del 2013.

Código Notarial de Costa Rica, Ley Núm. 7764/1998 de 17 de abril, preparado por Hermán Mora Vargas y Jaime Weisleder Weisleder, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1999.

Código del Notariado de Guatemala, Decreto Núm. 314/1946 de 10 de diciembre, Librería Jurídica Guatemala, 2003.

Ley Notarial de Puerto Rico, Ley Núm. 75/1987 de 2 de julio, en http://www.lexjuris.com/notaria/lexleynota.htm, consultada el día 22 de abril del 2013.

Ley del Notariado de Perú, Decreto-Legislativo Núm. 1049, de 25 de junio del 2008, publicado en el Boletín Oficial de Normas Legales, *El Peruano,* del 26 de junio del 2008, año XXV, Núm. 10274.

Ley del Notariado de la República Dominicana, Ley No. 301/1964 de 18 de junio, en http://www.geocities.com/daduye/ley301notario4.html, consultada el 14 de junio del 2013.

Ley Orgánica Notarial de Uruguay, Decreto-Ley Núm. 1421, de 31 de diciembre de 1878 y su Reglamento, contenido en la Acordada Núm. 7533 de 22 de octubre de 2004, en formato pdf.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley Núm. 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1.ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley Núm. 241/2006 de 26 de septiembre en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, Núm. 33, de 27 de septiembre del 2006.

Decreto-Ley Núm. 248/2007 de 22 de junio, "Del Sistema de identidad y del Registro de electores", en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Núm. 32, Extraordinaria, de 2 de julio del 2007.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LA IMPOSIBLE ENAJENACIÓN DEL DERECHO DE USUFRUCTO

José María Navarro Viñuales
Notario de Zaragoza

Resumen: El artículo 480 del Código civil expresamente admite la enajenación del usufructo. Sin embargo, es un tema discutido si, efectivamente, tal enajenación es posible o si, por el contrario, lo que es transmisible no es el usufructo en sí mismo sino tan solo su ejercicio o su contenido económico. En nuestra opinión el usufructo del Código civil no es enajenable, y se exponen diversas razones en tal sentido, con especial apoyo en las reglas de extinción del mismo.

Palabras clave: Enajenación del usufructo.

Abstract: Article 480 of the Civil Code expressly recognises the alienation of the usufruct. However, it is debateable whether such a transfer is in fact possible or whether what is transferable is not the usufruct itself but only its exercise or financial benefit. In our opinion the usufruct as stated in the Civil Code is not alienable. Various reasons are given for this view, in particular in respect of the regulations for the expiry of the usufruct.

Keywords: Alienation or transfer of the usufruct.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. ¿SE PUEDE ENAJENAR EL DERECHO DE USUFRUCTO? PLANTEAMIENTO GENERAL

La respuesta a tal pregunta no ha sido unánime:

1. Tesis negativa

Para un sector doctrinal el derecho de usufructo no es enajenable, dado que, por su propia naturaleza jurídica, es un derecho personalísimo, inseparable del usufructuario.

Esta ha sido históricamente la postura del Derecho Romano, en el que el usufructo tenía una función familiar y una finalidad alimenticia.

Hoy en día esta postura negativa es la contemplada en el Derecho Navarro cuya Ley 408.2 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra de 1 de marzo de 1973 comienza señalando inequívocamente lo siguiente:

"*El usufructuario no podrá ceder su derecho, pero sí el ejercicio del mismo por el tiempo que dure el usufructo…*"

Por tanto, de conformidad con este criterio, no cabe una verdadera enajenación del usufructo. Lo que impropiamente se llama "enajenación del usufructo" se trata, en realidad, de otra cosa distinta, **quizás subsumible en alguna de las siguientes categorías**:

1.º El usufructuario cedente lo que transmite al cesionario no es el usufructo, sino tan solo *el derecho a percibir los frutos, esto es, lo que se cede es el contenido económico del usufructo, pero no el usufructo en sí*.

2.º El usufructuario cedente lo que transmite es *un derecho de usufructo sobre su propio derecho de usufructo*: esto es, la cesión del usufructo supone constituir un derecho de subusufructo.

3.º O bien, finalmente, cabe entender que el usufructuario cedente tan solo transmite al cesionario el *ejercicio* de su derecho a percibir los frutos. Esto es, tras la cesión, la *titularidad* del derecho sigue siendo del usufructuario; lo que se transmite es el *ejercicio* del mismo, que pasa a corresponder al cesionario.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Esta última, como hemos visto, es la tesis que sigue la legislación navarra.

La disociación entre 'titularidad' de un derecho o potestad y su 'ejercicio' es conocida en otros ámbitos jurídicos, como ocurre con la patria potestad, cuya titularidad, en principio, es conjunta de ambos progenitores pero su ejercicio puede ser unilateral (ver artículo 156 Código civil).

Cuestión distinta es la enajenación simultánea del usufructo y la nuda propiedad de una finca. Tal enajenación lo es del pleno dominio (usufructo + nuda propiedad), y, como vemos continuamente en nuestros despachos, es una enajenación válida y perfecta.

2. Tesis positiva

Veamos ahora la **postura favorable a la válida enajenación del usufructo**.

Un segundo sector doctrinal, tal y como decimos, considera que el usufructo no es un derecho de carácter personalísimo sino que lo es de índole patrimonial y, por ello, enajenable.

Ahora bien, *procede verificar la siguiente distinción*:

— La ***regla general***, como se ha dicho, es que el derecho de usufructo es enajenable.

Esto es, el usufructo es un derecho en el que el contenido patrimonial predomina sobre la cualidad personal del usufructuario.

Por tanto, queda sujeto a la regla general sobre transmisibilidad de derechos patrimoniales (ver artículo 1112 Código civil), lo que ratifica de modo expreso y terminante el artículo 480 Código civil, que comienza con el siguiente tenor:

"*Podrá el usufructuario… enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito…*"

— La ***excepción*** al carácter enajenable la constituirían los derechos de usufructo de índole familiar, en los que prepondera el aspecto personal y familiar sobre el meramente patrimonial y que, por ello, no son susceptibles de enajenación o gravamen.

Así ocurre en los siguientes supuestos:

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

— En el Derecho aragonés, el usufructo viudal aragonés es una institución regulada en el Libro II del Código de Derecho foral de Aragón de 22 de marzo de 2011, que está dedicado al Derecho de Familia. Por su parte, el artículo 16.2 Código civil, que también se ocupa de tal derecho, igualmente lo conecta con el régimen económico matrimonial aragonés.

La viudedad aragonesa, que se manifiesta en su doble vertiente de derecho expectante de viudedad –durante el matrimonio– y usufructo de viudedad –al fallecimiento de un cónyuge– tiene la condición de indisponible en los siguientes términos:

"Artículo 273 CDFA:

Inalienabilidad.– El derecho de viudedad es inalienable e inembargable.'

Este precepto se refiere tanto al derecho expectante existente durante el matrimonio como al usufructo viudal que surge al fallecer un cónyuge.

Todo ello no obsta a que el derecho de viudedad sea renunciable (artículo 274 CDFA) y extinguible (si concurre alguna de las causas previstas en el artículo 276 CDFA).

Una vez que, por fallecimiento de un cónyuge, surge el derecho de usufructo del sobreviviente sobre los bienes del premuerto, tal usufructo es inalienable e inembargable en los términos previstos por el artículo 290 CDFA:

'*1. El usufructo viudal sobre los bienes afectos al mismo es inalienable e inembargable.*

2. Puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario. Salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado.

3. El usufructo de viudedad sobre bienes determinados solo podrá embargarse y transmitirse como consecuencia del procedimiento de ejecución conjuntamente con la nuda propiedad.

4. Son susceptibles de enajenación y embargo los frutos y ren-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tas resultantes del disfrute de los bienes afectos al usufructo de viudedad'.

Fijémonos como este último párrafo parece apuntar a la posibilidad de enajenar y embargar no el derecho de usufructo viudal pero sí su contenido económico. Pondré un ejemplo: si una viuda usufructuaria aragonesa arrienda su piso, la renta es enajenable y embargable; ahora bien, si lo ocupa personalmente ella (no hay renta, y nadie puede obligarle a que arriende ya que puede querer usar el piso para sí) su derecho no se puede enajenar ni embargar.

— En el Derecho navarro, de conformidad con la Ley 253 de la Compilación Navarra el cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento.

Pues bien, de conformidad con el párrafo tercero de dicho precepto:

"*Inalienabilidad.*

Este derecho es inalienable; no obstante, los nudo propietarios y el usufructuario conjuntamente podrán enajenar o gravar el pleno dominio de los bienes sobre los que recae el usufructo."

En el párrafo siguiente señala que tal usufructo de fidelidad es renunciable.

En cuanto al usufructo ordinario en Navarra, remitimos a lo dicho al comentar la Ley 408.2, a cuyo tenor "*el usufructuario no podrá ceder su derecho, pero sí el ejercicio del mismo por el tiempo que dure el usufructo...*"

— En el Derecho gallego, "*el usufructo voluntario del cónyuge viudo es inalienable. El usufructuario solo podrá disponer de su derecho sobre bienes concretos con el consentimiento de los propietarios sin usufructo*", artículo 229.1 de la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

— En conclusión, los derechos de usufructo viudal aragonés, fidelidad navarro y voluntario del cónyuge viudo gallego, en los términos expuestos, son inalienables e inembargables. Ahora bien, ya vimos como en el Derecho aragonés expresamente se admite la enajena-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ción y embargo de los frutos, de modo que sería enajenable y embargable el contenido económico del derecho de usufructo viudal.

En cuanto al usufructo ordinario navarro tampoco se puede enajenar, aunque, y esto es importante, expresamente se indica que sí es enajenable su ejercicio.

Respecto al usufructo legal del cónyuge viudo en el Código civil para la doctrina mayoritaria sería enajenable, embargable y, por ello, hipotecable. El argumento sería que tal usufructo no es un usufructo familiar sino un derecho de origen hereditario (legitimario) que incluso se puede conmutar en los términos legalmente previstos: la conmutación es un acto de enajenación luego si es conmutable es que es enajenable. Ver, en tal sentido, el artículo 108.2 Ley Hipotecaria que lo considera susceptible de ser hipotecado (luego enajenable).

Ahora bien, nosotros vamos a propugnar que el usufructo en el Código civil es inalienable, todo ello en los términos que se expresan a continuación.

II. LA CUESTION EN EL CODIGO CIVIL

1. El Código civil, claramente, parece optar por la segunda opción y entender que el derecho de usufructo que regula tiene carácter enajenable.

En efecto, de conformidad con el artículo 480 Código civil, que ahora citamos completo:

"*Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola.*"

Luego el usufructuario, según el tenor literal del precepto, puede enajenar el derecho de usufructo.

2. Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica.

Sobre este debate recomiendo la lectura de José-Javier Castiella

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Rodríguez, '*Usufructo Ordinario*', Instituciones de Derecho Privado, Derechos Reales, Tomo II, Volumen 2.º (coordinador Juan-Francisco Delgado de Miguel), p. 226 y siguientes, 2003. En tal estudio se exponen los diversos argumentos a favor y en contra de la enajenabilidad del usufructo, identificando autores favorables a una y otra tesis. Por cierto, el citado autor considera que el usufructo ordinario es un derecho enajenable.

Por mi parte, tal y como veremos a continuación, considero que el usufructo ordinario del Código civil no es enajenable por las siguientes razones:

Argumentos en contra del carácter enajenable del usufructo:

Existen una pluralidad de sólidas razones en tal sentido.

1. Artículo 498 Código civil

Dice el precepto: "*El usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya.*"

Pues bien, Roca-Sastre (citado en Peña Bernaldo de Quirós, Manuel, Derechos Reales, tomo I, p. 618, 1999) entendió que "*… el usufructo no es propiamente enajenable, puesto que, no obstante la enajenación, el que es propiamente «usufructuario» sigue ostentando ese carácter (aunque haya transmisión del contenido económico). Así aparece en el artículo 498 según el cual el usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya*."

Por tanto, Roca-Sastre considera que en la cesión de usufructo lo que se enajena no es el usufructo en sí sino su contenido económico.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006 señala que el artículo 498 Código civil "*no elimina las obligaciones que tiene el usufructuario que ha cedido onerosamente el usufructo con el nudo propietario, sino que refuerza la protección de éste permitiéndole actuar contra el usufructuario cedente*".

Luego, si se permite al nudo propietario actuar contra el usufructuario cedente y éste mantiene sus obligaciones con tal nudo pro-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pietario, añado yo, es precisamente porque el usufructuario cedente sigue siendo el verdadero usufructuario.

2. Artículo 495 Código civil

El artículo 495 Código civil permite al usufructuario pedir al Juez la entrega de los muebles que necesite y que se le asigne habitación a él y a su familia en una casa comprendida en el usufructo aunque no haya afianzado, siempre que preste una caución juratoria, y todo ello atendiendo a sus circunstancias.

Pues bien, tales 'necesidades' o 'circunstancias' son las del 'usufructuario originario', no las del adquirente del usufructo (Peña Bernaldo de Quirós, Manuel, obra citada, en nota número 23, a pie de la página 618).

Tan solo cabe justificar tal solución si se entiende que el cedente del usufructo sigue siendo el verdadero usufructuario (y no el cesionario).

3. La enajenación del usufructo sería análoga a la enajenación de la cuota hereditaria: en ambos casos, tras la cesión, la cualidad personal continúa en el cedente

En efecto, existe una similitud entre la posición del usufructuario que cede su usufructo y la del heredero que cede su cuota hereditaria.

En ambos casos *se cede el contenido económico de la titularidad (en la cesión del usufructo, el derecho a los frutos; en la cesión de herencia, la porción correspondiente del líquido de los bienes relictos) pero no se cede o transmite la titularidad*:

— El usufructuario cedente sigue siendo usufructuario, y no lo es el cesionario.

— Y el heredero cedente sigue siendo el heredero, y no lo es el cesionario. Por ello, tras la cesión, es el heredero y no el cesionario quien responde de las deudas del causante.

Sobre esta analogía ver Albaladejo García, Manuel, y Doral García de Pazos, José-Antonio, "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*", tomo VII, volumen 1.º, p. 187, Edersa, 1980.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Y añaden: '*Permanecen ancladas en la relación usufructuaria los garantes o fiadores del ejercicio de derecho y cumplimiento de obligaciones. Si la primitiva fianza continúa, subsiste también la titularidad principal a que sirve, ya que, en otro caso, lo lógico sería cancelarla'.*

Las citas de ambos autores corresponden a la exposición que hacen de los argumentos de la tesis contraria a la enajenabilidad del usufructo. Ellos, por su parte, consideran que el usufructo sí es enajenable (páginas 187 y 188).

4. Las reglas sobre extinción del usufructo.

a) En mi opinión este punto es decisivo para concluir en contra del carácter enajenable del usufructo.

El usufructo se extingue por fallecimiento del usufructuario (artículo 513.1 Código civil). Por tanto, si el usufructo realmente fuera enajenable, el cedente (vendedor) dejaría de ser usufructuario y el cesionario (comprador) devendría usufructuario. De esta forma, el usufructo se extinguiría por muerte del cesionario (nuevo usufructuario). Pero no es eso lo que ocurre.

Ya sabemos que la muerte del cedente extingue el usufructo (artículo 480 Código civil): esto es lógico, ya que el cedente transmite el derecho que tiene y en los términos en que lo tiene: en caso de usufructo vitalicio, con el límite temporal de su vida. Pero, además y de forma acumulativa, por aplicación del artículo 513.1 Código civil, la muerte del cesionario –*si efectivamente hubiera verdadera transmisión y este fuera el nuevo usufructuario*– también debería extinguir el usufructo.

No es así.

b) En efecto, la muerte del adquirente del usufructuario *no* supone la extinción del usufructo, tal y como señala la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que pasamos a estudiar.

Entonces, procede el siguiente silogismo:

Premisa uno.– Si el usufructo no se extingue por muerte del cesionario, es porque el cesionario no es verdadero usufructuario.

Premisa dos.– Si no es verdadero usufructuario es porque no adquirió el usufructo que se le vendió o cedió.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Conclusión.– Si no lo compró o adquirió era, sencillamente, porque el usufructo no es enajenable.

La supuesta enajenación del usufructo transmite un derecho, pero ese derecho no es el derecho de usufructo, sino su ejercicio, o su contenido económico.

Por tanto, el cedente o vendedor del usufructo sigue siendo usufructuario, y el comprador o cesionario no deviene usufructuario.

c) Pasamos a estudiar la Resolución a que hacíamos referencia.

La doctrina de la Resolución de 22 de Agosto de 2011.

Hechos.

"A" es usufructuario de la finca X.

"B", es su nudo propietario.

"A" transmite por título de venta su derecho de usufructo a "C", que lo adquiere.

Posteriormente el cesionario "C" fallece, y el nudo propietario "B" solicita en el Registro de la Propiedad la constancia de la extinción del usufructo y la consolidación del mismo con su nuda propiedad.

Tal solicitud sería lógica, ya que si el comprador del usufructo 'C' deviene usufructuario como consecuencia de la compra, su muerte extinguiría el usufructo por aplicación del artículo 513.1 Código civil.

Doctrina.

La citada Resolución deniega tal consolidación, señalando que: "*… la extinción del usufructo se producirá por el fallecimiento del usufructuario cedente no teniendo este efecto el fallecimiento del cesionario que afectaría a la cesión exclusivamente.*"

Por tanto, el fallecimiento del adquirente o cesionario del usufructo no extingue el usufructo. El artículo 513.1 Código civil no se aplica al cesionario, lo que significa que no se le considera usufructuario.

Y, refiriéndose a la hipoteca del usufructo, la DGRN añade: "*La hipoteca del derecho de usufructo constituida por el usufructuario cedente no se extinguirá por fallecimiento del cesionario del usufructo, sino por la muerte de aquél*".

Lo cual, añado yo, es coherente con la idea de que el cesionario no es usufructuario: por ello la muerte del cesionario no afecta a la hipoteca constituida por el cedente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Fijémonos que si el usufructo no es enajenable tampoco es hipotecable, lo que me lleva a concluir que, pese al tenor del artículo 107.1 de la Ley Hipotecaria, lo que realmente se hipoteca en la 'hipoteca de usufructo' no es el usufructo en sí sino meramente su contenido económico o el ejercicio de su derecho.

Lógicamente, y esto no se discute, no serán hipotecables los usufructos legales en cuanto que, tal y como hemos visto, son intransmisibles. Así resulta del artículo 108 Ley Hipotecaria, a cuyo tenor:

"*No se podrán hipotecar:*

…

2.º Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código civil."

Comentario:

Fijémonos como la DGRN no llama usufructuario al comprador del usufructo, sino que, por el contrario, lo denomina cesionario.

En suma, implícitamente considera que el comprador del usufructo no es un verdadero usufructuario. O con otras palabras, para la DGRN, quien compra el usufructo no adquiere el usufructo, sino otro derecho (volveremos sobre este punto).

En efecto, como ya hemos apuntado, el artículo 513.1 Código civil señala, inequívocamente, que '*la muerte del usufructuario extingue el usufructo*.'

Y, sin embargo, la DGRN indica que la muerte de quien compra el usufructo no produce la extinción del mismo. Luego el comprador del usufructo no deviene usufructuario.

Entonces, ¿qué efecto jurídico se produce al fallecer el cesionario? Pues que el vendedor recupera el derecho que enajenó:

— No el derecho de usufructo, pues realmente nunca lo ha enajenado: nunca ha de dejado de ser el verdadero usufructuario.

— Lo que recupera el cedente es el contenido económico de tal derecho de usufructo, o el ejercicio del mismo.

— O, si entendemos que la cesión generó un derecho de subusufructo, tal subusufructo se extingue.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En efecto, al fallecimiento del cesionario o comprador del usufructo, el usufructuario cedente o vendedor recupera las facultades de aprovechamiento económico sin necesidad de que se pacte un término resolutorio o una reversión.

III. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, cuando en el Derecho común decimos que se enajena el usufructo, lo que se transmite no es el citado usufructo sino otro derecho: el correspondiente al contenido económico del usufructo o al ejercicio del mismo (en la línea de la citada Ley 408.2 de la Compilación Navarra). Luego, el derecho de usufructo en sí mismo no es enajenable.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

Elvira López Díaz
Doctora en Derecho
Profesora adjunta de Derecho privado
Universidad CEU San Pablo

Resumen: Las tradicionales desigualdades entre los trabajos que hacen los hombres y las mujeres no han desaparecido totalmente si no que han experimentado un proceso de transformación debido a la incorporación de la mujer al mundo laboral. En este proceso se aprecian adelantos pero también retrocesos: los progresos, se miden en términos de mayor libertad, autonomía, preparación de las mujeres y reducción de las diferentes desigualdades por razón de género en todos los ámbitos de la vida y los retrocesos vienen marcados por los niveles desproporcionados de paro, la subocupación, la segmentación y la precariedad de los trabajos realizados por las mujeres, lo que produce un estancamiento que impide la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares entre ambos sexos. Aunque la Ley de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, la Ley de Igualdad y las recientes modificaciones que ha supuesto la reforma laboral en el Estatuto de los Trabajadores, recogen medidas muy favorables para la mujer, la realidad social no se corresponde con la realidad legal, ya que las "facilidades sociales" de las que dispone la mujer trabajadora no son suficientes y esto hace, lamentablemente, que aún sigan persistiendo las desigualdades de género.

Palabras clave: conciliación, trabajo, empresa, maternidad, paternidad, políticas de cuidado, flexiguridad.

Abstract: The traditional inequalities between jobs of men and women have not completely disappeared although with the incorporation of women in the workplace there has been a process of transformation. In this process progress and setbacks have occurred. Progress is measured in terms of greater freedom, autonomy, further technical preparation and reduction of gender inequalities in all aspects of life while setbacks are reflected by disproportionate levels of unemployment, underemployment, segmentation and precariousness of the work done by women which

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

produce a stalemate that prevents the balanced assumption of family responsibilities between genders. Despite the fact that the Law for the Conciliation of Labour and Family Life, the Gender Equality Act and recent changes that have been introduced in the Statute of Workers after the labour reform, set out measures very favorable to women, the social reality does not correspond to the legal reality, as the "social facilities" of working women are not enough showing in fact that significant gender inequalities still exist.

Keywords: conciliation, work, company, maternity, paternity, care policies, flexicurity.

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

2. HACIA UN NUEVO MODELO DE EMPLEO BASADO EN LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

3. LOS EFECTOS DE LA NATALIDAD EN EL MERCADO LABORAL
   3.1. Los permisos de maternidad y de paternidad

4. LAS POLÍTICAS DE CUIDADO PARA CONCILIAR LA VIDA PROFESIONAL CON LA VIDA PERSONAL: LA FLEXICARITY

5. LA EMPRESA Y LA CONCILIACIÓN
   5.1. El tiempo de trabajo
   5.2. El reparto del tiempo mujeres/hombres en el cuidado de los hijos y labores del hogar
   5.3. Los diferentes tipos de contratos de trabajo: trabajo a tiempo parcial y teletrabajo
   5.4. La igualdad de género en la empresa: el distintivo "igualdad en la empresa"

6. NORMATIVA APLICABLE
   6.1. La ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, de 5 de noviembre de 1999
   6.2. La ley de Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, de 22 de marzo de 2007

7. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En las últimas décadas del siglo XX en España, el modelo familiar (*male breadwinner*), conocido por el binomio "hombre proveedor de ingresos-mujer ama de casa", comienza a experimentar importantes transformaciones con la incorporación de la mujer al mundo laboral, abriendo paso a un nuevo modelo que tiende a consolidarse, en el que el hombre mantiene su rol casi intacto, pero la figura del ama de casa tradicional (1) tiende a desaparecer, lo cual no significa que ésta abandone sus tareas de cuidadora y gestora del hogar, sino que de hecho asume un doble papel, el familiar y el laboral, dos espacios que en gran medida siguen siendo incompatibles ya que se plantean graves problemas a la hora de compaginar dos tipos de actividades que se desarrollan en horarios muchas veces coincidentes y se desenvuelven en espacios físicos alejados entre sí.

Así, las mujeres se enfrentan a graves problemas para integrarse en el mundo laboral, porque no obtienen del Estado los "servicios de cuidados" necesarios, porque los horarios escolares no coinciden muchas veces con los laborales, porque cuentan con un mes de vacaciones mientras sus hijos menores tienen tres meses para disfrutar de las mismas, y porque los derechos laborales ofrecidos por las leyes (bajas de maternidad, reducciones de jornadas por hijos menores, permisos por lactancia, etc.) son tenidos en cuenta por las empresas como motivos principales para que la mayoría de las veces prefieran la contratación de personal masculino y así no soportar los costes que supone tener a una mujer empleada.

Por esto las mujeres han tenido que enfrentarse en solitario al problema de "conciliar la vida familiar y laboral", y si quieren incorporarse al mundo laboral es su responsabilidad individual el resolver previamente la organización familiar. Este proceso de conciliación ha exigido a las mujeres desarrollar distintas formas de resistencia individual, adaptaciones y elecciones diversas que tienen que ver con el tener o no tener hijos, reducciones del trabajo familiar, con

(1) Amoroso, M. I. *et al.* (2003). "Malabaristas de la vida, mujeres, tiempos y trabajos". Icaria Editorial.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la organización del trabajo de cuidados y con formas específicas de integrarse en el mercado de trabajo [jornadas a tiempo parcial, teletrabajo (2)].

Si bien es verdad que leyes como la Ley de Conciliación Laboral, la Ley de Igualdad, el nuevo Estatuto de Trabajadores Autónomos o las recientes modificaciones que ha supuesto la reforma laboral en el Estatuto de los Trabajadores, recogen medidas muy favorables para la mujer, lo cierto es que en la mayoría de los casos lo son únicamente en el papel, puesto que a la hora de hacerlas realidad en el día a día , no cabe duda de que muchos empleadores prefieren a los hombres y contratan a muchas menos mujeres, lo que resulta evidente al echar un simple vistazo a los datos del paro del tercer trimestre de los últimos cuatro años, en donde se aprecia que la tasa de paro crece más acusadamente en el caso de las mujeres, si bien las distancias son menores que hace diez años. Es especialmente relevante como ha ido empeorando el mercado laboral y la aproximación que las tasas de paro femeninas han tenido en los últimos años respecto de las masculinas.

CUADRO I
TASAS DE PARO POR SEXO PARA EL GRUPO DE EDAD DE 16 A 64 AÑO (%)

	2010TIII	2011TIII	2012TIII	2013TIII
Hombres	19,40	21,17	24,84	25,63
Mujeres	20,53	22,24	25,56	26,67

Fuente: EPA varios años (INE)

Aunque en los últimos años se ha producido un incremento de la incorporación de la mujer al mundo laboral, la equidad entre géneros no se da por el mero hecho de que la tasa de ocupación u empleo femenina haya subido bastante siendo preciso configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de las responsabilidades tanto en la vida profesional como en la vida personal y familiar.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, según los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) para el periodo 2010-2013,

(2) Pérez Pérez, M. (2008). "El teletrabajo: efectos de la conciliación de la vida familiar y laboral". Fundear. Zaragoza.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la tasa de ocupación u empleo femenina (50,6 %)se diferencia en 10 puntos porcentuales respecto a la correspondiente masculina (60,4 %).

CUADRO II
TASAS DE EMPLEO POR SEXOS Y GRUPO DE EDAD DE 16 A 64 AÑOS (%)

	2010TIII	2011TIII	2012TIII	2013TIII
Hombres	66,21	64,47	61,34	60,43
Mujeres	53,07	52,86	51,29	50,61

Fuente: EPA varios años (INE)

La necesidad de conciliación del trabajo y la familia, ha sido planteada a nivel internacional y comunitario, como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social y aunque la Unión Europea considera la conciliación de la vida laboral y familiar como uno de los principios básicos de la flexiseguridad, la integración de la mujer al mercado laboral no siempre cuenta con la atención que merece. Para alcanzar la igualdad de oportunidades y de salarios, el modelo de flexiseguridad debe combinar la creación de trabajos con un sistema de cuidado que incluya tanto las bajas de maternidad y paternidad como un servicio de guarderías y cuidado gratuito. El reto principal es superar la desigualdad estructural que dificulta a las mujeres desarrollar una vida profesional y termina por convertir la vida familiar en un obstáculo. La dificultad es mayor si pensamos que son las mujeres quienes suelen asumir las labores de cuidado. Es complicado alterar la distribución del cuidado de los hijos y otros familiares sin modificar la situación del mercado laboral (3).

En el estudio de estos aspectos, a continuación, se ha partido de unas consideraciones previas sobre la situación de las mujeres en el mercado laboral y la conciliación de su vida laboral y familiar, teniendo en cuenta la normativa aplicable, para terminar con unas conclusiones.

(3) Con 97 puntos el índice de conciliación de la vida laboral y personal en España se encuentra muy por debajo de los 120 de la media del resto de países a nivel global, según un informe elaborado por Regus.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2. HACIA UN NUEVO MODELO DE EMPLEO BASADO EN LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Para que sea posible la mayor participación de las mujeres en el mercado laboral y lograr una mejor conciliación de la vida laboral y familiar, lo ideal sería un modelo de empleo basado en la distribución de la responsabilidad en tres niveles: el individual, el institucional y el empresarial, de manera que no se trate de una elección que dependa únicamente de la mujer.

Cada uno de los niveles mencionados depende de la intervención activa del Estado, imprescindible para garantizar la mayor equidad y solidaridad, sin que dicha intervención se perciba como una interferencia en la economía o mero corrector de las desigualdades socioeconómicas, sino como un medio para favorecer la flexibilidad en el mercado laboral y asegurar un sistema amplio de protección social.

— Nivel individual o particular. Permisos de maternidad/paternidad. Este nivel se refiere a la capacidad de las madres/padres de decidir cómo afectará el nacimiento de sus hijos a su vida personal y laboral. Las bajas de maternidad son imprescindibles para que las mujeres puedan cuidar de sus hijos y asegurar su reincorporación al mercado laboral, pero también son imprescindibles los permisos de paternidad para incrementar la mayor implicación de los hombres y un reparto más equitativo del cuidado de los hijos y las tareas del hogar.

— Nivel institucional o público. El sistema de cuidado de los hijos. La integración de las mujeres al mercado laboral será solamente posible si este nivel se desarrolla eficazmente, gozando de la universalidad y la gratuidad de los servicios de cuidado y guarderías como objetivo último.

— Nivel empresarial. Las prácticas orientadas a la familia. Las mujeres siguen prefiriendo trabajar en el sector público, a pesar de que los salarios sean menores, porque valoran la seguridad y las facilidades para disfrutar de la baja de maternidad y conciliar la vida laboral y familiar. Debido a que no se puede imponer políticas obligatorias en el mismo sentido, es conveniente que las empresas

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

vayan asumiendo mayor responsabilidad social y sensibilidad hacia las políticas favorables y promotoras de la conciliación.

La consideración de estos tres niveles y las medidas concretas requeridas para su implementación, deberían contribuir a la mejor integración de la mujer en el mercado laboral y una mayor igualdad. Los efectos positivos de una mayor ocupación laboral femenina, promovidos mediante políticas sociales como las mencionadas, se notarían en el crecimiento económico, mientras que la mayor implicación de los hombres ayudaría a que el cuidado de los hijos deje de ser percibido como una cuestión que concierne única y exclusivamente a las mujeres.

A continuación van a ser objeto de estudio los tres niveles anteriormente expuestos.

3. LOS EFECTOS DE LA NATALIDAD EN EL MERCADO LABORAL: LOS PERMISOS DE MATERNIDAD/PATERNIDAD

Respecto al desarrollo demográfico, resultan alarmantes las bajas tasas de natalidad en los países de la UE, y la temida falta de relevo generacional ante el creciente envejecimiento de la población. La situación es así mismo preocupante cuando se piensa en el mantenimiento de las pensiones y los costes mayores para el Estado en servicios de dependencia. Antes, la mayor parte de las interrupciones en el trabajo por parte de las mujeres se debían al nacimiento y cuidado de los hijos, ahora y dentro de unos años en mayor medida, estas interrupciones se deberán al cuidado de familiares ancianos, enfermos y dependientes.

Pero la cuestión de la natalidad no puede disociarse de la participación de la mujer en el mercado laboral ni del común dilema consistente en elegir entre tener hijos o asegurarse un trabajo. La mayoría de las mujeres en España no renuncia a la maternidad, pero si, en cierto modo se ven obligadas a retrasar la edad para tener a su primer hijo hasta que no alcanzan cierta estabilidad en el empleo.

No cabe duda que el trabajo es un factor que influye, primero a la hora de contraer matrimonio o iniciar la convivencia en pareja y segundo a la hora de ser madre y en el número de hijos que se van a tener.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Del estudio de "Fecundidad y Trayectoria Laboral de las Mujeres" llevado a cabo por el Consejo de Investigaciones Científicas (CSIC), a cargo del Instituto de la Mujer (4) se desprende que: a mayor edad y mayor nivel de estudios, menor número de hijos, así las mujeres de edades entre 35 y 49 años, con estudios medios y superiores y con trabajo estable tienen a su primer hijo mucho más tarde que la mujeres entre los 25 y 33 con nivel de estudios elementales que además no trabajan fuera de casa o tienen un trabajo a tiempo parcial. Esto es debido a que las mujeres con empleos fijos han necesitado más tiempo de trayectoria vital para conseguirlos, lo que les ha llevado a posponer la llegada de los hijos. Y por otra parte cuanto mayor es el número de hijos, menor es la incorporación de la mujer al mercado laboral.

Todas estas reflexiones pueden ser algunas de las razones por las que el índice de natalidad en España sea uno de los más bajos de Europa, ya que la mujer no renuncia a ser madre pero si retrasa considerablemente el momento para hacerlo en función de sus aspiraciones en el terreno laboral.

En el siguiente cuadro se establece la comparación entre España y Dinamarca con el resto de países de la Unión Europea. Nos ha servido el caso danés como ejemplo, porque demuestra que la alta participación de las mujeres en el mundo laboral no impide el mantenimiento de la tasa de natalidad, ya que los índices de mujeres trabajadoras con niños en Dinamarca están entre las más altas de Europa y para ello las bajas de maternidad y paternidad más prolongadas que las de España, la universalización de las guarderías y de las políticas de cuidado, ayudan entre otros factores a explicar el porqué.

CUADRO III
TASAS BRUTAS DE NATALIDAD

NACIMIENTOS POR CADA 1.000 HABITANTES

	2010	2011	2012
España	10,4	10,1	9,7
Dinamarca	11,4	10,6	10,4
UE (28 países)	10,7	10,4	*

Fuente: Eurostat. (*)Dato no disponible

(4) http://www.fundaciónsistema.com/media/PDF/ FECUNDIDAD.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Comparando las tasas de natalidad entre Dinamarca y España, mientras que aquella se encuentra por encima de la media europea, España está por debajo.

3.1. Permisos de maternidad y de paternidad

El hecho de la maternidad/paternidad, provoca una serie de consecuencias en la relación laboral, debido a la necesidad , por un lado, de interrumpir la prestación laboral durante los periodos de descanso reconocidos por el hecho biológico de la maternidad y paternidad, y por otro, debido a la atención del hijo recién nacido por parte de ambos progenitores, así como también es necesario proteger a las trabajadoras y al feto o al hijo de posibles riesgos durante el embarazo o la lactancia natural. Ello supone unas alteraciones en la actividad laboral, unas medidas de prevención de riesgos laborales y unas prestaciones, tanto asistenciales como económicas, que deben quedar cubiertas por la Seguridad Social.

Los permisos por maternidad y paternidad, la excedencia o la reducción de la jornada laboral, ambas de carácter voluntario, para el cuidado de los hijos, la prestación por riesgo para la lactancia y la prestación del subsidio de desempleo durante el periodo de baja maternal, son derechos básicos de los trabajadores recogidos en el Estatuto de los Trabajadores, en la Ley 39/1999 de Conciliación Laboral y Familiar y en la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres:

— **Periodos de maternidad**: las mujeres disponen de un total de 16 semanas de permiso a partir del nacimiento del hijo (art. 37 ET).

Las seis primeras semanas corresponden a la madre obligatoriamente y son inmediatamente posteriores al parto, mientras que las otras diez, pueden compartirse con el padre. Se amplía el permiso de maternidad en dos semanas más, en los casos de partos múltiples.

La mujer puede darse de baja maternal antes del parto, descontándose esos días o semanas de las diez restantes; después de las seis semanas obligatorias y previo acuerdo con la empresa, la trabajadora podrá disfrutar el permiso a tiempo parcial en los términos que se determinen. Además como la mayoría de las madres desean sumar el mes de vacaciones al periodo de baja maternal para prolongar la lactancia y porque así el bebé será algo mayor cuando

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tengan que dejarlo al cuidado de otras personas e incorporarse al trabajo, la regulación al respecto establece que aunque el periodo de vacaciones fijado por la empresa coincida con la baja por maternidad o la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, la madre tendrá derecho a disfrutar de sus vacaciones en una fecha distinta, incluso aunque haya finalizado el año natural al que correspondiesen dichas vacaciones.

El subsidio durante la baja maternal es el 100 % de la base reguladora correspondiente al salario mensual más la prorrata de las pagas extras, pero hay que tener una cantidad de días cotizados a la Seguridad Social que varían según la edad.

— Menores de 21 años: no se exige ninguna cotización previa
— Entre 21 y 26 años: se exigen 90 días cotizados en los últimos 7 años o 180 días durante toda la vida laboral.
— Para mayores de 26 años: se requieren 180 días cotizados en los últimos 7 años, o 360 días en toda la vida laboral.

La trabajadora por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones, pudiendo sustituir este derecho por una reducción de la jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre, en caso de que los dos trabajen. (Ley 39/99).

Una novedad en el tema de lactancia es que "los padres obtendrán permiso de lactancia aunque la madre no trabaje" (5). También, el número 1.º de la Disposición Final Primera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral modifica el apartado 4.º del art.37 ET, en el sentido de que si los padres trabajan el permiso de lactancia lo tendrá que disfrutar uno u otro (6).

(5) "Hacienda desvincula la lactancia al hecho de dar el pecho y la fija como tiempo de cuidado común, aunque la madre no trabaje"... Noticia del Diario "El Mundo" 15/02/2013.

(6) Veáse STJUE, de 30 de septiembre de 2010, en relación con el permiso de lactancia… establece que es un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, que sólo puede ejercitar uno de ellos en el caso de que ambos trabajen, siendo indiferente que el que lo ejerza sea un trabajador con contrato de trabajo o autónomo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por otra parte, será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación . y en los siguientes supuestos (art. 55. 5.º ET): 1. El de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento y 2. El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión anterior.

— **Periodos de paternidad**: el permiso de paternidad consta de 15 días, 2 días por nacimiento de hijo, (si por tal motivo el trabajador necesitara hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de 4 días) y 13 días de suspensión del contrato de trabajo, que deben disfrutarse durante los nueve meses posteriores al nacimiento del hijo.

Si se acuerda con la empresa, el permiso se puede disfrutar a tiempo parcial con un mínimo del 50 % (26 días en total a jornada parcial) y la prestación económica es financiada por la Seguridad Social, el trabajador percibe el 100 % de la base reguladora correspondiente del salario mensual más la prorrata de las pagas extras, adquiriéndose el derecho a la prestación si se tienen 180 días cotizados en los últimos 7 años, o 360 días durante toda la vida laboral.

Además según el art. 46 del ET, 3.º, "los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años por cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como pre-adoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento, o en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Se reserva el puesto de trabajo por excedencia de un año, si la excedencia es por más tiempo, podrán incorporarse al trabajo pero sin la reserva del mismo puesto de trabajo que se tenía.

Establecida la comparación entre los permisos de maternidad y paternidad se pueden establecer las siguientes recomendaciones (7) que sería conveniente considerar para avanzar en la conciliación laboral y familiar.

(7) Cardona Palmer, A. (2011): "Informe Flexicurity and Gender Equality: advancing flexicarity policies in Denmark an Spain". Fundación Alternativas 2009.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

1. En cuanto al período del permiso de maternidad podría aumentarse progresivamente hasta alcanzar como mínimo los 6 meses, que es el período de tiempo recomendado por la OMS para la lactancia.

2. Con respecto al permiso de paternidad se espera que pueda ampliarse al menos a cuatro semanas y debe ser intransferible, disfrutado exclusivamente por el padre y no sólo un permiso compartido con la madre, aunque luego el reparto del permiso lo gestionen entre los dos. Además entre otras cosas, si los padres disfrutaran del permiso de paternidad intransferible se propiciaría una ausencia menos prolongada de la mujer a su puesto de trabajo.

Aunque otra cosa es el hecho destacable de que los padres ni siquiera solicitan la baja por paternidad durante las dos semanas siguientes al nacimiento del hijo, debido aún a motivos de mentalidad ya que piensan que los primeros días del nacimiento van a ser cubiertos mejor por la madre, simplemente por el hecho de ser mujer y debido también a que la cultura empresarial continua siendo predominantemente masculina y hasta se ve mal y con ciertas reticencias que los trabajadores soliciten el permiso de paternidad, por lo que resulta necesario que la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos y en las labores domésticas pueda promoverse mediante campañas de concienciación que demuestren sus beneficios en el conjunto de la familia.

En este sentido, en el "Informe sobre Desigualdad de Género 2012", elaborado por la WEF (Foro Económico Mundial) (8) se subraya las generosas políticas de bajas paternales y maternales que han aplicado los países nórdicos, cuya consecuencia ha sido tanto un incremento de la tasa de natalidad como de la reincorporación de la mujer al mercado laboral en combinación con la maternidad. Esta situación se compara con la de otros países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), como por

(8) El Informe de este Instituto de Estudios Económicos que evalúa a los países en función del grado de equilibrio social que han conseguido entre sexos, hace una clasificación que lideran cinco países nórdicos: Islandia, Finlandia, Noruega, Suecia y Dinamarca, que ha servido de ejemplo para todos los demás.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ejemplo España, donde políticas insuficientes en este sentido hacen que tanto las tasas de natalidad como la participación laboral de la mujer sean más bajas.

4. LAS POLÍTICAS DE CUIDADO PARA CONCILIAR LA VIDA PROFESIONAL CON LA VIDA PERSONAL: LA FLEXICARITY

La UE considera que la falta de servicios de cuidado de menores es un obstáculo para la participación de las mujeres en el mercado laboral, por eso se establecieron unas metas que los Estados miembros tenían que cumplir para 2010, que consisten en una cobertura mínima de cuidado del 90 % de los niños/as mayores de tres años y del 33 % para los niños/as menores de tres años.

En España hasta los tres años el cuidado se imparte por guarderías públicas (semigratuitas, subvencionadas en parte) y guarderías privadas; a partir de los tres años acceden a la enseñanza pública (infantil) y a partir de los seis años, empiezan la enseñanza pública obligatoria (primaria).

El sistema español de cuidado (9) depende, en gran medida, de familiares (normalmente los abuelos) o de cuidadores privados y la cobertura pública de cuidado resulta insuficiente ya que no existen guarderías públicas gratuitas para los niños/as menores de 3 años, y las que existen (subvencionadas en parte..) tienen largas listas de espera, no tienen flexibilidad de horarios (cubren el horario de un día laboral normal, es decir ocho horas entre las 6,30 h. de la mañana a las 17 h. de la tarde, lo cual resulta insuficiente en muchas ocasiones) y son las guarderías privadas las que se ocupan de las ofertas para estos tramos de edad, con mayor flexibilidad de horarios. Para esta primera fase, se recurre por tanto, principalmente a servicios de pago en el sector privado, esto resulta muy costoso, especialmente para las familias con rentas bajas, e influye en las posibilidades de la mujer de trabajar y no tener que dejar su trabajo para asumir la labor del cuidado de los hijos.

(9) "Cuidado" (traducción imprecisa del inglés "care") comenzó a emerger como un aspecto central del trabajo doméstico como la dimensión fundamental que lo aleja del trabajo asalariado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En los cuadros siguientes, se hace una valoración del reparto de las labores de cuidado de los hijos entre hombres/mujeres. Según la Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo (2010) realizada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en aquellas parejas que trabajan ambos y que tienen hijos menores de 14 años, se observa que durante la jornada laboral de cada uno de ellos hombre/mujer, la ocupación en el cuidado de los hijos (tanto para los menores de 3 años como los de 3 a 14 años) recae sustancialmente más sobre las mujeres. Esta situación sin duda afecta a cuestiones tan relevantes como la promoción profesional y la decisión de realizar trabajos a tiempo parcial de las mujeres que tienen hijos menores.

AMBOS MIEMBROS DE LA PAREJA TRABAJAN Y TIENEN HIJOS MENORES DE 14 AÑOS. QUIEN SE OCUPA DE ELLOS DIARIAMENTE DURANTE LA JORNADA LABORAL (%)

Fuente: Encuesta de Calidad de vida en el Trabajo (2010).
Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La falta de servicios públicos para los niños/as menores de tres años se atribuye normalmente a la falta de demanda, suponiendo entonces que las madres y las abuelas que son las que se van a ocupar del cuidado, están desempleadas y fuera del mercado laboral. Sin embargo ninguna de estas explicaciones es convincente ya que las madres pueden estar en el paro precisamente por el motivo de tener que cuidar a los hijos y las abuelas pueden encontrarse fuera del mercado laboral porque siempre han tenido la responsabilidad del cuidado de la familia adaptándose a la formula "mujer ama de casa", y cuidando primero a sus hijos y luego a sus nietos. Visto de esta manera, en realidad no hemos avanzado nada en la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, manteniéndose en nuestro sistema la desigualdad de género en cuanto a la conciliación de la vida laboral y personal.

Aunque el gobierno español ha invertido más dinero en plazas públicas de cuidado para los menores y se ha establecido como meta para el 2015 alcanzar un sistema educativo gratuito y universal para los niños/as de 0 a 3 años, por el momento la cobertura sigue siendo deficiente. En estos momentos, para llegar a una cobertura del 70 % por ejemplo, sin contar las plazas existentes y las que ya están financiadas por los planes de gobierno, harían falta un total aproximado de un millón de plazas más.

Además debido a la crisis económica y financiera que afecta a España y su compromiso de reducción del déficit público, se ha frenado los progresos iniciados para alcanzar la meta de un "sistema educativo gratuito y universal" para los niños pequeños menores de tres años. Además como muchas de las plazas de guarderías estaban subvencionadas por las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, al recortarles significativamente sus subvenciones y el presupuesto para gastos, son los padres los que deben incrementar la cuota mensual y pagar más, lo que hace que muchas guarderías y centros de atención a la infancia estén optando por cerrar por falta de financiación pública suficiente para seguir manteniéndolas.

Teniendo en cuenta estas consideraciones serían deseables las siguientes propuestas de mejora (10).

(10) Cardona Palmer, A. (2011). "Informe Flexicutity an Gender Equality: advancing flexicarity policies in Denmark and Spain". Fundación Alternativas 2009.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

1. Se debe ampliar la oferta pública de servicios de cuidado con el objetivo a largo plazo de conseguir un sistema universal,(como derecho de todos los ciudadanos), con una cobertura de al menos del 70 % (11). Así aparece el nuevo concepto de la "flexicarity" o "cuidado flexible", para exigir que, junto a las relaciones entre la seguridad proporcionada por el Estado y el mercado, se añadan las instituciones de cuidado público. Por ejemplo en el sistema danés los tipos de servicio de cuidado son tres: centros públicos de cuidado, cuidadores públicos y privados y guarderías públicas, ya que los niños no empiezan el colegio obligatorio hasta los 6 años.

2. El Estado debe garantizar la oferta de una plaza de cuidado para las madres y padres trabajadores. Se deben reducir las listas de espera, estableciéndose un límite como periodo máximo como hacen en Dinamarca, donde el plazo máximo permitido en la lista de espera es de cuatro semanas, a partir de las cuales si el municipio no puede ofrecer una plaza, debe financiar los gastos que se originen a los padres que quieran hacer uso de una guardería privada . Y las garantías deben ir ampliándose hasta que los servicios de cuidados se ofrezcan de manera universal a empleados y desempleados por igual (como derecho de todos los ciudadanos), situación regulada en Dinamarca, por una ley de cuidados de 1997, modificada por Ley de 2007 (12).

3. Los municipios son los que deben ofrecer una amplia gama de servicios de cuidados, para que los padres puedan elegir la opción que les permita conciliar satisfactoriamente vida privada y vida laboral. Los propios municipios podrán combinar la oferta de la manera que consideren más oportuna, en función de las características de la población. Siguiendo con el ejemplo de Dinamarca, de las garantías que suponen las políticas de cuidado, es responsable el municipio, el cual se encarga del establecimiento del número de las plazas de guardería, teniendo la obligación de ofrecer una plaza de

(11) Siguiendo el ejemplo de las "políticas de cuidado" en Dinamarca.
(12) http://www.eclac.org/publicaciones/xml2/22672/ssc46. Transformaciones políticas, cap. 2, pdf.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cuidado a todos los niños/as a partir de las 26 semanas y hasta los 6 años que comiencen su vida escolar.

4. Además, tomando el sistema danés como referencia, sería conveniente introducir el servicio de cuidadores, contratados por el propio municipio, que se hacen cargo de un número reducido de niños de 0 a 3 años (siendo 5 el número máximo) en su propia casa. Se trata de una opción de cuidado rentable que facilitaría además, la integración de los niños/as en el sistema escolar de forma gradual, dado que aprenderían a interactuar con otros niños en grupos reducidos y se mantendría la familiaridad de una casa privada. Además al estar los cuidadores contratados por el propio municipio, es posible mantener un mayor control público de la calidad del servicio, al mismo tiempo que se impide el fomento de los servicios de cuidado irregulares.

6. Los horarios deben ser más flexibles para adaptarlos más a la realidad del mercado laboral actual y también se debe considerar la posibilidad de flexibilizar la oferta, introduciendo plazas flexibles o de media jornada para los padres que quieran combinar el sistema de guarderías con el cuidado de los niños en casa.

5. LA EMPRESA Y LA CONCILIACIÓN

Para conseguir la conciliación real entre la vida laboral y personal, para los dos géneros, es fundamental que las prácticas empresariales sean compatibles con las necesidades de las familias. Las políticas empresariales tienen que adaptar las condiciones laborales y contribuir a la consecución de un equilibrio entre vida laboral y familiar ya que solo así se puede asegurar un resultado eficaz de otras medidas de conciliación como las ya expuestas: bajas de maternidad/paternidad y el sistema de cuidado de los hijos.

Estas políticas empresariales deben facilitar la integración al mercado laboral de los trabajadores que tienen responsabilidades familiares de cuidado (niños, ancianos, otros familiares dependientes...), evitando las cláusulas en contratos y convenios que fomenten la desigualdad y evitando también la consideración de que el trabajo familiar recae mayoritariamente sobre la mujer y que la conciliación de la vida profesional y personal no es una carga.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por eso, las medidas empresariales de conciliación y de políticas adaptadas a las familias (13) deben girar en torno a una idea central: la flexibilidad (14), que es relevante tanto en relación con el lugar de trabajo como en la organización de las actividades laborales. Así, para solucionar los conflictos que se dan entre la vida laboral y familiar, es necesario que las empresas cambien de mentalidad, ofrezcan soluciones y tomen medidas en muchos aspectos, tales como el tiempo de trabajo, los tipos de contratos, la igualdad de género, etc.

5.1. El tiempo de trabajo

En cuanto al **tiempo** de trabajo, los problemas surgen porque son muchas las empresas que tienen horarios fijos sin que quepa la posibilidad de establecer horarios flexibles lo que perjudica a los trabajadores con responsabilidades familiares. En este sentido la flexibilidad se puede fomentar permitiendo al trabajador/ra, elegir individualmente la hora de entrar y salir del trabajo de manera más flexible, siempre que se cumplan con los requisitos horarios de la semana o el mes siendo lo importante "cumplir objetivos", para lo cual los trabajadores participarán en la planificación de su tarea laboral y podrán emplear más o menos tiempo con arreglo a las necesidades de cada momento. De esta manera sería factible compatibilizar el trabajo con el hecho de tener que dejar los hijos en la guardería o en el colegio.

Además para facilitar un mayor equilibrio entre la vida laboral y familiar, debería implantarse la flexibilidad en las prácticas cotidianas de las empresas, no solamente teniendo en cuenta los horarios

(13) Un ejemplo de políticas adaptadas a las familias lo encontramos en el caso de la compañía telefónica danesa TDC que ofrece a sus empleados 10 semanas de baja con sueldo completo por el nacimiento de un hijo, pero ante la falta de uso de esta oferta por parte de los padres empleados en la empresa, se inició una campaña titulada "el abrazo de papá" por la que se promocionaba la oferta de las 10 semanas de baja para distribuir entre los padres tras el nacimiento del hijo, ofreciéndoles además un "catálogo de instrumentos" con consejos sobre cómo ser padre y una carta personal animándoles a acogerse a esta alternativa.

(14) Carrasco, C., *et al* (2003). "tiempos, trabajos y flexibilidad: una cuestión de género". Serie Estudios núm. 78. Instituto de la Mujer. Madrid.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

flexibles sino también atendiendo a otros aspectos tales como temporadas de bajas o de jornadas reducidas y la posibilidad de trabajar desde casa algunos días de la semana, siempre que el tipo de trabajo lo permita.

Como novedad en materia de jornada laboral, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de "Medidas Urgentes para la Reforma Laboral", establece la posibilidad de que la empresa pueda distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada de trabajo, siempre y cuando el convenio colectivo o el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores no establezcan la distribución irregular anual.

También las empresas deben fomentar que los padres disfruten de los tiempos de los permisos de paternidad, siendo importante destinar medidas de conciliación directamente a los hombres, para evitar que sean solo las mujeres las que utilizan los permisos de maternidad por el nacimiento de los hijos, pues en caso de no motivar a los hombres para que adopten un papel activo cuando son padres, se corre el riesgo de que se sigan reproduciendo estereotipos y prácticas que fomentan la desigualdad de género.

5.2. El reparto del tiempo hombres/mujeres en el cuidado de los hijos y labores del hogar

En la sociedad actual, dentro de las familias, las funciones que corresponden a los hombres y a las mujeres son diferentes y aunque la mujer dedica menos tiempo al trabajo doméstico que hace unos años (15), la carga de las horas no ha disminuido en la misma proporción que el tiempo que transcurre trabajando fuera de casa ya que gran parte de las tareas domésticas recaen sobre ellas, lo que dificulta, en muchos casos la conciliación de su vida laboral y personal.

Bien es verdad que las tareas domésticas se distribuyen de manera cada vez más igualitaria y que los hombres dedican cada vez más tiempo al hogar, aunque todavía siguen existiendo desigualdades a la hora de repartir el trabajo en casa. Según revela la En-

(15) Duran, M. A. (1997). "La investigación sobre el uso del tiempo en España: algunas reflexiones metodológicas". Revista Internacional de Sociología, CSIC, núm. 18.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cuesta de Empleo del Tiempo 2009-2010, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, las mujeres dedican entorno a un 65 % más de tiempo que los hombres al mantenimiento del hogar confección y cuidado de ropa y al cuidado de los niños.

CUADRO VI
DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO EN MINUTOS/DÍA A TAREAS DEL HOGAR Y CUIDADO DE LA FAMILIA POR SEXOS

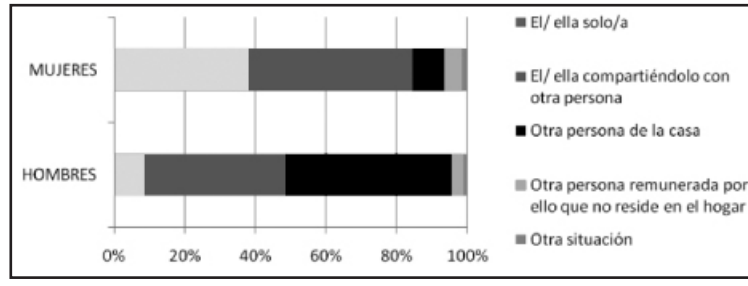
	Tiempo en minutos/día	
HOGAR Y FAMILIA	**Varones**	**Mujeres**
Actividades para el hogar y la familia no especificadas	4	15
Actividades culinarias	26	24
Mantenimiento del hogar	17	49
Confección y cuidado de ropa	1	23
Jardinería y cuidado de animales	18	7
Construcción y reparaciones	6	1
Compras y servicios	20	31
Gestiones del hogar	1	1
Cuidado de niños	18	32
Ayudas a adultos miembros del hogar	2	4
Total	113	187

Fuente: Encuesta de empleo del tiempo 2009-2010 (INE)

Por otra parte, según la Encuesta Nacional de la Salud 2011-2012 (INE), que se expone a continuación, el hombre que trabaja y acomete en solitario las labores del hogar representa el 8,79 %, en comparación con la mujer que trabaja y realiza sola las labores del hogar que representa el 38 %. Y por el contrario los casos en los que el hombre trabaja y las tareas del hogar las asume un tercero u otro miembro de la familia representan el 46 %, 67 %, mientras que los casos en que la mujer trabaja y otro miembro del hogar realiza las tareas domésticas representa el 8,92 %. Esto refleja la asimetría que sigue existiendo en la ejecución de las tareas domésticas entre los hombres y mujeres de los hogares españoles.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

CUADRO VII
DISTRIBUCIÓN DE LAS TAREAS DEL HOGAR SEGÚN SEXO DE AQUÉLLOS MIEMBROS QUE TRABAJAN (%)



Fuente: Encuesta Nacional de Salud 2011-2012 (INE).

5.3. Los diferentes tipos de contratos de trabajo: trabajo a tiempo parcial y teletrabajo

Los empleados con responsabilidades de cuidado no pueden muchas veces rendir al máximo en el ámbito laboral ni dedicarse plenamente al ámbito familiar, ya que les falta energía para asumir ambas tareas de un modo satisfactorio. Esto hace que en muchas ocasiones reduzcan la jornada de trabajo u opten por otras formas laborales como trabajos a tiempo parcial, teletrabajo, etc., lo cual les va a permitir conciliar mejor la vida familiar y la laboral aunque esto conlleve otras consecuencias como pueden ser ingresos menores y otras situaciones relacionadas con la falta de independencia económica en las mujeres por ejemplo.

a) El trabajo a tiempo parcial

La elección de políticas de trabajo a tiempo parcial para reducir el desempleo conlleva el riesgo de mantener la desigualdad de género. Sin lugar a dudas, el crecimiento del empleo femenino es un avance, pero si se produce sólo a tiempo parcial, termina por convertirse en una barrera, ya que es insuficiente para una persona o una madre sola y crea una desigualdad salarial entre mujeres y hombres.

No obstante las mujeres eligen el trabajo a tiempo parcial (16) debido a razones personales o relacionadas con el cuidado de los

(16) CES (1996): "El trabajo a tiempo parcial". Consejo Económico y Social. Informe 4.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

hijos u otros miembros de la familia. De esta manera el trabajo a tiempo parcial se combina con actividades de cuidado en el ámbito privado y las mujeres terminan por trabajar más horas en total. Por eso los trabajadores deben ser libres a la hora de elegir el tipo de contratación que deseen y deben de ser incluidos en las medidas de participación sobre la organización del trabajo para garantizar que éstas se adapten a las necesidades reales.

Pero hay que tener en cuenta que en el caso de España, el trabajo a tiempo parcial se encuentra con graves problemas tales como la temporalidad, inseguridad, inestabilidad, contratación por pocas horas que luego pueden ser alargadas con horas extras, menos derechos que otros trabajadores, mal salario y descualificación. Además el trabajo a tiempo parcial no implica una mayor conciliación de la vida laboral y familiar, más bien son las políticas de cuidado y no el trabajo a tiempo parcial, las que aseguran la conciliación, ya que la cuestión no es tanto reducir la jornada de trabajo como crear condiciones sociales (por medio de las bajas de maternidad y paternidad y los sistemas de cuidados) que permitan el desarrollo continuado de la trayectoria profesional (modelo de flexiseguridad).

En el cuadro que se inserta a continuación se observa como los trabajos a tiempo parcial dependen del género, siendo la diferencia en el tercer trimestre del 2013, del 24,39 % respecto a las mujeres y el 7,66 % respecto a los hombres.

CUADRO VII
DISTRIBUCIÓN DEL EMPLEO POR SEXOS Y TIPO DE JORNADA Y GRUPO DE EDAD DE 16 A 64 AÑOS (%)

	Jornada a tiempo completo				Jornada a tiempo parcial			
	2010TIII	2011TIII	2012TIII	2013TIII	2010TIII	2011TIII	2012TIII	2013TIII
Hombres	94,91	94,35	93,42	92,34	5,09	5,65	6,58	7,66
Mujeres	77,71	77,66	76,48	75,61	22,29	22,34	23,52	24,39

Fuente: EPA varios años (INE)

Las novedades en el contrato a tiempo parcial que hace la Ley 3/2012, van dirigidas a permitir la compatibilidad de la realización de horas extraordinarias con las horas complementarias, siempre que no excedan del límite legal de del trabajo a tiempo parcial. El número de horas extraordinarias será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada. Se busca con ello que este tipo de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

contrato obtenga la relevancia alcanzada en otros países de nuestro entorno europeo (17).

También en la regulación del contrato a tiempo parcial y de relevo (arts .12, 6 y 7 ET, se han incorporado recientemente las modificaciones relativas a la jubilación parcial para mantener la adecuada coordinación con las medidas destinadas a favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (RD-ley 5/2013).

b) Teletrabajo y contrato a distancia

El teletrabajo o trabajo a distancia es una nueva forma laboral que puede ser utilizada por muchas mujeres que necesiten ajustar sus tiempos y conciliar la vida profesional y familiar. Esta manera de trabajar ha ido aumentando en todo el mundo, aunque en la cultura empresarial de nuestro país no termina de encajar(18).

El teletrabajo o trabajo a distancia, consiste en la posibilidad que los empresarios ofrecen a sus empleados, para que puedan realizar su actividad laboral a distancia, utilizando las nuevas tecnologías de la información y sin que tengan que acudir diariamente a la oficina. Es una nueva forma de flexibilidad del trabajo que puede beneficiar a las mujeres, en los casos en los que tengan la posibilidad de realizar parte de su trabajo desde el propio domicilio gracias a la realización de servicios por medio de Internet.

Esta modalidad de empleo resulta una buena oportunidad para aquellos profesionales que necesitan ajustar sus tiempos y gestionar de manera eficaz la vida personal y familiar y además supone una forma de trabajar que podría incrementar entre un 10 % y un 40 % la productividad de las empresas.

(17) Holanda emplea un modelo de flexiseguridad basado en altas tasas de empleo a tiempo parcial y menor protección social a diferencia de Dinamarca cuyo modelo combina trabajo a tiempo completo con un sistema fuerte de protección social.

(18) La Encuesta de Población Activa (EPA) que elabora el Instituto Nacional de Estadística (INE), señala que en el año 2012, el 91,8 % de los ocupados no trabajó ni un solo día en casa.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En España grandes empresas como BBVA, Indra y Repsol, han puesto en marcha programas pioneros en esta materia. Así por ejemplo en la empresa Repsol, el programa se inició en 2008 con una experiencia piloto con 91 personas y en estos momentos son más de mil los empleados que están incluidos en el programa y aunque el colectivo de mujeres es predominante, los hombres se están incorporando cada vez más al teletrabajo (ya representan un 35 %).

Ahora bien debido a la multitud de perfiles diferentes, las empresas deben adaptarse a las propias características de sus plantillas de trabajadores, en este sentido siguiendo con el ejemplo de Repsol: dispone de cuatro modalidades para trabajar desde el propio domicilio: un día a la semana, dos días a la semana, dos tardes y el viernes, y el 20 % de la jornada diaria, a convenir según las necesidades empresa-trabajadores.

Con la reforma de la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral, se ha modificado el obsoleto contrato de trabajo a domicilio, adaptándolo a las nuevas formas de organización del trabajo y la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y se opta por una denominación más amplia "trabajo a distancia", acorde con la adoptada en el Convenio de la OIT número 177 sobre el trabajo a domicilio (1996).

Según el modificado art.13 ET, tendrá la consideración de trabajo a distancia "aquél en que la prestación se realice preponderantemente en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa".

Pero resulta necesario proteger al trabajador a distancia en comparación con los trabajadores presenciales, ya que deben tener los mismos derechos y oportunidades, siendo necesario asumir los compromisos del Acuerdo Europeo de Teletrabajo (2002) alcanzado en el seno de la UE. Por eso en la última reforma laboral, Ley 3/2012, se ha incluido un apartado específico para el teletrabajo y aunque aún quedan lagunas, entre los aspectos más destacables se equiparan los derechos de los trabajadores presenciales con los de los teletrabajadores y se obliga al empresario que contrate bajo esta modalidad a proporcionar los medios necesarios al empleado. La nueva legislación destaca la posibilidad del trabajo presencial y el teletrabajo en forma alternativa o la adscripción formal a un centro de trabajo a efectos del ejercicio de derechos laborales colectivos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

5.4. La igualdad de género en la empresa: el distintivo "igualdad en la empresa"

Aún no se ha asumido que se están modificando los papeles de hombres y las mujeres y que ambos necesitan la conciliación de la vida laboral y familiar, por lo que las empresas deben de ofrecer posibilidades para ambos géneros y no sólo posibilidades específicas para la mujer (19).

Entre los muchos objetivos de La Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, se encuentra el de fomentar medidas y planes de igualdad en la empresa, para ello establece la obligación que tienen las empresas de realizar planes de igualdad en el caso de que superen los 250 empleados, y a negociar medidas de igualdad en los convenios colectivos independientemente del número de trabajadores. Teniendo en cuenta que se está produciendo un cambio en la gestión de la empresa moderna y atendiendo a criterios individualizados de mérito y capacidad de los trabajadores, esta regulación contiene un conjunto ordenado de medidas tendentes a garantizar la igualdad de trato y de oportunidades de hombres y mujeres en la empresa y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

a) El distintivo "igualdad en la empresa"

El distintivo "igualdad en la Empresa" previsto en el art.50 de la Ley de Igualdad y desarrollado por el Real Decreto 1615 /2009, de 26 de octubre, por el que se regula su concesión y utilización (20) es anterior a la promulgación de la Ley de Igualdad, ya que existía la Orden de 25 de Enero de 1996 por la que se crea la "Entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres". Así a través del programa "Optima", que nace por iniciativa del Insti-

(19) En este sentido la SSTCC 3/2007, de 15 de enero, y la SSTCC 26/2011, de 14 de marzo, donde se reconoce el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar como un derecho fundamental y se requiere el acuerdo del empresario.

(20) También cabe resaltar la Orden IGD/869/2010, de 30 de marzo, por la que se convoca el procedimiento para la concesión del distintivo "igualdad empresa" correspondiente al año 2010, y la Orden SPI/1292/2011, de 17 de mayo, por la que se crea el Registro de las empresas con distintivo "igualdad en la empresa".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tuto de la Mujer, se pretende fomentar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas, facilitando su incorporación, permanencia y promoción en las mismas (21).

Más tarde la Ley Orgánica de Igualdad, 3/2007, regula el distintivo empresarial (22) en materia de igualdad para premiar y estimular a las empresas que destaquen por las medidas que implantan para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre los trabajadores de ambos sexos encomienda al entonces ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la competencia para poder crear un distintivo con el fin de reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, distintivo que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios.

Para la obtención del mismo las empresas tienen que presentar balance de los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados. Igualmente concreta la LOI que entre otros criterios se tendrán en cuenta para la concesión del distintivo, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como el mantenimiento de políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa. Y finalmente el art. 50

(21) Este programa cuenta con la cofinanciación del Fondo Social Europeo y se encuentra encuadrado dentro de las Estrategias Europeas para el Empleo.

(22) Ballester Pastor, I. (2007): "El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad social, corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades", Estudio de Derecho Internacional y Comunitario; RMTAS, núm.67, p.187.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LOI, menciona la necesidad de controlar que se mantengan los parámetros que dan lugar a la concesión del distintivo y la retirada del mismo en caso de incumplimiento. Para ello anualmente se presentara un informe

El distintivo se convocará anualmente por el órgano correspondiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (antes Ministerio de Igualdad) el cual es propietario del logotipo y del nombre del distintivo, y una vez concedido a la empresa correspondiente que lo haya solicitado, tiene una duración de tres años, pasados los cuales pueden pedirse prórrogas, que serán también de tres años y que requerirán el mismo procedimiento, requisitos y obligaciones que para la concesión inicial.

Las empresas a las que se les ha concedido el distintivo (23) van a tener una serie de ventajas y beneficios, regulados en el art. 11 RD 1615/2009), tales como el uso del mismo en el tráfico mercantil y comercial con fines publicitarios, difusión de las políticas de igualdad aplicadas, de conciliación de la vida personal, laboral y familiar y de responsabilidad social de la empresa , subvenciones públicas (art. 35 LOI)y consideración del distintivo en la adjudicación de contratos del Estado (24), etc.

Pero la utilización des distintivo asociado al nombre de la empresa, no sólo concede derechos a la misma sino que también supone obligaciones, tales como el deber de promover activamente la igualdad efectiva de hombres y mujeres ,cumplimientos de las medidas que integran los planes de igualdad, como el objetivo de hacer frente a las discriminaciones por razón de género en el conjunto de la empresa de forma integral y mantener las políticas de igualdad que justifiquen la concesión del distintivo.

(23) Entre muchas de las empresas que han obtenido el reconocimiento como "entidades colaboradoras en la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres", se puede destacar: Nestlé, Panrico, Coca-Cola, City Bank, Fundación la Caixa, Grupo Repsol_YPF, Nutrexpa, Renfe, Sanitas, Unión Fenosa... y un largo etc.

(24) Por ejemplo el supuesto de la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad, que concibe la preferencia en adjudicación de contratos de la Comunidad Autónoma a aquellas empresas que la posean. Es un verdadero derecho de la empresa que se puede hacer valer. Arts 16 a 20 de la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, del Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

6. NORMATIVA APLICABLE

La necesidad de conciliar el trabajo y la familia ha planteado una compleja y difícil problemática que los poderes políticos han tenido que abordar, no solo con importantes reformas legislativas, como la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para "promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia.

La nueva legislación sobre conciliación no va únicamente destinada a proteger a la mujer trabajadora considerándola como la parte débil del mercado de trabajo, como resultante de un conjunto de factores sociológicos en los que la "doble carga" profesional y doméstica acaba por limitar su carrera profesional, sino que apuesta por un panorama nuevo y distinto en el cual se intenta lograr una corresponsabilidad plena entre varones y mujeres en atención de las tareas familiares, consiguiendo así correlativamente un reparto equilibrado de los sacrificios laborales, lo cual se traduce en una participación más plena de las mujeres en el ámbito laboral.

Mediante la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa comunitaria de la Unión Europea: Directiva 96/34/CE sobre "Permiso Parental" y la Directiva 2002/73/CE de modificación de la Directiva 76/2007/CE de "Igualdad de Trato", introduciendo cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores/as, puedan participar en la vida familiar compartiendo las responsabilidades del cuidado de los hijos, desde el momento mismo del nacimiento o de su incorporación a la familia en los casos de adopción, como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Con esta Ley se amplían los permisos y excedencias relacionadas con la maternidad, la paternidad y el cuidado a la familia. Se concede a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de 10 semanas de permiso de paternidad de las 16 semanas correspondientes al permiso de maternidad, permitiendo el disfrute simultáneo con la madre y se amplía el permiso de maternidad en 2 semanas más en caso de parto múltiple. También

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

se modifica la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, previendo que en los supuestos de maternidad en los que, por motivos de salud de la madre o del feto, se haga necesario el cambio de puesto de trabajo, siendo esto imposible, se declare a la interesada en situación de riesgo durante el embarazo con la creación de una nueva prestación de la Seguridad Social por "riesgo durante el embarazo".

Más tarde**, la Ley de Igualdad (LOI), de 22 de marzo de 2007, para la "Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres**", tiene por objeto hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres a través de la eliminación de la discriminación de la mujer sea cual fuere su circunstancia o condición en cualesquiera de los ámbitos de la vida: político, civil, laboral, económico, social, cultural para alcanzar una sociedad más justa, más solidaria y más democrática.

Con la regulación de la conciliación por la **Ley de Igualdad** en el art.44, se pretende "la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio" haciendo extensivo a los hombres y mujeres trabajadoras los derechos que se arbitran para hacer efectiva la conciliación.

Se trata pues, atendiendo a una exigencia del "principio de igualdad", de equiparar en este ámbito a las mujeres y los hombres (a excepción de las circunstancias que sólo afectan a las mujeres, como el embarazo, parto y lactancia) con la finalidad de implicar a estos últimos en las responsabilidades familiares. Se reconocen los mismos derechos para que hombres y mujeres cambien de mentalidad y se arreglen como puedan, implicando también a las empresas para que asuman las consecuencias del ejercicio de tales derechos. Para ello se arbitran una serie de medidas que se articulan como derechos de los trabajadores y trabajadoras, tales como permisos de maternidad/paternidad (art.8 LOI), reducciones de jornadas, suspensiones de contratos y excedencias, etc que tienden a que las circunstancias laborales se adapten en lo posible a las necesidades personales-familiares, (art.44 LOI y DA 11.ª, que modifica el Estatuto de los Trabajadores).

Así, la Disposición Adicional 11.ª de la Ley de Igualdad, introduce modificaciones y nuevas regulaciones en algunos artículos del Estatuto de los Trabajadores, entre ellos:

— El art.34 ET: referido a la duración y distribución de la jorna-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

da de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y se añade un nuevo párrafo, para evitar que las vacaciones coincidan con suspensiones de contratos derivados de la maternidad. Además el nuevo apartado 8, enumera una serie de mecanismos que permitirán la mayor compatibilidad entre el derecho de los trabajadores a la conciliación laboral y familiar y la mejora de la productividad de las empresas (utilización de jornada continuada, horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y los descansos).

— El art.37 ET: en lo referente a la ausencia del trabajo por lactancia y a la regulación del derecho de reducción de jornada por guarda legal de menores de 8 años y discapacitados.

— El art.45 ET: referido a la suspensión del contrato de trabajo por tiempo menor a un año, para el cuidado de hijos menores en acogimiento, que modifica el art.46 ET, sobre excedencia voluntaria de duración no superior a tres años para el cuidado de un hijo, a contar desde la fecha de nacimiento, y cuidado de un familiar en segundo grado por consanguineidad o afinidad.

— El art.48 ET, sobre suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo, reformando los apartados 4.º y 5.º, en los que se incluyen más circunstancias relacionadas con la maternidad y paternidad y también de riesgo en el embarazo y la lactancia. Y también se añade un nuevo art.48 bis ET, sobre la suspensión del contrato de trabajo por paternidad de 13 días, siendo la medida más novedosa de la Ley de Igualdad en esta materia, "el permiso de paternidad", a fin de implicar a los padres desde el nacimiento en el cuidado de los hijos, facilitando que se fortalezcan los lazos afectivos con ellos y exista una mayor vinculación en el futuro con su cuidado y atención, más tiempo para cumplir sus funciones como padre y una toma de conciencia de los hombres como dirigentes del ámbito público-laboral, para rediseñar la organización de la actividad laboral y así poder mitigar las dificultades de la conciliación vida laboral-vida familiar.

— El art. 53 ET, sobre la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, para reforzar la protección a los trabajadores por razón de la maternidad y paternidad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

— El art.55 ET, que declara nulos los despidos cuando concurren circunstancias relacionadas con la paternidad y maternidad.

Respecto a la normativa concreta en esta materia de la Ley de Igualdad hay que hacer especial constancia a las normas referentes a la maternidad, como son el embarazo, parto y lactancia, que afectan en líneas generales a las mujeres, aunque existe la tendencia de extenderlas a los hombres, cuando sea posible (compartir permisos maternidad-paternidad, etc), así:

— El artículo de referencia es el art.14.7 LOI "la protección de la maternidad con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia", cuya regulación aborda la incidencia que la maternidad pueda tener en el puesto de trabajo, el tratamiento de los riesgos laborales que se puedan derivar para las mujeres embarazadas o en lactancia y también las prestaciones de la Seguridad Social.

— También, el art. 56 LOI, contiene una disposición específica referida a las bases de los concursos, que deberán computar el tiempo que las personas candidatas hayan dedicado a la conciliación según la normativa vigente.

DA 19.ª.LI: norma que pretende impedir que la dedicación al cuidado y a la atención de la familia pueda perjudicar en el acceso y promoción al trabajo.

También las disposiciones finales de la **Ley 3/2012,** de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral, precisan las condiciones de disfrute de algunos permisos de los trabajadores en materia de conciliación de la vida laboral y familiar.

Ahora bien, aunque las nuevas reformas laborales parecen ser más beneficiosas, esconden ciertas problemáticas desde el momento en que no solucionan los problemas existentes y sólo disfrazan la situación laboral femenina. Así las cosas, desde los sindicatos se viene denunciando la reforma laboral actual ya que consideran que la nueva normativa limita los derechos de los trabajadores respecto a la conciliación de la vida laboral y familiar.

En concreto el número 1 de la disposición final primera de la Ley 3/2012, modifica el apartado 4.º del art.37 del Estatuto de los Traba-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

jadores respecto al permiso por lactancia, que ha variado a un sistema mucho más rígido ya que el hecho de que las horas de lactancia no se puedan repartir entre el padre y la madre perjudica a la conciliación. Además los convenios colectivos podrán regular el horario en que tiene que producirse la reducción de jornada, es decir marcaran las horas concretas en que debe disfrutarse eses permiso, por necesidades productivas y organizativas de la empresa lo que puede suponer que las horas no puedan concentrarse y haya que gastarlas día a día.

7. CONCLUSIONES

1. Las tradicionales desigualdades entre los trabajos que hacen los hombres y los trabajos que hacen las mujeres no han desaparecido totalmente sino que han experimentado un proceso de transformación. Este proceso de transformación es un proceso con adelantos y con retrocesos: los progresos se miden en términos de libertad, autonomía, mayor preparación de las mujeres y reducción de las diferentes desigualdades por razón de género en todos los ámbitos, pero los retrocesos son también notables pudiéndose apreciar en el contexto laboral por la sub-ocupación, los niveles desproporcionados de paro, la segmentación y la precariedad de los trabajos realizados por las mujeres, lo que produce un estancamiento que impide la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares entre ambos sexos.

2. La realidad social no se corresponde con la realidad legal, ya que "las facilidades sociales" para la mujer trabajadora no son suficientes. La discriminación actual es más sutil y menos visible ya que no hay leyes que hagan diferentes a los hombres y las mujeres, ni poderes públicos que nieguen la igualdad, sino que por el contrario el nivel de concienciación que existe desde los diferentes ámbitos e instituciones públicas es generalizado en este sentido, puesto que pretenden eliminar o como mínimo reducir las diferentes desigualdades por razón de género en todos los ámbitos de la vida, pero lamentablemente la realidad es que aún siguen persistiendo las desigualdades de género en nuestra sociedad.

3.- Resulta necesario cambiar el planteamiento de los derechos de conciliación para llegar a una asunción igualitaria hombres/mu-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

jeres de la vida personal y laboral, avanzando de este modo en un cuidado de los hijos basado en la corresponsabilidad de los padres. Se trata atendiendo a una exigencia del "principio de igualdad", de equiparar en éste ámbito a las mujeres y a los hombres con la finalidad de implicar a éstos últimos en las labores familiares.

En concreto en cuanto a los permisos de paternidad se refiere, sería deseable ir evolucionando hasta avanzar, en una reforma integral, a la plena equiparación de los permisos de paternidad y maternidad, para que el padre pueda disfrutar del mismo periodo personal e intransferible de permiso que la madre, desde el primer momento del nacimiento, avanzando de este modo en un cuidado de los hijos basado en la corresponsabilidad e ir asemejándonos a los países nórdicos cuyas sociedades han hecho posible que los padres hagan compatible trabajo y familia, lo que se ha traducido en altas tasas de participación laboral femenina, mayor reparto en el cuidado de los hijos y una distribución más equitativa del trabajo en casa.

4. Las llamadas políticas de conciliación de la vida profesional y familiar/personal introducen cambios en las regulaciones laborales que obligan a los empresarios a facilitar la contratación a tiempo parcial, el teletrabajo, los horarios flexibles, reducciones de jornadas y los permisos para el cuidado de niños, personas mayores y dependientes, así se protegen los contratos con prohibiciones de despido en circunstancias como embarazo, permiso por maternidad y lactancia, etc., con la obligación de conservar el puesto de trabajo después de los periodos de excedencias.

5. También es necesario invertir en "políticas de cuidado" y ampliar la oferta pública de servicios, con el objetivo a corto plazo de conseguir un "sistema educativo gratuito y universal" (como derecho de todos los ciudadanos) con una cobertura de al menos el 70 %, como propugna la Unión Europea. Para ello sería conveniente que el Estado garantice la oferta de "una plaza de cuidado" para madres y padres trabajadores; que los municipios ofrezcan amplias gamas de servicios de cuidados para que los padres puedan elegir la opción que les permita conciliar satisfactoriamente su vida familiar y laboral; y que se flexibilicen los horarios para adaptarlos más a la realidad del mercado laboral actual.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

6. Hay que destacar la importancia de ir con el tiempo cambiando la cultura laboral en el lugar de trabajo, para asegurar que los empresarios reconozcan expresamente la necesidad de los padres de dar prioridad a su vida familiar y apliquen las medidas de conciliación necesarias, evitando que queden en papel mojado y que se las dé su aplicación práctica.

7. España ocupa, entre los países miembros de la Unión Europea, uno de los últimos puestos en los rankings de políticas de conciliación, siendo los países nórdicos los más avanzados en la implantación de políticas de igualdad. Estas sociedades han hecho posible que hombres y mujeres hagan compatibles trabajo y familia, lo que ha supuesto altas tasas de participación laboral femenina, mayor reparto entre hombres y mujeres en el cuidado de los hijos y una distribución más equitativa del trabajo en casa. En concreto Dinamarca se ha convertido en un referente de participación femenina en el mercado laboral. En los últimos años, el modelo danés no ha sido ajeno a los cambios del mercado y ha realizado un esfuerzo para adaptarse a las nuevas demandas de la economía, procediendo a la creciente desregularización del mercado laboral y al fortalecimiento de las políticas sociales: el modelo se llama "flexiseguridad", basándose en la alta flexibilidad del mercado (compatible con las necesidades a la hora de trabajar) y la elevada seguridad de los trabajadores hombres/mujeres (especialmente a través de los permisos prolongados de maternidad/paternidad y el sistema de cuidado universal y prácticamente gratuito desde los 0 años. A este modelo debemos aspirar nosotros en el futuro, pero nos debemos hacer la siguiente pregunta ¿funcionará el modelo de "flexiseguridad" en países de cultura mediterránea como España?. Estaremos a la espera de comprobarlo con el paso del tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Amoroso, M. I. *et al.* (2003): "Malabaristas de la vida, mujeres, tiempos y trabajos". Icaria Editorial.

Ballester Pastor, I. (2007): "*El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad social, corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades*". Estudio de Derecho Internacional y Comunitario; RMTAS, núm.67.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

CARDONA PALMER, A. (2011): "*Informe Flexicurity and Gender Equality: advancing flexicarity policies in Denmark an Spain".* Fundación Alternativas.

CARRASCO, C. *et al* (2003): "*Tiempos, trabajos y flexibilidad: una cuestión de género"*. Serie Estudios núm. 78. Instituto de la Mujer. Madrid.

CES (1996): "El trabajo a tiempo parcial*"*. Consejo Económico y Social. Informe 4.

DURAN, M. A. (1997): "*La investigación sobre el uso del tiempo en España: algunas reflexiones metodológicas"*. Revista Internacional de Sociología, CSIC, núm. 18.

PÉREZ PÉREZ, M. (2008): "El teletrabajo: efectos de la conciliación de la vida familiar y laboral*"*. Fundear. Zaragoza.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LA PRETERICIÓN: UNA REFORMA NECESARIA

Carlos Jiménez Gallego
Notario de Palma de Mallorca

Resumen/Abstract: La preterición, tanto la llamada "intencional" como la no intencional, coexiste con la desheredación injusta, tanto en el Código Civil como en la Compilación de Baleares. La normativa de una y otra preterición suscita muchos interrogantes, no sólo en cuestiones menores sino en la propia delimitación de su aplicación y en su eficacia. La equiparación de efectos entre la intencional y la desheredación injusta nos lleva a recomendar su unificación. La gravedad de los efectos de la "no intencional", aumentada por la prevalencia del formalismo frente a la voluntad del testador y el escaso margen que se da a ésta, nos lleva a cuestionar su propia subsistencia en Derechos, como los nuestros, que reconocen una legítima material individual.

Palabras clave: preterición, preterición no intencional, desheredación injusta, reducción por inoficiosidad, anulación de la institución, acción de suplemento de legítima.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. ORIGEN Y EVOLUCIÓN: BREVE ESQUEMA

II. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN LA REGULACIÓN VIGENTE DEL CÓDIGO CIVIL

III. LA REGULACIÓN EN LA COMPILACIÓN DE BALEARES (DERECHO DE MALLORCA Y MENORCA)

IV. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS DERECHO DE NUESTRO ENTORNO: CATALÁN, FRANCÉS, ITALIANO, ALEMÁN

V. PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La preterición es un concepto aparentemente sencillo que, sin embargo, se va complicando a medida que se profundiza en él, porque el interés que trata de proteger no es único, ha ido cambiando con el tiempo y la regulación histórica, que a su vez se fue complicando con el transcurso de los siglos, ha sido modificada con la pretensión de adaptarla a los tiempos que corren, pero ello se ha hecho de manera, a nuestro juicio, bastante desafortunada. De entrada, es la falta de mención de un legitimario en el testamento. Este concepto "formal" de preterición se yuxtapone a otro que podemos llamar "material": la falta de atribución, por cualquier título, en pago de la legítima. La prevalencia de uno u otro y la relación de dependencia entre ellos, unidos a cuestiones diversas que plantea la regulación de las legítimas y las propias definiciones que acabamos de reseñar (por ejemplo, la relevancia de la intención del testador) hacen surgir múltiples dudas: ¿y si no se menciona al legitimario pero se le ha dejado algo en vida? ¿y si se le menciona en el testamento sin dejarle nada pero no se le ha dejado nada en vida? ¿y si se le menciona pero no se le deja nada y ni siquiera se dice que la donación que se le hizo en vida se imputa a la legítima? ¿y si no se le menciona pero se demuestra que el testador conocía su existencia? ¿y si el testador nunca pudo conocer la existencia de ese legitimario porque es un hijo póstumo? ¿y si la filiación se determinó tras el fallecimiento? ¿y si la mención se realiza en términos genéricos y no individualmente? Y con muchas otras preguntas podríamos seguir.

La normativa hoy vigente, ya sea la del Código Civil como la del Derecho de Mallorca y Menorca, no permite dar una respuesta clara a estas ni a otras cuestiones. No sólo tenemos normas cuya interpretación sigue siendo dispar en la doctrina a pesar de la gran cantidad de años transcurridos desde la última formulación legal (35 años en el Código Civil desde la Ley 11/1981 y 24 en la Compilación balear) sino que, lo cual para un Notario como el que suscribe resulta mucho más lamentable, esas normas han dado pie a la anulación judicial de testamentos, no ya al mero reconocimiento de la legítima, en contra de lo que en nuestra opinión era la voluntad clara del testador. Bastante insensibles a esto último, tratadistas y Jueces siguen sin ponerse de acuerdo, por ejemplo, en qué hacer con un testamento

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en el que no se cita a un hijo extramatrimonial nacido tras el otorgamiento de testamento y cuya existencia fue conocida del testador, o peor todavía, con un testamento en que se cita a todos los legitimarios en la parte que podríamos denominar de "antecedentes" pero que no cita a alguno –o a ninguno– de manera individualizada en la parte "dispositiva". Hay que valorar todos los intereses en juego, por supuesto; el interés de los preteridos, también; pero sin perder de vista que en nuestro Derecho la voluntad del testador –no del juzgador ni del profesor– es la Ley de la sucesión.

La gravedad de las consecuencias a que lleva la disparidad de criterios a la hora de interpretar las normas, y la constatación de que esa disparidad de criterios resulta imposible de eliminar, nos lleva a proponer una reforma de la Ley, tanto del CC como de la Compilación balear, al igual que debiera hacerse también en el Derecho civil de Cataluña y seguramente en otros que no vamos a considerar. En este trabajo nos vamos a centrar en los dos primeros Derechos y al Derecho catalán realizaremos sólo algunas referencias. La reforma del Derecho de Mallorca y Menorca la recomendamos sin demora, porque además es de competencia indiscutida de la Comunidad Autónoma y ni siquiera hace falta acudir a la interpretación "maximalista" del art. 149.1.8 de la Constitución para encajarla, ya que tanto lo que afecta a las legítimas como a la institución de herederos cabe en una interpretación razonable y no anti-estatal de los términos "modificación y desarrollo" que el precepto constitucional emplea.

Para comprender la preterición, y cómo se ha llegado a la regulación actual y la necesidad de la reforma normativa resulta imprescindible realizar unas breves consideraciones sobre su origen y evolución.

Origen y evolución: breve esquema

La preterición fue en el Derecho romano una omisión del testador en el testamento de alguno o todos sus herederos forzosos, a quienes tenía ineludiblemente que instituir o desheredar (sui juris aut instituendi aut exheredandi). Si omitía alguno, el testamento se anulaba y se abría la sucesión intestada, lo que además era concorde con la regla de que la sucesión testada era incompatible con la intestada. La preterición nació mucho antes que las legítimas y su finalidad no era asegurar a cada uno de los hijos del causante una

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

parte de la herencia, por pequeña que fuera, sino asegurar que la elección de heredero que realizaba el padre se realizara con plenitud de elementos de juicio, de forma que tal elección se entendía viciada si en el momento de hacerse el padre no tenía en mente la existencia de todos los hijos que tenía que instituir o excluir. Si en aquellos tiempos de Roma hubiera habido un Código Civil, la preterición se habría regulado en el capítulo de la ineficacia testamentaria, no en el de las legítimas.

Con el tiempo, al lado de esta limitación formal que tenía el paterfamilias a la hora de testar se fue abriendo paso una limitación material: se entendió que el padre no cumplía bien su deber (su oficio) de padre si no dejaba una parte de la herencia a los hijos a quienes no instituía, la portio legitima, lo que se tuteló por el jus civile con la querela inoficiosi testamenti, o sea, una actio para atacar el testamento otorgado incumpliendo los deberes paternos. Así nació la legítima, como algo material y ajeno a la preterición, y que se protegía por una vía distinta, la querela, que no procedía si el legitimario había sido preterido. El efecto de la querela es discutido y la interpretación de las fuentes resulta muy interesante, aunque no nos podemos detener en esto: se abría el abintestato, pero se acostumbró a salvar lo que fuera compatible con el derecho del legitimario y quizá también la institución de herederos en ciertos casos (seguimos en esto a Alvaro d'Ors).

Diversos cambios se fueron produciendo con el tiempo, que en este resumen simplista que estamos haciendo no caben, pero uno digno de mención es el que se produjo cuando Justiniano exigió (Novella 115) que los legitimarios fueran instituidos herederos, de tal forma que había preterición si alguno (o todos) no era instituido, aunque por vía de legado, donación o fideicomiso le hubiese sido satisfecha su legítima, y aunque hubiera sido desheredado, salvo que la desheredación estuviera basada en una justa causa expresada en el testamento. Y la preterición no anulaba el testamento, sino sólo la institución de heredero. Así desapareció la función de la antigua querela inoficiosi testamenti, a lo que pudo ayudar la autonomía que la actio ad suplendam legitimam había ya conseguido.

En el antiguo Derecho castellano, el Ordenamiento de Alcalá (del año 1348) había eliminado el requisito de la institución de heredero para la validez del testamento, aunque se discutió durante siglos por los juristas si esta eliminación incluía el caso de los legitimarios.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El Código Civil de 1889 no contempló la preterición por falta de institución de el/los heredero/s forzosos, ya que permitió atribuir la legítima por cualquier título. Por esta razón se ha dicho alguna vez que la preterición pasó a tutelar sólo la legítima, pero esto es ver sólo una parte de las cosas, porque no explica por qué se tenía que anular todas la institución de herederos en lugar de simplemente reconocer la legítima a los preteridos. Tanto la protección de la legítima material individual como la salvaguarda de la plenitud de elementos de juicio del testador a la hora de nombrar herederos son intereses que el CC protegía y protege, pero precisamente esta dualidad de intereses protegibles se ha regulado de manera conjunta y es causa de dificultades interpretativas.

El art. 814, en su versión originaria, tenía la siguiente redacción: "La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas." Ello no regía en caso de inoficiosidad parcial, porque entonces sólo procedía la acción de complemento de legítima, que el CC mantuvo en el art. 815, cuya redacción sigue vigente: "El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma". El Código no daba un remedio específico para la inoficiosidad total de un legitimario fuera de la regulación de la preterición, aunque tal remedio no era el pago de la legítima sino la apertura del abintestato. Es el ejemplo típico de un "cruce" de regulaciones: la preterición y la protección de legítimas, aunque el "péndulo" estaba en el lado de la preterición. La reforma de 1981, manteniendo –por desgracia– esa mezcla de reglas, movió el péndulo hacia el lado opuesto, como veremos. Un remedio para la inoficiosidad total no podía serlo el art. 815 ya que éste parte de que el legitimario que pide el complemento es alguien que ya ha recibido algo. En este sentido, la STS de 17 de marzo de 1996 (posterior a la reforma de 1981, pero en relación al art. 815 que no fue modificado) declaró que la acción que da el art. 815 "ha de tener por asiento que posibilite su ejercicio una base cuantitativa cierta y segura, por supuesto de alcance menor, si se espera que prospere, que el monto de los derechos legitimarios". Por otro lado, la desheredación, tanto justa como injusta, excluían la preterición; y la desheredación injusta tenía un efecto distinto y menos drástico que la preterición, en el art. 851, cuya redacción sigue hoy vigente,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ya que "anulará la institución de heredero" pero (sólo) "en cuanto perjudique al desheredado".

Por tanto, el CC no prescindió de la preterición, sino que la mantuvo, aunque no la definió, con lo que dejó abonado el campo para una inacabable discusión doctrinal, máxime cuando además se tardó décadas a llegar a un "cierto consenso" sobre la naturaleza de la legítima. Tampoco distinguió entre intencional y no intencional, aunque se trata de actos muy diferentes. La doctrina criticó esto. Puig Brutau señaló que si a sabiendas se prescinde de un legitimario, el Ordenamiento debe rectificar lo que no se ajusta a la Ley y respetar en lo posible la voluntad del testador; pero si se prescinde por desconocimiento, no hay base para presumir que el contenido del testamento no se ajustó a lo que el testador hubiese dispuesto sin tan decisiva ignorancia, y la protección del testador exige una ineficacia mucho más radical. En este trabajo, no obstante, pretendemos valorar esta afirmación, a la vista de la práctica vivida como Notario.

Excusamos comentar ahora la modificación que el CC experimentó en 1958 –que eliminó la alusión al hecho de vivir el legitimario al tiempo del otorgamiento o nacer después– así como pasar a mayores detalles de la normativa.

Las graves consecuencias de la preterición, especialmente ante el incremento de casos debido a la equiparación de filiaciones, y la irrelevancia legal del conocimiento por el testador de la existencia de legitimarios preteridos determinaron la reforma de esta figura llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981 (Ley 11/1981), hoy vigente, pero que no consiguió dar la claridad que hubiera sido de desear en una materia de tanta importancia para la eficacia de los testamentos. Al revés, parece ésta una materia en que por muchas reformas legales que se introduzcan la claridad de efectos difícilmente se alcanzará porque la preterición está entroncada con instituciones diversas y de naturaleza siempre discutida y porque las normas han de aplicarse a situaciones personales y familiares de extrema diversidad.

II. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN LA REGULACIÓN VIGENTE DEL CÓDIGO CIVIL

De entrada, conviene tener presente que el régimen jurídico de la preterición se inserta en un sistema de legítima material individual,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en el que además no se exige la institución de heredero como requisito de validez del testamento, al menos como mención formal, y en el que la sucesión testada es compatible con la testada.

La profunda reforma introducida en el CC por la Ley 11/1981 de 13 de mayo dio nueva redacción al art. 814. Como sabemos, la reforma de este artículo no tuvo como fin equiparar filiaciones, ya que eso era objeto de otras normas. El principal cambio fue la introducción de una dualidad de regímenes según la preterición pueda calificarse o no como "no intencional" y la suavización de efectos en muchos casos aproximando los efectos de diversas pretericiones a los de la desheredación injusta. Resulta difícil, por el contrario, en nuestra opinión, decir que la reforma pretendió establecer efectos acordes con la voluntad del causante.

El comentario que vamos a realizar es a efectos de demostrar la necesidad de reforma legislativa. No pretendemos un comentario sistemático exhaustivo.

El primer párrafo del art. 814 se presenta como regla general: "La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias."

Esta norma plantea tres grupos principales de problemas: el ámbito subjetivo de aplicación, la delimitación del propio concepto de preterición, y la determinación de los efectos. Como se ve, la regulación de lo más básico es de por sí una fuente de dudas.

Comenzamos por el ámbito subjetivo de aplicación.

Teniendo en cuenta que el siguiente párrafo excluye de su aplicación los descendientes preteridos sin intención, se refiere a los siguientes sujetos: descendientes preteridos "intencionalmente" (término éste desafortunado y que hay que interpretar, como ahora diremos), descendientes preteridos sin intención cuando el heredero sea el cónyuge, ascendientes que resulten efectivamente legitimarios, tanto intencionalmente como si no, y cónyuge, tanto intencionalmente como si no.

A pesar de esa enumeración tan larga de casos, resulta que los casos más frecuentes son los del segundo párrafo, algo que puedo decir que tengo corroborado por la propia práctica notarial, que se presenta sin embargo como excepción al primero.

La sistemática podía haber sido un poco mejor.

Algún autor como Juan Bolás entendió que la preterición no evita la aplicación del art. 767, por lo que podría ser errónea la preteri-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ción de un ascendiente o del cónyuge; y la STS de 14 de octubre de 1997 apreció error en la omisión de la madre de la testadora viva al tiempo de otorgarse el testamento, hecho que no ignoraba la testadora. Nosotros entendemos, no obstante, que el art. 767 sólo puede aplicarse cuando el testador explica en el testamento la razón por la que instituye a tal persona; no basta que diga simpliciter que sus padres han muerto y que luego resulte que el padre o madre vivía y de hecho le sobreviviera. El art. 767 tiene su propio campo de aplicación y debe distinguirse de los supuestos del art. 814.

Dado que el CC no define la preterición, el gran problema que plantea este artículo consiste en precisar los supuestos a que se refiere. Dicho con otras palabras: ¿cuándo hay preterición?

Enumeramos una serie de casos:

1. Un legitimario no resulta mencionado en el testamento, no se le ha dejado nada en vida y el testador conoce la existencia de ese legitimario al tiempo de hacer testamento. Este supuesto cabe perfectamente en el párrafo 1.º del art. 814; es más, podríamos decir que es el caso paradigmático de la norma. De todas formas, debe observarse que la prueba de que el testador conocía al legitimario será extrínseca al testamento.

2. Un legitimario no resulta mencionado en el testamento, no se le ha dejado nada en vida, el testador no conoce la existencia de ese legitimario al tiempo de hacer testamento pero sí la conoce con posterioridad al mismo, aunque no cambia el testamento. La doctrina ha discutido si este supuesto encaja en el párrafo primero o en el segundo del art. 814, aunque en todo caso hay preterición. Hay argumentos a favor de ambas posturas. Se puede decir que la omisión en el testamento fue indudablemente "no intencional" ya que el testador no sabía nada de ese legitimario en tal momento, pero por otro lado se puede decir que el testador sí conoció después la existencia de ese legitimario y si no cambió el testamento es porque no quiso dejarle nada, con lo cual había una intención de no dejarle nada o al menos de no nombrarlo. La primera postura parece más técnica, pero la segunda postura parece más conforme con la voluntad del testador, siempre que el conocimiento del legitimario se pueda probar de modo indudable; por ejemplo, se trata de un hijo que vivió con su padre. Creemos que la primera postura es mayori-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

taria, y es –si bien con alguna duda– la que nosotros seguiríamos, pero el resultado no nos parece satisfactorio.

3. El mismo supuesto que en el núm. 2, pero el testador no conoció la existencia de ese legitimario nunca; daría igual la razón por la que no lo conoció: por haber nacido el legitimario en fecha posterior al testamento y no haberlo sabido el testador, por haberse determinado la filiación tras la muerte del testador, por tratarse de un legitimario nieto (por premoriencia del padre de éste) habido por el hijo fuera del matrimonio de éste, etc. En este caso parece que todos estamos de acuerdo en que hay preterición, pero no estamos en el supuesto de hecho del párrafo primero del 814, sino en el del segundo.

4. El legitimario es mencionado, no se le deja nada en el testamento pero se indica que en vida recibió bienes del testador por donación, resultando verdadera esta última afirmación. El parecer mayoritario, en el que nos incluimos, es que en este caso no hay preterición, aunque la donación haya sido insuficiente para cubrir la legítima. Cualquier atribución insuficiente excluye la preterición, aunque el derecho del legitimario queda a salvo por la vía del art. 815. Pero reseñamos que la norma da pie (no mucho, pero sí algo) a defender que hay preterición aunque se mencione la donación, en caso de que el testador no manifieste en el testamento que ésta se imputa a la legítima. De todas formas, la práctica notarial nos ha enseñado que si el legitimario recibió bienes en vida, es usual que conste la manifestación del testador de que lo donado se realizó en pago de la legítima, o cubre ésta, o alguna frase similar que no deja duda. El caso de manifestación de la realización de una donación sin decir nada acerca de la legítima de ese legitimario es verdaderamente un caso de laboratorio y como tal no debe merecer especialmente nuestra atención.

5. El mismo supuesto que en el núm. 4, pero resultando falsa la manifestación del testador de que realizó donación a ese legitimario. Es un supuesto difícil que se produzca, porque la gente no suele mentir cuando actúa en contemplación a su propia muerte y además el Notario está "ahí" para advertirlo, aunque no es imposible que se dé, pues a veces algún testador puede sentirse tentado a no contar la verdad al Notario para que éste no le ponga pegas a lo que

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

quiere disponer (aunque así se autoimpide la ayuda que el Notario le puede prestar para conseguir lo que pretende). Este supuesto es problemático, pues por un lado el legitimario es mencionado individualmente en el testamento pero por otro hay inoficiosidad total; la mención expresa e individual parece excluir la preterición pero ese legitimario no está en la situación prevista por el art. 815 y no encontramos en el CC una norma expresa, fuera de la regulación de la preterición, para el legitimario que no ha recibido nada en pago de la legítima. La solución puede venir por dos vías: o se recurre a los principios configuradores de la institución de la legítima, que permiten que el legitimario exija en todo caso lo que por legítima le corresponde, o se entiende que estamos ante un caso de preterición del primer párrafo del art. 814. Suponemos que la mayoría entenderá que hay preterición. Sin negar que esto sea procedente, a nosotros nos gusta más acudir a los principios, para no forzar tanto los conceptos, aunque el efecto sería el mismo.

6. El legitimario no ha sido mencionado en absoluto en el testamento pero recibió en vida donaciones imputables a su legítima. Este supuesto ha sido y sigue siendo objeto de una gran discusión. Insignes autores como Lacruz y Manuel de la Cámara han entendido que no hay preterición, pues la legítima puede darse por cualquier título (art. 815) y las donaciones se imputan ex lege a la legítima (art. 819). Calificar este caso de preterición es, en palabras de Cámara, una "improcedente reminiscencia de la doctrina romana de la institutio o exheredatio". En el mismo sentido se han pronunciado Teodora Torres y Andrés Domínguez en su reciente Tratado de legítimas. No obstante, la postura doctrinal mayoritaria y la jurisprudencia del TS, con alguna excepción, ha defendido lo contrario: es exigible al testador que por lo menos mencione en el testamento la donación imputable, porque la finalidad de la preterición, de lege data, no es exclusivamente proteger la legítima, sino garantizar que el testador, a la hora de testar tiene presente la existencia de todos los legitimarios e instituye herederos con pleno conocimiento de causa, ya que la institución de heredero no puede quedar envuelta en la oscuridad de la duda. Citamos las sentencias de 17 de junio de 1908 y 23 de abril de 1932. Por el contrario, una STS de 20 de febrero de 1981 se apartó de este criterio y entendió que no había preterición. Ragel Sánchez se encuentra entre quienes han defendido

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el criterio de esta última sentencia. En cualquier caso, no habría preterición no intencional, pues el testador conocía la existencia del legitimario. A nosotros nos parece que, para decidir, hay que partir de si el testador, al testar, tuvo presente la existencia de ese legitimario al que donó. Nos parece innegable que hay una presunción de hecho, no de derecho, de que el testador no había olvidado la donación al tiempo de testar. Si esto es así, todos los intereses que la preterición pretende proteger ya han quedado cubiertos: la legítima material de ese legitimario y el pleno conocimiento de causa del testador a la hora de testar, por lo que no debiera haber preterición. Pero la podría haber si se prueba que el testador no tuvo presente a ese legitimario al testar porque no se acordaba de la donación (algo muy difícil de probar). En todo caso, la solución a la dualidad de posturas quizá venga al precisar los efectos que deban producirse: si la institución de heredero se reduce a los únicos efectos de pagar la legítima al preterido se está en parecida situación que si se entiende que no hay preterición y que el legitimario puede ejercitar la acción de complemento de legítima, especialmente si ésta se considera de naturaleza real (como en general se entiende). De todas formas, para evitar que se dé este supuesto, en la práctica notarial se recomienda que el testador cite siempre a todos los legitimarios en el testamento.

7. El legitimario ha sido mencionado de forma individualizada en el testamento pero no se le deja nada ni se le deshereda aunque sea injustamente, ni se la ha dado nada en vida. Este supuesto también ha sido muy discutido. Tradicionalmente se entendía que la preterición sólo se evitaba con una atribución patrimonial efectiva. Sin embargo, hoy va ganando cada vez más partidarios (por ejemplo, Ragel) la tesis de que cualquier mención en un testamento en que al mencionado no se le atribuya ningún bien patrimonial es en realidad una desheredación injusta, siempre que el mencionado aparezca contemplado individualmente. Nosotros entendemos que en este supuesto hay preterición. Quizá la conclusión fuera otra si el efecto de esta preterición fuera la anulación total de la institución de herederos.

8. El testador cita a todos los legitimarios que existen al tiempo de testar y no llega a haber más legitimarios, pero en la parte

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dispositiva del testamento manifiesta (simplemente) que deja la legítima a quien corresponda. Bermejo Pumar entiende que tiene que haber atribución, porque con la sola mención no es posible saber cuál es el contenido material que se atribuye al legitimario; hace falta una mención por la que se sepa la posición que al legitimario corresponde en la sucesión. A nosotros nos parece excesiva esta conclusión. Más bien debe entenderse que basta la mención en cualquier sitio o la genérica si no hay duda sobre la certeza de la persona (art. 750).

9. El mismo supuesto que 8, pero tras el testamento nace otro legitimario. Una STS de 4 de mayo de 1966 resolvió que hay preterición si al testar no aparece una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada que notoriamente muestre que el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración, aunque no se exija la constancia del nombre, y consideró que la frase "a cuantas personas pudieran acreditar y pretender la legítima sobre sus bienes" era insuficiente para entenderla referida a un hijo póstumo nacido de un matrimonio celebrado tiempo después de otorgado el testamento. No negamos que esta conclusión sea, de lege data, en principio correcta, pero nos parece excesiva si del testamento puede deducirse una voluntad del testador de no dejar a esos legitimarios futuros más que su legítima y encontramos que el Derecho vigente hace extremadamente difícil defender esta conclusión. La práctica ya más de 22 años de Notario nos permite decir que cuando redactamos en los testamentos una cláusula de reconocimiento de legítima a quienes corresponda, el testador quiere que se mantenga el testamento aunque aparezcan legitimarios futuros, de forma que si no lo cambia es porque no ha cambiado de idea; y esto tanto en testadores de vecindad civil común como mallorquina, y no sólo en los casos en que se instituye heredero al cónyuge.

Otra cuestión que plantea este supuesto 9 es si la preterición es intencional o no. Lo tratamos más adelante.

La enumeración de casos podría seguir. Quizá el lector no esté de acuerdo con algunas de las calificaciones jurídicas que hemos realizado. En todo caso, nuestro propósito no ha sido argumentar en profundidad la solución de unos u otros casos, sino poner de relieve la dificultad, de lege data, de realizar calificaciones y, aun

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

hechas, de que resulten, por decirlo de alguna manera, "satisfactorias". La necesidad, más que conveniencia, de reforma nos parece evidente.

Otro problema que plantea el artículo es el relativo al efecto de este tipo de preterición.

El efecto es reducir la institución de heredero y, si esto no es suficiente, los legados, hasta poder pagar la legítima del preterido. Ya no se abre la sucesión intestada respecto de todos los herederos, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano y en el Derecho histórico hasta la reforma de 1981. En realidad, parece más defendible entender que no se abre la sucesión intestada ni siquiera respecto de los preteridos, pues el preterido no va a recibir su cuota intestada sino sólo su legítima, aunque no vamos a entrar ahora en esta discusión. Por ello, es más bien una acción de protección de la legítima para el caso de inoficiosidad total. Para la parcial, ya tenemos el art. 815. La aproximación de la preterición hacia la legítima llega aquí a tal grado que podría haberse prescindido de este supuesto de preterición, por inútil, y haberse referido la norma sólo a la protección de la legítima. Hubiera quedado más claro.

Esta "confusión normativa" da pie a que doctrina y jurisprudencia equipare preterición intencional y desheredación injusta. Una STS de 6 de abril de 1998 así lo hizo. El supuesto era el de una madre que, según se probó, no hizo en vida ninguna donación a uno de sus hijos y una supuesta donación (inexistente, por tanto) fue lo que citó en el testamento como única razón para no dejar nada a ese hijo. El TS dijo "preterición intencional o, en su caso, desheredación injusta que ha de comportar que la institución de heredero hecha en favor de Dª X (hija de la difunta) deba ser anulada, pero no en su totalidad, sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o, en su caso, injustamente desheredado según establecen los artículos 814.1 del Código Civil (para la preterición intencional) y 851 del mismo cuerpo legal (para la desheredación injusta), cuya legítima que ha de ser respetada es solamente la legítima estricta o corta". Otra STS de 9 de julio de 2002 ha reiterado que la legítima de este tipo de preteridos es sólo la estricta. Habría que hacer la excepción de que el legitimario fuera hijo único, aunque comentar esto excede de lo que nos hemos propuesto.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Entre los comentaristas, García-Bernardo comparó este artículo 814.1 con el 851, que señala los efectos de la desheredación injusta al disponer que se "anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima" y llegó a la conclusión de que el efecto es el mismo y si hay igualdad de efectos es porque la institución es la misma, recordando una famosa frase del Notario González-Palomino, por lo que la preterición intencional es una desheredación injusta tácita.

Nosotros estimamos correcto que el efecto sea la anulación parcial, pero equiparar terminologías sólo añade confusión. La desheredación regulada por el CC es la que se hace de forma expresa en el testamento. Lo mejor sería una modificación de la norma que clarificara las cosas: por un lado, que diera protección ante el impago total de legítima, hasta la cuantía de ésta, y por otro, en su caso, que diera efectos a una falta de mención "intencional" del legitimario. Pero esto último sólo en caso de que el efecto fuera distinto, en más o en menos, al pago de la legítima, porque si no ya basta con reconocer al legitimario lo que por legítima le corresponda, y no debe hablarse de preterición, aunque sólo fuera para no emplear la misma palabra que para la preterición no intencional.

También hay que precisar qué significa "reducir". Siguiendo a Rivas Martínez, diremos que la reducción significa que la institución se disminuirá, o sea, se reducirán proporcionalmente en lo preciso las porciones de los herederos, sean o no legitimarios, siempre que tal reducción no perjudique la legítima de dichos herederos. Tras la reducción, si aun así el preterido no ha conseguido cobrar lo que por legítima (corta) le corresponde se reducirán legados y en último término, donaciones. No todos los autores están de acuerdo en que el preterido sólo tenga derecho a cobrar la legítima corta, pero no corresponde ahora tratar esto.

García-Bernardo dijo que el art. 814 utiliza la palabra "reducirá", pero en rigor es una acción de anulación, ya que la figura jurídica a que se da técnicamente el nombre de "reducción" se basa en incidencias sobrevenidas con posterioridad a la celebración del negocio, no en defectos del propio negocio.

Nosotros creemos que la palabra "reducción" se usa por el art. 814 para referirse a la misma institución contemplada por los arts. 654 a 656 CC, y que no hay por qué recurrir a otra categoría conceptual.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por otro lado, es cierto que si calificáramos el supuesto de "anulación" ello no significaría que ésta tuviera que ser total, porque la anulación también puede ser parcial. Pero no creemos que la preterición del art. 814 CC deba calificarse de desheredación, ni su ineficacia, de "anulación", porque eso nos parece añadir más confusión a la ya de por sí poca claridad conceptual del Código.

En lo que sí estamos de acuerdo con García-Bernardo es que el art. 814 da unos mismos efectos a situaciones de preterición intencional y no intencional, aunque precisamente empieza distinguiendo entre intencional y no intencional.

Y dos breves observaciones antes de concluir este apartado:

A pesar de la "reducción" es posible que la institución no se reduzca nada si al instituido sólo le queda la legítima. En tal caso se tendrán que reducir las otras disposiciones.

Si el preterido es el viudo, el enunciado legal parece no casar bien con el derecho de usufructo en que consiste su legítima. Antes de la reforma de 1981 esta cuestión estaba regulada expresamente, pues el art. 814 disponía "La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conserva los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código". Hoy la respuesta sólo puede ser que el viudo tiene derecho a su legítima, que será en usufructo, por lo que se impondrá este gravamen a cada heredero en proporción a su respectiva cuota hereditaria, salvo que por unanimidad acuerden otra cosa o proceda aplicar el régimen de la conmutación. Por cierto que el efecto es el mismo que si hubiese habido desheredación injusta.

Como se ve, también en materia de efectos es mejorable la redacción normativa.

El segundo párrafo del art. 814 se presenta como excepción: "Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos: 1.º Si fueren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas."

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Juan Bolás escribió que tras la reforma hay dos pretericiones que sólo tienen en común el nombre. La intencional es la que se comete a sabiendas. La errónea tiene lugar involuntariamente por diversas causas: error, olvido o falta de memoria, o simplemente falta de previsión.

García-Bernardo, partidario, como hemos dicho, de equiparar –de lege data- preterición y desheredación injusta, también entendió que la preterición no intencional es algo muy distinto a ésta, de forma que tal equiparación sólo cabe con la llamada "intencional".

Mª Mercedes Bermejo Pumar ha escrito que la redacción del 814 no permite distinguir entre preterición intencional y no intencional. "El CC sólo se refiere a la preterición no intencional. Sólo cabe distinguir entre aquella omisión respecto de la que el causante pudo abrigar intención, de aquella otra en la que es imposible que tuviese intención alguna".

En todo caso no se olvide que el CC sólo fija un régimen jurídico propio para la preterición no intencional de hijos y descendientes, no la de ascendientes ni cónyuge, con lo que da el mismo efecto, en estos dos últimos casos, a la intencional y a la no intencional. Y que incluso en la preterición no intencional de descendientes aplica el régimen de la "intencional" cuando el heredero es el cónyuge. Nos resulta difícil justificar estos criterios.

La falta de intención del testador y el momento de valorarla

Aparece en primer lugar el problema de cuándo hay o no intención del testador. Podríamos decir que en la intencional no hay un olvido, sino una voluntad implícita. La no intencional carece de apoyo en la voluntad del testador.

Cabe cuestionarse cómo se aprecia la no intencionalidad: si de forma subjetiva, atendiendo a los motivos del testador, esto es, si tuvo o no intención de mencionar al legitimario, o si esa intención estaba de alguna manera viciada; o de forma objetiva, atendiendo a las circunstancias de hecho, esto es, probando si el causante pudo tener conocimiento, cuando testó, de que el legitimario existía.

Se podría identificar la preterición no intencional con el error (de hecho, es usual hablar de "preterición errónea) y apreciar éste en los motivos. Bermejo Pumar, por el contrario, ha defendido que no se trata de averiguar intenciones concretas; los únicos motivos que

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pueden ser valorados son aquellos que resultan del propio testamento, como se deduce del art. 767.

Estimamos correcta la valoración objetiva, porque la investigación de pensamientos del testador no la vemos como algo propio del jurista en tanto no se manifieste en hechos exteriores. Ello lleva a calificar la preterición de "no intencional" cuando resulta imposible que el testador hubiese podido abrigar intención alguna respecto del omitido.

Aunque no todos los autores que han tratado la materia se muestren de acuerdo con la tesis "objetiva" creemos que ésta es mayoritaria. El disenso es mayor en otra cuestión más importante: el momento de valorar la conducta del testador. Porque aquí entra más en juego el respeto o la falta de respeto a lo ordenado por el testador.

La norma no precisa en qué momento hay que valorar si hay o no conocimiento de la existencia del preterido por el testador: si al otorgarse el testamento o en momentos posteriores de la vida del testador, en cuyo supuesto aparece además el problema de los límites de la admisibilidad de la prueba extrínseca al testamento como medio de interpretación de la voluntad del testador.

Se ha dicho (Bermejo Pumar) que si la voluntad que se interpreta es la del que omite, debe referirse al momento de otorgarse el testamento. El último párrafo del art. 814 apoya esta interpretación. Torres García y Domínguez Luelmo señalan que para determinar si hay preterición hay que acudir al momento del fallecimiento y para determinar si la preterición es o no intencional hay que acudir al momento de otorgarse el testamento.

Una STS de 23 de enero de 2001 resolvió un supuesto en que un padre había instituido herederos a sus cinco hijos matrimoniales en un testamento de 1988. En 1991 tuvo un hijo no matrimonial, que reconoció. El testador falleció en 1994 sin cambiar el testamento y la madre del hijo extramatrimonial pidió la anulación de la institución de herederos por preterición no intencional. El TS estimó la pretensión y dijo que si el testador no otorga nuevo testamento tras el nacimiento de un hijo extramatrimonial, "su voluntad y su intención dejan de ser relevantes por no haber sido debidamente expresadas, y el intérprete ha de limitarse a la constatación del hecho omisivo o negativo y a la necesaria aplicación de los preceptos establecidos para dar solución a la inactividad del causante". La inactividad del causante en el sentido de no cambiar el testamento cuando ya sabía que tenía un

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

hijo extramatrimonial no puede servir de contenido interpretativo del testamento otorgado antes de nacer ese hijo extramatrimonial. Cita una STS de 1 de julio de 1969, que dijo "La preterición ha de resultar exclusivamente del testamento, evitando formular hipótesis sobre la posible causa de la omisión, ya que la presunta voluntad del causante carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento". De todas formas, téngase en cuenta que la STS de 1969 se produjo con una regulación muy diferente de la preterición, por lo que su cita no parece muy afortunada.

Esta sentencia motivó comentarios para todos los gustos. Rivas Martínez mantiene que para calificar si la preterición es o no intencional hay que apreciar todas las circunstancias del supuesto de hecho, tanto las que había al tiempo del otorgamiento como las posteriores en que intervino de forma directa el testador, por lo que si el testador conocía la existencia de ese hijo (incluso suscribió un convenio sobre alimentos con la madre) y no quiso modificar el testamento, la preterición debe calificarse como intencional y producir sólo el efecto de reducir la institución de herederos hasta cubrir la legítima estricta de ese hijo preterido. Recuerda que la prueba extrínseca para hallar la verdadera voluntad del testador es algo admitido y que tiene su apoyo en el art. 675 CC. En el mismo sentido, Bolás Alfonso, para quien el momento de la preterición es el de la muerte del testador y no el del otorgamiento del testamento. En contra, Ragel Sánchez, siguiendo seguramente a Díez-Picazo. Una STS de 31 de mayo de 2010 reitera la doctrina de la de 23 de enero de 2001. El supuesto era un testador que testó en 1990 y posteriormente se determinó la filiación extramatrimonial respecto de una hija preterida. Aunque la sentencia firme declarativa de la filiación recayó tras la muerte del testador, las pruebas biológicas que determinaron la filiación se realizaron al testador en 1996. Por tanto, el testador conocía a esa hija y no cambió el testamento.

El caso sería distinto si el hijo hubiese nacido antes de testar, y el testador lo hubiese sabido al tiempo de otorgar el testamento. Una STS de 9 de julio de 2002 calificó tal supuesto como preterición intencional, pues se trataba de omisión de legitimarios en el testamento "sabiendo que existen y no han recibido nunca nada en concepto de legítima". Otra STS de 8 de octubre de 2010 ha seguido el mismo criterio: la preterición es intencional porque los padres conocían la existencia de una hija adoptiva (adoptada mucho antes de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

otorgar testamento) que fue preterida en el testamento. Entendemos que esta tesis es correcta, aunque presupone la admisibilidad de una prueba extrínseca con una amplitud que no todos comparten. Diversas sentencias de Audiencias provinciales han seguido la misma doctrina: si el testador, al testar, conocía la existencia del legitimario preterido, tal preterición es intencional (Sevilla, 18 de marzo de 2012; Valladolid, 7 de febrero de 2013).

Podemos decir que la tesis doctrinal y jurisprudencial mayoritaria es la que defiende que la comprobación de la intencionalidad del testador debe realizarse al tiempo de otorgar testamento. Lo mantuvo, entre otros, Vallet. Y es que resulta difícil referirse al momento del fallecimiento cuando el título sucesorio es el testamento y las cuestiones relativas a la herencia se deben resolver por la interpretación de éste. Esto parece claro cuando se trata de hechos posteriores al testamento que el testador no pudo conocer, por ejemplo, por determinación de la filiación tras la muerte del testador. En tal caso, esos hechos no pueden ser relevantes para interpretar el testamento. Pero es que si el testador conocía la existencia de un hijo nacido tras el testamento y nunca cambió éste, puede decirse que el problema creado a los herederos es imputable al propio testador, pues pudiendo crear un título sucesorio perfecto no lo hizo. La prueba extrínseca, admisible en principio, no debe servir para modificar un testamento que nunca se cambió. Nos parece que de lege data esto es así. No obstante, esta tesis, que lleva a destruir la eficacia de muchos testamentos, no es satisfactoria desde el punto de vista de respetar la voluntad del testador.

El efecto de esta preterición

La anulación de la institución no es aquí una "reducción" para pagar su legítima al preterido, sino que se abre la sucesión intestada y concurren todos los que deban concurrir, con igualdad de derechos. Se mantiene el testamento en todo lo que no se refiere a la institución de herederos, pero si son preteridos todos, se anulará no sólo la institución, sino todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

La consecuencia es muy drástica y no puede basarse en la presunta voluntad del causante, pues éste pudo haber querido igualar a sus legitimarios, o favorecer al preterido, o bien pudo no haber

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

querido eso. El fundamento tiene que ser objetivo y radicar en preservar la libertad de decisión del testador. Pero, nos preguntamos, ¿esto es suficiente?

La anulación de la institución, y más aún la de todas las disposiciones patrimoniales del testamento, pueden llevar a consecuencias muy contrarias a la voluntad del testador. Por ejemplo, el testador ha ordenado legados que cubren las legítimas de todos los legitimarios, pero hay un preterido (no intencionalmente) y ha instituido heredero único a un extraño (no cónyuge). Si se anula la institución de heredero, ese extraño pierde todo, y los hijos que sólo reciben legados van a mantener esos legados y además van a pasar a ser herederos junto con el preterido. Otro ejemplo: el testador ha igualado cuantitativamente a todos sus hijos, pero a uno lo instituye heredero y a los demás, legatarios. Si se reduce la institución de heredero, el "perjuicio" sólo lo sufre el heredero. López Beltrán de Heredia, citada por Bermejo Pumar, señala que en este caso tanto la institución como los legados tienen que reducirse por igual, lo que parece justo pero con un apoyo legal muy endeble. Otro ejemplo: un testador que no tiene hijos nombra heredero único a su hermano, pero después tiene un hijo no matrimonial cuya filiación se determina contra su voluntad y muere sin cambiar el testamento. Resulta que ese hijo va a heredar todo y nada adquirirá el hermano.

Tengamos en cuenta que los supuestos de preterición no intencional pueden verse ampliados por las posibilidades que brinda la reproducción asistida. Es cierto que la inseminación post mortem ha de ser autorizada por el padre, como recuerda Encarna Roca, pero esta filiación puede tener efectos en la herencia de un abuelo que quizá no lo sepa.

Y, respecto de los abuelos, los supuestos de preterición no intencional también pueden verse ampliados por la facilidad con que se admiten de hecho "los reconocimientos de favor" de filiación. Si un hijo realiza tal reconocimiento, ya ha impuesto esa filiación a los "nuevos" abuelos del reconocido, que quizá desconocen el reconocimiento o lo rechazan.

También respecto de los abuelos se puede producir una situación facilitadora de una preterición no intencional si entre los legitimarios hay nietos extramatrimoniales. Habría que considerar la opinión de García-Bernardo de que la igualación constitucional de los hijos ante la Ley es respecto de su padre y madre, no respecto de los abuelos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No obstante, no parece correcto que la filiación tenga efectos frente a unos y no frente a otros y en todo caso la "extensión" de efectos ya la realiza el Derecho vigente por medio de los arts. 807 y 808 CC, por lo que esa tesis nos parece más de lege ferenda que de lege data.

Las consecuencias a que lleva la regulación vigente, aun en los casos en que no hay duda de que se trata de una preterición no intencional, hicieron sugerir a Cámara que debiera haberse prescindido de regular la preterición intencional y haber establecido una sola regla para la preterición, con el alcance que ahora tiene la "intencional". No se ha hecho así y ello obliga a entender que las normas del art. 814 sobre preterición errónea "no tienen ni pueden tener un carácter rigurosamente imperativo. Su aplicación debe matizarse en función de la voluntad del testador, de suerte que debe excluirse cuando así resulte de la interpretación del testamento". También el inciso final del art. 814 dispone que tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador. Si los efectos de la preterición errónea resultan claramente contrarios a la presunta voluntad testamentaria, esos efectos tendrán que ser otros de los del art. 814. Este artículo en cuanto regula los efectos de la preterición errónea, no hace sino sentar presunciones y parece excesivo entender que son iuris et de jure. Recientemente, Torres-Domínguez también se han mostrado partidarios de mantener la voluntad del testador en lo que sea posible, aunque esta frase nos parece un poco ambigua.

A nosotros se nos hace difícil defender que las tajantes palabras del párrafo 2.º del art. 814 no sean imperativas. El testador sí podrá actuar en el marco que le permiten las normas; por ejemplo, puede imponer un orden de reducción de legados o donaciones para el caso de preterición intencional; puede precisar que sí valgan, en caso de preterición no intencional, determinadas disposiciones de naturaleza patrimonial dudosa, como un nombramiento de albacea… Pero el art. 814 no contiene una norma que da prevalencia a la voluntad del testador como la del art. 46 in fine de la Compilación balear. ¿Cómo se va a poder excluir la aplicación de la Ley en perjuicio de un tercero? El art. 646, referido a revocación de donaciones por supervivencia o sobreveniencia de hijos, declara irrenunciable la acción de revocación, lo que nos parece un argumento sistemático de no poca relevancia. Aunque reconocemos que, de lege ferenda, es una propuesta a tener en cuenta. No hemos visto recogida esta tesis en la jurisprudencia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ragel Sánchez ha planteado la posibilidad, aunque sin pronunciarse a su favor, de interpretar el término "anulará" del art. 814.2 como si dijera "reducirá", pues puede mantenerse que el CC los usa a veces como sinónimos. Sin embargo, esto nos parece forzar demasiado la norma; el párrafo 2º pretende establecer una consecuencia distinta y más grave que el párrafo 1º. Esa interpretación llevaría a que los dos párrafos establecieran la misma consecuencia.

No desconocemos que Vallet ya había defendido tesis parecida a la de Cámara. Sostuvo en su "Panorama" que el testador no puede imponer que no haya preterición, habiéndola, pero sí regular los efectos de toda preterición en cuanto no afecte a la legítima de los preteridos "e incluso mitigando las consecuencias de la no intencional", como evitar la nulidad de todas las disposiciones patrimoniales. Y si no lo entendimos mal, considera que la declaración del testador de que valga el testamento aun en el caso de preterición no intencional total, es admisible. Lo mismo defendió para el Derecho de Mallorca-Menorca antes de la reforma de 1990.

En nuestra opinión, tal tesis debe defenderse de lege ferenda. Y debe hacerse.

Finalmente, no debe olvidarse lo siguiente:

Si en el testamento no hay institución de herederos, por distribuirse toda la herencia en legados, no se abre la sucesión intestada, ya que se puede seguir aplicando la regla del art. 814: se reducen los legados en cuanto sean inoficiosos.

La anulación del testamento por preterición no hace que se rija la sucesión por un testamento anterior. No se regula la preterición como sanción sino como solución. Una STS de 13 de julio de 1985 dispuso lo contrario, pero su doctrina no debe seguirse. Como dijo Miquel, no se debe aplicar la misma solución del 739.2 (el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca el posterior y declara ser su voluntad que valga el primero) porque el testamento ineficaz por preterición no es suficiente "testamento" a efectos del 739; y el Derecho antiguo tampoco permitía esa conclusión (Digesto 28, 2,7).

Y tampoco debe olvidarse la regla del art. 831.4: "Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido". Si la preterición fue intencional, aunque la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

norma no lo diga, también el preterido tendrá derecho a cobrar su legítima.

La institución de heredero a favor del cónyuge recibe un trato de favor: no se anula totalmente, sino sólo parcialmente, en cuanto perjudique las legítimas. Quizá es porque está en la intención del testador que los bienes pasen al fallecimiento del cónyuge a los hijos; pero entonces ¿qué ocurre si el cónyuge es de segundas nupcias y hay hijos del primero? En este caso no habrá esa voluntad del testador, pero la norma que mantiene la institución tiene que ser aplicada igualmente. Entendemos que debiera corregirse esto.

Por otro lado, la institución a favor del cónyuge sólo se respeta en el caso de preterición de algún legitimario, no en el de todos.

No se debe equiparar, en el Derecho del CC, al cónyuge al conviviente (ya reúna o no ciertos requisitos), ya que en el Derecho común no hay norma que los equipare.

Y ¿qué ocurre si el cónyuge no es heredero único sino coheredero?: ¿Se aplica la misma regla que si el cónyuge fuera heredero único? ¿Se anula la institución a favor de los herederos que no son el cónyuge? ¿Se entiende que no estamos en este supuesto legal y que la norma se refiere sólo al caso de heredero único? Esta parece la más correcta, pues la literalidad parece suficientemente clara: las palabras están en singular. Y desde un punto de vista de coherencia valorativa también se llega a lo mismo: ¿por qué se iba a mantener la institución a favor de hijos sólo por el hecho de estar nombrados junto con su madre?

Como se ve, muchas dudas para una norma tan breve.

Por lo demás, el CC no contiene más excepciones que ésta a la anulación, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de Mallorca-Menorca y en el de Cataluña. Sin embargo, la reforma de 1981 introdujo otra regla en el párrafo 3º del art. 814 para paliar los efectos de la eventual multiplicación de pretericiones por causa de la equiparación de filiaciones.

El párrafo 3.º del art. 814 se dio con una finalidad loable, pero ha recibido múltiples críticas. Algunas de índole más bien teórica, aunque convincentes. Por ejemplo: se excluye de la preterición un supuesto que sin duda lo es; la representación es algo extraño a la sucesión testada; el artículo salva el problema "con una solución contraria al sistema legitimario romano, con un parche germánico, lo que es una solución contraria al sistema de nuestro Código Civil,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

contradictoria y absurda" (García-Bernardo). No podemos negar que este artículo rompe un poco con la tradición romanista y parece inspirarse en la sucesión forzosa más propia de la tradición llamada "germánica", porque realiza una atribución directa de la legítima a los hijos del premuerto. Xavier O'Callaghan también ha señalado esto en la obra colectiva "Comentario del Código Civil" escrita por Magistrados del TS. Pero el resultado no es injusto; en todo caso, mejor hubiera sido no utilizar la palabra "representación", que además da pie a entender (aunque creemos que no es correcto, a salvo lo que resulte de la interpretación de cada testamento concreto) que los descendientes "representan" a su ascendiente no sólo en la legítima sino en toda su cuota. Se podía haber utilizado quizá "sustitución vulgar tácita". En todo caso, nos parece excesivo el efecto que se daba antes de 1981: la mención del padre premuerto no evitaba la preterición de su estirpe si no se ordenó una sustitución vulgar o resultó mencionada de alguna otra forma.

Recordamos que esta norma es de aplicación frecuente por los casos de premoriencia, por la equiparación legal de filiaciones (incluso respecto de los abuelos), por las posibilidades de fecundación artificial, por los reconocimientos de filiación realizados por complacencia, etc.

Y se ha planteado la cuestión de si la estirpe del indigno o la del desheredado injustamente están preteridas. Algunos han defendido que en estos casos también actúa la "representación". Preferimos seguir la tesis contraria, que en su día ya formuló Cámara: estas situaciones excluyen la preterición, pues tienen regulación propia en los arts. 761 y 857: tienen derecho a legítima y la preterición queda excluida.

Lo que no regula el art. 814 es qué ocurre con la descendencia de un legitimario que sí haya sido preterido. Si la preterición del legitimario fue no intencional, la de los descendientes de ese legitimario será no intencional, por la propia naturaleza de las cosas. Si fue intencional, la respuesta no está tan clara. Del art. 814.3 se podría extraer la regla de que a la estirpe se le aplica el mismo tipo de preterición que al causante de esa estirpe. Pero hay argumentos para entender que el tipo de preterición tiene que resultar de la relación entre el testador y esa estirpe, por lo que dependerá de si la conoció y cuándo la conoció. Esta tesis nos parece más segura, de lege data, aunque tiene consecuencias devastadoras para la voluntas testatoris y es, en realidad, insatisfactoria.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En fin, muchas dudas. Por ello debe realizarse una reforma legal. No lo decimos para acallar discusiones sobre el alcance de las normas. Es la consecuencia –la anulación del testamento– lo que nos parece excesivo en un sistema que ya garantiza el pago de legítimas.

III. LA REGULACIÓN EN LA COMPILACIÓN DE BALEARES (DERECHO DE MALLORCA Y MENORCA)

En la Compilación vigente hay una regulación de la preterición desde la reforma de 1990 (art. 46). En la Compilación de 1961 esta cuestión no se contempló. Se trata de Derecho aplicable en Mallorca y Menorca, no en Ibiza ni Formentera. En el libro III de la Compilación, referido a estas últimas islas, no hay regulación de la preterición y se entiende que rige el Código Civil.

Recordamos, para situar la norma y el comentario, que en el Derecho de Mallorca y Menorca hay legítima material individual y ningún legitimario tiene que ser instituido heredero. Las Ordinacions de'n Erill de 1363 ya dispusieron que no se aplicaba en Mallorca la regla de la Novella 115 en cuanto a la institución de heredero a favor del legitimario. Pero a diferencia del CC, la institución de heredero es requisito de validez del testamento y la sucesión testada es incompatible con la testada.

El art. 46 dice: "La preterición de un legitimario no anulará el testamento, quedando a salvo al preterido el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o ascendientes (sic, debe decir "descendientes") legitimarios conferirá al preterido acción para obtener la anulación del testamento, que caducará a los cuatro años de la muerte del causante. No se producirá este efecto y el preterido sólo ostentará derecho a reclamar su legítima: 1.º Si el testador hubiere instituido únicos herederos a sus hijos, descendientes o cónyuge. 2.º Si la filiación del preterido resultare de procedimiento judicial de investigación de paternidad iniciado con posterioridad al fallecimiento del causante. 3.º Si el testador, respetando las legítimas, hubiere ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional. No se considerarán

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

preteridos los descendientes de un descendiente no preterido que hubiese premuerto al testador."

No transcribimos el último párrafo de este art. 46 porque se refiere a la desheredación injusta, aunque sí recordamos que "producirá los efectos indicados en el párrafo primero."

Como vemos, el art.46 distingue dos tipos de pretericiones, al igual que el CC.

La regla general se aplica tanto a descendientes como ascendientes o cónyuge, y respecto de éstos últimos tanto si la preterición es o no "no intencional", por lo que puede valer la misma crítica que hemos realizado al CC.

Respecto del concepto de preterición, valen también las mismas críticas que hemos realizado al comentar el CC. Obsérvese que los casos de la enumeración realizada al comentar el art. 814.1 CC se plantean también en el Derecho de Mallorca y Menorca, aunque el caso 9 tiene una manera fácil de evitarse. No obstante, no resulta hoy muy usual, aunque tampoco es raro, que el testador manifieste su voluntad de mantener la eficacia del testamento aun en los casos de preterición no intencional. Era más usual antes de la reforma de 1990.

En cuanto al efecto, la regla parece más clara que la del CC, aunque la conclusión a que lleva es la misma: los herederos tienen que pagar la legítima al preterido; en principio, en bienes hereditarios, salvo que sea legalmente posible un pago en dinero o por se acuerde éste por los interesados.

La excepción es la preterición no intencional de hijos y descendientes, y en esta materia la regulación de la Compilación difiere de la del CC.

En todo caso, hay que señalar que la versión castellana del art. 46 dice "hijos o ascendientes" pero está reconocido sin discusión, que sepamos, que se trata sin duda de un error, como se deduce de la mera lectura de la disposición transitoria primera, de forma que hay que leer, como en la versión en lengua catalana, "hijos y descendientes".

En cuanto a la apreciación de la intencionalidad, la Compilación no da criterios para resolver cuándo estamos ante preterición intencional y cuándo ante la no intencional. Pilar Ferrer dice que es no intencional cuando el testador no menciona al legitimario porque no lo conoce. Sobre esta cuestión y especialmente sobre el momento de valoración nos remitimos a lo dicho sobre el CC.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El efecto de esta preterición es, en principio, más drástico que el del CC, ya que la Compilación no distingue entre preterición de todos o de alguno, sino que establece la misma consecuencia para todos los casos, y tal consecuencia es la anulación del testamento en todos los casos, o sea, no sólo de la institución de herederos y ni siquiera de todas las disposiciones de contenido patrimonial, sino de todo el testamento. Suponemos que se legisló así para salvaguardar la vigencia de la regla nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Pero fijémonos que todo deviene ineficaz, incluidas las disposiciones de contenido no patrimonial; por ejemplo, un nombramiento de tutor, o un nombramiento de albacea particular para ocuparse de lo relativo a entierro y funerales, o disposiciones sobre el destino del cadáver, ceremonias religiosas, etc. Esto es excesivo y debiera ser corregido mediante una reforma legal. Puede corregirse respetando la regla nemo pro parte, pues por Ley se podría declarar que el testamento anulado siguiera valiendo como codicilo aun en caso de preterición.

La "suavización" del efecto la realiza la norma por dos vías: una, que la acción a favor del preterido caduca en todos los casos a los 4 años de la muerte del causante, y otra, que la validez del testamento se mantiene en tres casos que resultan en la práctica muy usuales. En estos tres supuestos, el preterido sólo tiene acción para reclamar su legítima; hacemos notar, aunque la norma no lo diga expresamente, que ello es así aun en el caso de inoficiosidad total.

En cuanto al primer supuesto, alguna duda plantea la frase "hubiere instituido únicos herederos a sus hijos, descendientes o cónyuge"; no en cuanto a la disyuntiva entre las tres categorías de personas que se citan (hijos, descendientes, cónyuge) sino en cuanto a utilizar "hijos" y "descendientes" en plural, como si la excepción sólo operara cuando varios hijos, no sólo uno, hayan sido instituidos herederos. Nosotros estamos convencidos de que este inciso hay que leerlo como si dijera "a cualquiera de sus hijos o descendientes o a su cónyuge"; y es irrelevante si el testador tenía un hijo o más de uno, o si instituyó heredero sólo a un hijo o a varios.

La referencia al cónyuge plantea la ardua cuestión de si debe ser equiparado el conviviente de la pareja de hecho que ha sido debidamente constituida. La Ley balear de parejas de hecho (Ley 18/2001, de 19 de diciembre) ha establecido, en cuanto a los efectos sucesorios, una cierta equiparación entre el cónyuge y el conviviente. Su

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

art. 13 dispone que "el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho civil balear prevé al cónyuge viudo". Como se deduce de la mera dicción, la equiparación, aunque es amplia, no es completa; se refiere a los derechos, pero no a todo lo que tiene que ver con la sucesión mortis causa. No obstante, en la materia que comentamos, entendemos que la equiparación se debe producir, pues en otro caso el conviviente no adquiriría, con efectos desde la apertura de la sucesión, su condición de heredero. ¿No va a tener acaso el conviviente un derecho al mantenimiento de la institución a su favor? En todo caso, esto sólo regirá cuando la sucesión se rija por el Derecho de Mallorca-Menorca, lo cual significa, hoy por hoy, que el difunto tenía que tener vecindad civil mallorquina o menorquina al tiempo de su fallecimiento.

El segundo supuesto es comprensible, porque el testador no ha podido tener nunca manera de conocer dicho hijo. Pero si se excepciona este caso concreto también podían excepcionarse todos los casos en que el testador no ha podido conocer nunca a ese legitimario. Y plantea una discriminación (¿inconstitucional?) respecto de los hijos póstumos, que sí pueden pedir la anulación del testamento. Es una ambigüedad que debiera corregirse.

El tercer supuesto es, a nuestro juicio, el más interesante, porque da a la voluntad del testador una relevancia que es difícil de admitir en el sistema del CC, aunque se fuerce el último párrafo del art. 814. Por tanto, a nuestro juicio, aunque sabemos que no es ni mucho menos el de todos, es de alabar que se incluyera esta excepción en la reforma del 90; suponemos que se hizo a la vista de las injusticias a que podía llevar el sistema del CC. Pero esta norma no nos parece suficiente; su solución debe aplicarse a todos los casos, sin exigirse una mención expresa del testador en el testamento. La regla de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, unida al respeto efectivo a las legítimas debieran bastar. Si ya rigen estas dos reglas, ¿para qué pedir legalmente al testador que diga expresamente en el testamento que quiere que su voluntad prevalezca? ¿acaso no lo está diciendo ya por el mero hecho de testar? Dicho de otra forma: ¿por qué se va a desbaratar la organización post-mortem que el testador diseña si todos los legitimarios tienen garantizada su legítima?

Esta opinión no es compartida por muchos, porque efectivamente convierte a la preterición en algo casi inútil. En todo caso, precisamos

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que no somos partidarios de una regulación retorcida, que reconozca la preterición y a la vez abra puertas para decir que no hay preterición si el testador no quiere que la haya en casos que objetivamente la hay. Porque reconocemos que el art. 46 de la Compilación refleja una cierta incoherencia valorativa. Lo que mantenemos es que en un sistema de legítima material individual, como el del Código y como el de la Compilación, la protección a las legítimas basta para proteger a los legitimarios. El descuido, olvido, inadvertencia del testador o la imposible consideración por éste de todos los legitimarios a la hora de testar nos parece que no tiene demasiada importancia si cada legitimario va a poder recibir su cuota legitimaria. La preterición tendría hoy pleno sentido si desaparece la legítima material, especialmente la individual. Es importante que la elección de herederos por el testador se realice con plenitud de elementos de juicio en cuanto a la existencia de los legitimarios, pero mantener una norma que imponga la sucesión intestada lleva, a la vista de la práctica que hemos vivido como Notario, a actuar contra la voluntad del testador en la mayoría, incluso diríamos en la gran mayoría, de casos. Porque de nuestra práctica notarial y de la de otros compañeros hemos aprendido cosas como éstas: si el testador ha instituido herederos a todos sus hijos, y prevé tener más en el futuro, lo que hace es instituir también a esos posibles hijos futuros, o viene a cambiar el testamento cuando ha nacido o va a nacer ese hijo futuro; si tiene varios hijos pero instituye sólo a uno o a más de uno pero no a todos, no cambia de criterio al preguntarle qué haría si tiene en el futuro más hijos. Y mucho menos lo cambiará si se trata de un hijo extramatrimonial; y menos aún si la filiación se determina contra la voluntad del testador. Son casos que en la Compilación no llevan a la anulación, gracias a las excepciones legales. Son también casos que de mi experiencia en territorios de Derecho común puedo decir que tendrían las mismas respuestas por los testadores. Pero sobre todo, lo que pretendemos decir es que el testador sabe normalmente lo que hace y no desea que se anulen sus disposiciones.

Si no se está de acuerdo con esto, al menos creemos que sí se podrá estar de acuerdo en que se puede prescindir de la preterición intencional, dada la equiparación de efectos con la desheredación injusta, que conviene realizar una enumeración cerrada de los casos de preterición no intencional y conviene permitir que el testador siempre pueda impedir que se apliquen los efectos de ésta.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No obstante, antes de formular una propuesta concreta de reforma, realizamos una brevísima consideración de algunos Derechos de nuestro entorno, porque puede resultar ilustrativa.

IV. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS DERECHOS DE NUESTRO ENTORNO: CATALÁN, FRANCÉS, ITALIANO, ALEMÁN

Derecho catalán

La regulación de la preterición ha experimentado bastantes cambios en los últimos años y seguirlos es una experiencia interesante. A nuestro juicio la evolución ha sido un poco contradictoria, pues por un lado se ha ganado en precisión a la hora de definir la preterición y de fijar las excepciones a los efectos de la preterición no intencional, pero por otro se han regulado las excepciones a los efectos de ésta última de una manera que provocan situaciones injustas (a nuestro parecer) y violentan en exceso la voluntad del testador.

La preterición fue ya regulada en la Compilación de 1960. El sistema legitimario reconocía, igual que hoy, una legítima material individual, así como la institución de heredero para la validez del testamento. Los legitimarios podían y pueden recibir la legítima por cualquier título, sin que deban ser instituidos herederos. La Ley 13/1984 de 20 de marzo estableció la plena igualdad de los hijos y modificó la preterición errónea. Fue nuevamente modificada por la Ley 8/1990 de 9 de abril que con una pequeña enmienda pasó a ser el art. 367 del Codi de Successions (Ley 40/1991, de 30 de diciembre). Este art. dispuso que hay preterición en caso de falta de mención del legitimario en el testamento sin que antes ni después le haya otorgado donación en concepto de legítima o imputable a ella; y también la hay cuando a pesar de ser mencionado en el testamento no le hace atribución en concepto de legítima o imputable a ella o no lo deshereda aunque sea injustamente. Con esta definición se da respuesta a algún caso contemplado en la numeración que antes hacíamos, pero no a todos. También enumeró los casos que se podían calificar de "preterición errónea", que eran sólo (fijar un numerus clausus nos parece algo digno de ser imitado) los siguientes: el legitimario descendiente nacido o que haya llegado a ser legitimario después de otorgarse el testamento o cuya existencia el causante ignoraba al testar. En estos casos, que constituían

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

una enumeración tasada, el legitimario tenía acción para obtener la nulidad del testamento (en los demás casos, sólo derecho a exigir lo que por legítima le corresponda), pero con tres excepciones: si el heredero instituido lo es en toda la herencia "y se trata del cónyuge o sólo de un hijo o sólo de un descendiente ulterior del testador, si, al otorgarse el testamento, éste tenía más de un hijo o por lo menos un hijo y una estirpe de hijo premuerto; si el preterido es declarado descendiente del causante después de su fallecimiento; y si el preterido es un descendiente que resulta ser legitimario por representación. La exposición de motivos dijo, en relación a la primera excepción, que "se trata de mantener la eficacia de la elección de heredero único, cuando ésta ha tenido lugar en una situación en que el testador podía escoger entre más de un hijo o estirpe de hijo o hijos premuertos", y recuerda que ello es congruente con el mantenimiento de la unidad del patrimonio. Esta decisión legislativa reduce los casos de la excepción y por ello nos parece criticable. Es a costa del respeto a la voluntad del testador. Sin embargo, se ha mantenido en la reforma de 2008. La existencia de más de un hijo no se debe entender referida al supuesto de que el heredero sea el cónyuge, como dice con lógica Garrido Melero, sino sólo al caso de que el heredero sea hijo, lo cual es conforme a la práctica vivida.

Una sentencia del TSJ de 10 de septiembre de 2012, pero referida a un fallecimiento ocurrido durante la vigencia de la Ley 40/1991, anuló un testamento en que se había nombrado heredero único al único hijo matrimonial. El testador tuvo tras el testamento una hija extramatrimonial, cuya existencia conoció. El heredero alegaba que se trataba de preterición intencional y que había que respetar la voluntad del testador. El TSJ resolvió que la preterición era errónea y anuló el testamento, de forma que, abierta la sucesión intestada, el hijo instituido heredero y la hija extramatrimonial heredaron por partes iguales. La excepción del art. 367 no podía apreciarse porque al testar, el heredero era hijo único. El TSJ llegó a esta conclusión aun sosteniendo que, a pesar del texto de la norma, podría haber prevalecido una voluntad del testador contraria a ésta (o sea, una voluntad de excluir a hijos nacidos con posterioridad al testamento), voluntad que entendió que no era posible apreciar con claridad en ese testamento. En fin, un razonamiento interesante, pero una conclusión obligada por la dicción de la propia Ley. La solución del caso nos parece correcta. Lo que nos parece incorrecto es el criterio le-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

gal. En el sistema legal también habríamos calificado el supuesto de preterición no intencional, pero es que el Derecho catalán, que ha pretendido salvar la institución cuando se trata de heredero único, se ha excedido al exigir para ello que el testador tenga que realizar una valoración entre distintos hijos. Afortunadamente no hay una norma así en la Compilación balear.

La Ley 10/2008, de 10 de julio del Libro IV del Código Civil de Cataluña, hoy vigente, modificó nuevamente la figura, que ahora se regula en el art. 451-16. La exposición de motivos habló de "depuración sustancial, sin alterar, no obstante, la esencia del derecho vigente". Mantiene los dos tipos de preterición y mantiene la definición de la preterición errónea, pero cambia –a mejor– la definición de la "intencional": "es preterido el legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a ésta y que tampoco ha sido desheredado". El efecto de esta preterición sigue siendo el mismo: el preterido puede exigir lo que por legítima le corresponda. El efecto de la preterición no intencional sigue siendo la ineficacia del testamento, pero se han modificado las excepciones, que ahora son: si el causante ha instituido heredero único al cónyuge o al conviviente en unión estable de pareja; o a un hijo o descendiente "y en el momento de otorgar testamento tenía más de un hijo o al menos un hijo y una estirpe de hijo premuerto"; y si la filiación del legitimario ha quedado legalmente determinada tras la muerte del causante. Esto último plantea una discriminación injustificada respecto de los hijos póstumos, al igual que hemos dicho al comentar la Compilación balear.

Se mantiene la tesis "restrictiva" de las excepciones, lo que nos parece una muestra de insensibilidad. Se repetiría la solución del caso objeto de la sentencia de 10 de septiembre de 2012, salvo que los Jueces se decidieran a declarar una voluntad del testador relativa a mantener la eficacia del testamento aun en el caso de hijos futuros (¿mucho suponer por nuestra parte?).

Algo que sí es laudable de la reforma de 2008 es que reduce el plazo de ejercicio de la acción por preterición errónea: caduca a los 4 años (antes eran 5) de la muerte del causante.

En nuestra opinión, la evolución del Derecho catalán en esta materia no es un ejemplo a seguir. Mantiene la preterición a la vez que las normas de protección de legítimas, con regulación "mezclada", al igual que el CC, y efectúa una regulación de las excepciones a la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

preterición no intencional partiendo de unas valoraciones discutibles.

En el Derecho francés la mención del legitimario en el testamento no se exige por ninguna norma. El contexto es un sistema legitimario en que hay legítima material individual, no se exige que el testamento contenga institución de heredero y el legitimario no tiene que ser instituido heredero. El derecho del legitimario está atribuido directamente por la Ley, tanto si hay testamento como si no. El art. 920 CC dice que las liberalidades que perjudiquen la legítima se reducirán hasta el límite de la porción de que el causante podía disponer. Por liberalidades entiende el CC tanto las disposiciones testamentarias como las donaciones (entre otras). Tras la reforma introducida por la Ley de 23 de junio de 2006 sólo son legitimarios los hijos o descendientes inmediatos y el sujeto a reducción puede indemnizar al legitimario en dinero; pero la cuestión que tratamos no ha sufrido variación. Tanto el legitimario que no ha recibido nada como el que ha recibido una atribución insuficiente tienen derecho a exigir lo que por legítima les corresponda. Pero nada más. La Ley no tiene en cuenta que la omisión de uno o de todos los legitimarios en el testamento pudiera haber movido al testador a testar de otra manera. La consideración del abintestato como la situación "normal" y el testamento como la excepción, aunque algo menos tras la reforma de 2006, pueden haber tenido influencia en esta cuestión. Pero obsérvese que a pesar de esto se respeta más que en los Derechos españoles la voluntad del testador manifestada en el testamento.

En el **Derecho italiano** hay, como en Francia, legítima material individual, no se exige que el testamento contenga institución de heredero y el legitimario no tiene que ser instituido heredero. El legitimario a quien no se le ha realizado ninguna atribución patrimonial, o se le ha realizado una atribución insuficiente, tiene a su favor una acción de reducción de disposiciones testamentarias (art. 554) y, si no basta, de donaciones (art. 555), empezando por las más recientes, pero sin límite de tiempo. La acción de reducción prescribe a los 10 años. El art. 735 declara nula la partición realizada por el testador sin contar con un legitimario (o con un heredero), pero la norma se refiere al acto particional y en todo caso la acción que se concede al legitimario es de reducción. Pero por otro lado, en

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

materia de revocación de testamentos, el art. 687 dice que las disposiciones a título universal o particular hechas por quien al tiempo de hacerlas no tenía o ignoraba tener hijos o descendientes quedan revocadas de pleno derecho por la existencia o superveniencia de un hijo o descendiente, incluso póstumo, legitimado o adoptivo o por el reconocimiento de un hijo natural. Como se ve, hay regulación separada de la protección de las legítimas y de la preterición, que evita las confusiones que se dan en los Derechos españoles. Pero la preterición tiene un efecto muy limitado, y el Código es respetuoso con la voluntad del testador, pues el propio art. 687 añade que la revocación no se produce cuando el testador haya previsto el caso de que existieren o sobrevivieren hijos o descendientes de éstos, lo que es una norma parecida a la que existe en el art. 46 de la Compilación, aunque creemos que con mejor técnica.

En el Derecho alemán hay legítima material individual, no se exige la institución de heredero para la validez del testamento y los legitimarios no deben ser instituidos herederos. En el capítulo de legítimas el BGB dispone que el legitimario tiene derecho a exigir el pago de su legítima, lo que rige tanto en caso de atribución incompleta, falta de atribución total en el testamento o por actos inter vivos, o desheredación injusta. Sin embargo, también hay regulación de la preterición, pero por separado. Se contiene en el parágrafo 2079, en materia de impugnación de testamentos. Este art. señala que "una disposición de última voluntad puede ser impugnada si el causante ha preterido a un titular de legítima existente al tiempo de la muerte del causante cuya existencia no era conocida por él al tiempo del otorgamiento de la disposición, o que ha nacido o se ha convertido en legitimario sólo después del otorgamiento. La impugnación está excluida en tanto se entienda que, aun con conocimiento de la situación, el causante habría ordenado la disposición." Es una norma parecida a la del CC italiano, pero en éste la preterición no se da en un único caso: cuando hay mención en contra del testador; mientras que en el BGB la voluntad del testador puede ser investigada en caso de falta de mención expresa.

Finalmente, recordamos siguiendo a Miquel González, que en Estados Unidos se conoce y se da efectos a la preterición en muchos Estados en los que hay libertad de testar, para evitar que un hijo sea desheredado por inadvertencia del testador. Precisamente el único

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Estado que regula un sistema legitimario de los descendientes (Luisiana) desconoce la preterición.

V. PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA

A la vista de lo que hemos expuesto, creemos que se puede prescindir de la preterición, en tanto haya un sistema de legítimas que dé contenido patrimonial a cada derecho legitimario. No procede repetir aquí las razones que hemos ido dando en favor de nuestra postura.

Proponemos la supresión del art. 814 CC y el reconocimiento expreso, en su lugar, de la facultad de todo legitimario de exigir el pago de su legítima, ni más ni menos, en el caso de inoficiosidad total. Se trataría de la legítima corta en los casos en que el testador hubiera tenido conocimiento de la existencia del legitimario, tanto antes como después de otorgado el testamento; y de la legítima larga en los casos en que el testador no hubiera podido tener conocimiento de la existencia de ese legitimario; aunque en este último supuesto se podría excepcionar el caso en que el testador hubiese hecho uso de la facultad de mejorar. Para la inoficiosidad parcial basta mantener la redacción del vigente art 815. Y se debería reconocer la validez de disposiciones del testador para el caso de existencia de legitimarios futuros.

Para el caso de que no se quiera prescindir de regular la preterición, sugerimos que se mantenga sólo la preterición no intencional, fijando una enumeración cerrada de casos en que se daría; por ejemplo: existencia de hijos futuros y/o de filiación determinada tras el fallecimiento; pero permitiendo que el testador declare en el testamento su voluntad de que el testamento valiera aun en tales casos, con independencia de quien sea heredero o de cómo se haya determinado la filiación, es decir, sin enumeración de excepciones, de forma que si la voluntad del testador es que prevalezca el testamento los preteridos sólo tendrán derecho a legítima (corta). En defecto de voluntad del testador, habría que fijar con claridad los efectos; por ejemplo, apertura de la sucesión intestada pero mantenimiento de las disposiciones no patrimoniales y las relativas a albaceas, contadores-partidores y administradores de bienes adquiridos por menores o incapacitados.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Y sugerimos la reforma del art. 46 de la Compilación, de forma que tenga la siguiente o parecida redacción: "Si el testador no hubiera realizado ninguna atribución en pago total o parcial de la legítima a uno, varios o todos los legitimarios, o imputable a ella, ya sea por acto de última voluntad o por negocios entre vivos, tendrá/n acción para exigir lo que por legítima le corresponda. La falta de mención en el testamento de uno o varios legitimarios, o de todos, incluso por omisión no intencional, lo que incluye todos los casos de imposibilidad de conocimiento del legitimario, no afectará a la eficacia de aquél, salvo que resulte otra cosa del propio testamento."

El párrafo final del vigente artículo 46, relativo a la desheredación, debiera pasar a ser un artículo propio, pero esta materia no es objeto de este trabajo.

La supresión de la preterición en el Derecho de Mallorca y Menorca resulta menos traumática que en el Código Civil debido a la amplitud de las excepciones a la eficacia de la preterición no intencional que recoge el vigente artículo 46.

Se dirá que con esta propuesta de regulación se desprecia comprobar si el testador, al testar, tuvo en mente a todos sus parientes más próximos. Pero respondemos que hay que valorar con cuidado. El testador habrá tenido en mente a casi todos sus parientes más próximos. Y sancionar sin distinciones con la nulidad sin admitir que el testador sea quien valore nos sigue pareciendo, por mucho que consideremos la postura contraria, excesivo. Lo que importa, para nosotros, es que el testamento refleje bien la voluntad del testador en el momento de testar y que el testador se haya planteado si quiere mantener la eficacia del testamento en caso de existencia de legitimarios desconocidos o futuros. La regulación de los efectos de la falta de mención de legitimarios debe resultar, en primer lugar, del testamento. No creemos que esto último sea pedir mucho a los testadores ni, en general, que eliminar las consecuencias de la preterición sea peligroso porque la inmensa mayoría de testamentos se otorgan en España ante Notario.

Finalmente debe tenerse en cuenta que con esta propuesta que realizamos no se cambia la naturaleza de la legítima, de forma que ésta pase a verse como una atribución que deriva directamente de la Ley en lugar de un freno a la libertad dispositiva del testador.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

BIBLIOGRAFÍA

Bermejo Pumar, María Mercedes, *La legítima*, en "Instituciones de Derecho Privado". Delgado de Miguel (coord.), Thomson-Civitas y CGN, 2005.

Bolás Alfonso, Juan, *La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, AAMN núm. XXV.

Cámara Alvarez, Manuel, *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, 1990.

D'Ors, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Eunsa 1997.

García-Bernardo Landeta, Alfredo, *La legítima en el Código Civil*, Consejo General del Notariado, 2006.

Garrido Melero, Martín, *Derecho de sucesiones,* Marcial Pons, 2000.

Jou Mirabent, Lluís, *La legítima* en "Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña", Bosch 1994.

Miquel González, José María, *La preterición,* en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Thomson-Civitas 2003.

— *Comentario al art. 814 CC* en "Comentarios a las reformas del Derecho de Familia", Civitas 1984.

O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Comentario al art. 814* en la obra "Comentario del Código Civil", dirigido por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, 2000.

Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil,* Bosch, 1991.

Ragel Sánchez, Luis Felipe, *Comentario al art. 814 CC,* en "Comentarios al Código Civil" dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch y CGN, 2013.

Rivas Martínez, Juan José, *Derecho de sucesiones común y foral,* Dykinson, 2004.

Roca Trias, Encarna, en Institucions del Dret Civil de Catalunya, Tirant lo Blanch, 1998.

Torres García y Domínguez-Luelmo, *La legítima en el Código Civil*, en "Tratado de legítimas" (Torres García, coord.), Atelier, 2014.

Vallet de Goytisolo, *Panorama del Derecho de sucesiones,* Civitas, 1982.

Vivas Tesón, Inmaculada, *Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria: revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición, sus clases y efectos,* RCDI nº 742 (marzo-abril de 2014).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

¿INCAPACITACIÓN VS. PERSONS WITH DISABILITY… O VICEVERSA?

Gabriel García Cantero
Catedrático emérito de Derecho civil

SUMARIO

1. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL TEMA ABORDADO

2. LAS ACTAS DEL CONGRESO DE ZARAGOZA (2012)
   A) Introducción o presentación del tema por la Coordinadora del volumen
   B) Ante la implementación de la Convención de la ONU de 2006: ¿Reforma o ruptura?
      a) Posición del Prof. Martínez de Aguirre sobre discapacidad psíquica: Compatibilidad del sistema español con las reglas de la Convención de 2006. Su ulterior monografía sobre el tema : *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal* (2014)
      b) García Cantero, *Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad*
      c) Derecho comparado: Francia, Italia, Alemania
   C) Tutela y curatela: Problemas de funcionamiento en Derecho español
      a) Regina Garcimartín Montero, *La designación judicial del guardador legal*
      b) Marta Chimeno Cano, *Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal*
      c) Legerén Molina, *El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas*
      d) Sanaú Villarroya, *Las Fundaciones tutelares como guardadoras*
      e) María Frontera Sancho y Gómez Bahíllo, *Un estudio sobre la necesidad de reconocimiento, protección y apoyo a las personas con inteligencia límite*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

D) Otras figuras de guarda y protección de las personas con discapacidad
   a) M.ª Victoria Mayor del Hoyo, *Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención.* Su ulterior monografía sobre *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad* (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar) (2013)
   b) M.ª Ángeles Parra Lucán: *La guarda de hecho de las personas con discapacidad*
   c) Fuertes Rocañín, *Patologías psiquiátricas y tratamiento involuntario*
   d) M.ª Jesús Germán Urdiola, *Tratamiento ambulatorio involuntario e internamiento involuntario*

A MODO DE CONCLUSIONES

1. PERSPECTIVAS Y VARIABLES DEL TEMA ABORDADO

De entrada conviene advertir que el tema central de esta recensión se ha ido desarrollando en la literatura especializada española desde hace varios años, y, recientemente, se ha actualizado y potenciado en diversas publicaciones, sorprendiendo un tanto, por ello, que un reciente trabajo hable de la existencia a modo de una "muralla china" o "línea Maginot" que ha impedido hasta ahora, e impide todavía –se piensa–, la fluida comunicación científica entre buena parte de la doctrina civilista y los propugnantes de una interpretación que se autocalifica de progresiva y plenamente adherente al Convenio aprobado por la ONU en 2006 sobre el tratamiento de las personas con discapacidad; tratado internacional, por cierto, ratificado por España sin reserva alguna. Extraña –a mi juicio– tal situación de incomunicación científica, radicalmente incomprensible en nuestro país, *hic et nunc*, cuando parece que habíamos penetrado ya, sin complejos, en pleno siglo xxi (1). Interesado personal-

(1) Se trata del muy documentado trabajo del Notario García Pons, *El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mente en el mismo, trataré en esta recensión de divulgar actividades y publicaciones en las que también he tenido alguna personal participación, procurando la mayor objetividad para que las, –solo en apariencia, a mi modo de ver–, posturas irreductibles existentes entren finalmente en fecundo diálogo.

El concreto punto de partida será el Congreso internacional celebrado en Zaragoza durante los días 18 y 19 de octubre de 2012, bajo el enunciado *La reforma de los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad intelectual tras la Convención de Naciones Unidas.* Los trabajos ahora reunidos constituyen una parte

---

Estados signatarios: el caso de España, ADC, 2013*,* p. 59 ss. Es imposible resumir en una simple nota su rico y denso contenido, la acumulación de argumentos encaminados a demostrar los éxitos parciales de la estrategia empleada hasta ahora y dirigida a lograr el triunfo de la interpretación que el autor sustenta del art. 12 del Convenio, y los pronósticos de futuro en relación con su aceptación por nuestro país. Señala –a su juicio– como *punctum ardens* el siguiente dilema: "¿Continúa siendo válida después de la Convención la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la persona?; ¿acaso la Convención ha unificado ambas en el concepto de *capacidad jurídica*, sin que sea ya posible la separación entre aquellos conceptos clásicos, en gran parte basada en motivos discriminatorios referentes a la discapacidad?" (*ibidem,* p. 69). El autor sostiene que los cimientos sobre los que se asienta la mencionada distinción han sufrido una seria sacudida a raíz de la Convención, pues el término *capacidad jurídica* se refiere sin más a la capacidad de actuar en derecho de la persona con discapacidad, pues su cualidad de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas está contemplada en el término *personalidad jurídica*, inherente a la persona y que forma parte de sus derechos humanos inalienables. Así podría mantenerse que la *capacidad jurídica* que menciona el art.12 abarcaría tanto la capacidad de goce como la de ejercicio (*ibidem,* p. 72 s.). Sigue paso a paso la zigzagueante y, en ocasiones, caótica legislación de adaptación del Convenio a nuestro Derecho interno, y después del incumplimiento del plazo inicial de un año, a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2011, se muestra más bien pesimista en lo referente a la adaptación de la legislación civil y procesal, y en concreto a su emblemático art. 12, ya que se deja, si no *ad calendas graecas,* sí para un futuro indeterminado o *sine die* (*ibidem,* p. 110). No deja de mencionar el Informe de 2012 del Comité de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad, que expresa su preocupación de que España no haya tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica, si bien reconoce el que tal Informe carece de fuerza normativa (*ibidem*, p. 118 ss.). Admite que la adaptación legislativa a la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

significativa del resultado de la investigación desarrollada por los integrantes del Grupo consolidado de investigación *Ius Familiae* –en el que no participo–, dirigido por el Prof. Martínez de Aguirre, que previsoramente inscribe en su enunciado: *La tensión entre la promoción de la autonomía personal y la necesidad de instrumentos de salvaguardia de la persona con discapacidad: a la búsqueda del equilibrio necesario.*

Pero dado que al poco tiempo de publicarse las Actas de aquel Congreso, una de sus participantes vino a tratar monográficamente el tema que antes había desarrollado con mayor brevedad, me ha parecido conveniente ocuparme asimismo, por separado, del estudio de Mª Victoria Mayor del Hoyo, "*Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad* (Desamparo, Intervención de las entidades públicas y Acogimiento familiar)", elaborado en el seno del mismo Grupo consolidado, y publicado en 2013.

Convención onusina se ha ido realizando progresivamente, al menos hasta principios del año 2013, en un terreno legislativo distinto del Derecho civil, salvo contadas y puntuales excepciones, atribuyendo seguramente la causa a la dificultad de llevar a cabo una profunda reforma en el CC, lo que resulta a su juicio extremadamente delicado. Pero ello, a su juicio, no supone una coartada para la inacción de los organismos que deberían efectuarla. Afirma la existencia de dos causas que han contribuido a incrementar la dificultad de la adaptación legislativa de la Convención en el ámbito del Derecho civil, a saber, el tradicional carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, y por otra *las aparentes dificultades de comunicación entre la doctrina civilista y el mundo de la discapacidad, representado fundamentalmente por las asociaciones de personas y de familiares de personas con discapacidad* (*ibidem,* p. 121) Nota del recensor: Me parece un juicio un tanto ligero y apresurado. Mi maestro el Prof. Don Ignacio Serrano y Serrano, fallecido a los 95 años, durante muchos años de su vida activa presidió eficazmente en Valladolid no pocos Patronatos de Asociaciones de personas que hoy denominamos discapacitadas, y también su hijo, mi querido colega Ignacio Serrano García, ha continuado su ejemplo implicándose en tareas científicas y gestoras de dichos entes. Me consta de varios Profesores de Derecho civil que cuentan entre sus familiares próximos a discapacitados –(lo que mencionar aquí podría herir su sensibilidad–). El autor hace luego una incursión doctrinal desde la teoría formalista de la capacidad a la teoría realista de la misma, a la que se adscribe, y le permite sentar las bases de la doctrina de la capacidad legal suficiente. Contrapone el *diálogo civil* de las Asociaciones y el –a su juicio *non nato–,* diálogo en el Derecho civil. Finaliza con unas detalladas conclusiones (*ibidem,* p. 140-143).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A maioribus era obligado recensionar *expressis verbis* la nueva publicación del prof. Martínez de Aguirre, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal,* aparecido en 2014, en la que amplía, completa, desarrolla y enriquece el contenido de su Ponencia en Zaragoza; siendo de notar que, sin mencionar expresamente en el mismo el aludido trabajo de García Pons –muy probablemente por razones puramente cronológicas–, viene a responder, de hecho, a no pocos de las interrogantes del último, replanteando adecuadamente la problemática que entre nosotros ha originado, *velis nolis,* el art. 12 del Convenio (en adelante CDPD), ofreciendo conclusivamente razonables –a mi parecer– propuestas de solución. ¿Sería ilusorio confiar en que ese *diálogo de sordos* en que este último viene a resumir el *status quaestionis*, se sustituya rápidamente por un fructífero intercambio de contrastantes y razonados pareceres?

En abstracto cabría pensar que, originada la controversia en 2006, el tiempo transcurrido hubiera llegado a polarizar hasta tres posibles actitudes que simplificadamente cabría así describir: 1. *Nihil innovetur.* Pero nadie que posea alguna relevancia en el mundo jurídico la propugna actualmente entre nosotros. El unamuniano *¡que inventen ellos!* es radicalmente incompatible en el ámbito jurídico con la mundialización. 2. *Totus innovetur.* Se comprende que el nuevo texto onusino suscitara inicialmente grandes entusiasmos y adhesiones, sobre todo en el mundo sufriente y abnegado que, en no pocos países, está padeciendo las consecuencia de la discapacidad, y su entorno familiar. La constatación de lo ocurrido, en otros ámbitos, con algunos textos internacionales parecería aconsejable patrocinar en este terreno posturas singularmente realistas, sin perjuicio de aspirar a lograr la mayor efectividad de los textos aprobados. De ahí que, frente a posturas maximalistas, acaso puedan prevalecer posturas que cabría calificar de intermedias: 3. *Aliquid innovetur*. Posición en la que pueden concurrir variedad de actitudes, siempre que, en cualquier caso, el operador jurídico haya captado en su plenitud la situación de las personas discapacitadas [no se trataría meramente de *salir del paso* con alguna proclamación grandilocuente o bien realizando grandiosas promesas de incierto cumplimiento (2)]; lo que, en definitiva, constituye el *novum* del CPDP, que, –conviene

(2) Como denuncia García Pons, *op. cit.* p. 112.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

destacarlo–, como en el caso español, ya había sido asimilado por nuestro legislador constitucional en 1978, y también por algunas posteriores leyes ordinarias de naturaleza civil, social y administrativo, que ahora tienen una oportunidad única de ser culminadas cumpliendo con todos los requisitos constitucionales del Estado social y democrático de derecho, como enuncia el art. 1.º CE.

2. LAS *ACTAS* DEL CONGRESO DE ZARAGOZA (2012)

Habiendo proliferado últimamente entre nosotros la celebración de una gran variedad de Congresos jurídicos de temática muy variada, parece oportuno contribuir a la difusión de algunas de sus logros y aportaciones científicas, –entre otros medios–, mediante recensiones de extensión parangonable a su importancia, contando siempre con la benevolente colaboración de la RDNot (3).

La estructura de estas *Actas* publicadas ofrece cierta originalidad, pues, además del prólogo introductorio (p. 7-11), la materia se divide en tres grandes apartados –no los denomina capítulos–, cuya característica más destacada es la generalidad con que se enuncian: I. El sistema de guarda legal de las personas con discapacidad: ¿reforma o ruptura? (p. 15-94) II. Tutela y curatela: Problemas de funcionamiento (p. 95-190). Y III. Otras figuras de guarda y protección de las personas con discapacidad (p. 191-284). Hay un total de catorce contribuciones, –una de las cuales se debe a dos autores–, que aparecen equitativamente distribuidas en cada apartado (cinco, cinco y cuatro, respectivamente).

A) Introducción o presentación del tema por la Coordinadora

Con breves pinceladas, llenas de buen sentido jurídico y amplios conocimientos sociológicos de nuestro país, acumulados a lo largo de no pocos años de dedicación al tema, la Coordinadora Profesora D.ª Sofía De Salas Murillo, describe en el *Prólogo*, el marco legal

(3) Se trata del siguiente volumen: VVAA, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas.* Coordinadora y Prólogo: Sofía De Salas Murillo. Colección "Monografías de Derecho civil". 1. Persona y familia. Dykinson, Madrid 2013, 284 pp.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

general con que España acoge –o, más precisamente– se dispone a afrontar la incorporación a nuestro ordenamiento del Convenio de 2006:

"Cuando estas páginas vean la luz, se habrán cumplido treinta años de vigencia de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, por la que se reformó el CC en materia de tutela. Treinta años en los que el sistema de tutela de autoridad instaurado por aquélla ha dejado ver sus luces y sus sombras, funcionando razonablemente bien en muchos casos, y en otros –los menos, pero en un tema tan sensible, que el número que sea menor no compensa lo negativo de los efectos–, de forma tristemente insuficiente, cuando no entorpecedora del funcionamiento de las figuras de guarda respectivas.

A lo largo de estos años hemos presenciado un esfuerzo importante de muchos jueces y fiscales, figuras clave en el sistema de tutela de autoridad, así como una tendencia a la especialización institucional que se materializa, por una parte, en la creación en algunas capitales de provincia de Juzgados especializados en materia de tutelas, y por otra, en tendencias similares en las Fiscalías (...).

En contrapartida, objetivos como la graduación de la incapacitación, línea marcada por la Ley 13/1983 (reflejada en el art. 760 Lec, que reproduce los términos del derogado art. 210 CC), no se han conseguido en la práctica, bien por las inercias presentes en muchos Juzgados de optar entre la plena capacidad y la incapacidad absoluta para gobernar su persona y bienes (o como mucho, una incapacidad parcial pero absoluta para administrar los bienes), bien por la convicción de algunos jueces de incapacitaciones de que el detalle excesivo de la sentencia puede entorpecer el desempeño de la tutela, perjudicando en definitiva, al incapacitado. O bien, sencillamente, por la falta de tiempo y medios del aplicador del Derecho. A su vez, los cambios sociales y laborales han provocado un incremento de aceptación de excusas de los familiares para ejercer los cargos tutelares, con la consiguiente sobrecarga, o más bien, desbordamiento de las instituciones tutelares públicas. No obstante, diversas Fundaciones Tutelares privadas han salido al paso de esta situación, cumpliendo un decisivo papel en este punto.

Junto a eso, los operadores jurídicos implicados y los que ejercen estos cargos tutelares han llamado la atención sobre problemas

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

como la limitación de la curatela (...), o la complicación y lentitud para autorizar la venta de determinados bienes del tutelado, por poner solo algunos ejemplos.

(...L)a Ley de enjuiciamiento civil del año 2000 mejoró algunos aspectos desde el punto de vista técnico, al regular como uno de los procesos especiales imprescindibles, el relativo a la capacidad, junto con los de filiación y matrimoniales (...).

Vigentes estas dos Leyes, ha tenido lugar un hecho de importancia capital: la aprobación en el año 2006 de la Convención de N.U. de los derechos de las personas discapacitadas, y la ratificación por España tanto de dicha Convención (el 23 de noviembre de 2007 [BO núm. 96, de 21 de abril de 2008] como de su Protocolo opcional (BO núm. 97 de 22 de abril de 2008), que ha marcado un hito en el enfoque de todas las cuestiones referidas a la modificación de la capacidad de obrar y a los mecanismos de guarda legal de las personas con capacidad modificada.

En este marco, la adecuación de nuestro Derecho a las previsiones de la Convención ha generado propuestas como la formulada por el MF en el proceso judicial resuelto por la STS de 29 abril de 2009 (Sala 1.ª, Ponente E. Roca Trías), cuando afirma que la aplicación de la Convención de NU de 2006 supone que: *(Y)a no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta (FJ 3.º)* (...).

La actividad legislativa ha respondido a este hito normativo internacional, y no sólo con medidas concretas, sino adoptando una concepción que impone la proclamación como *derecho subjetivo de ciudadanía* del derecho a la promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, proclamación efectuada en la Ley 39/2006 de 14 diciembre.

Partiendo de estos enfoques, nuestro legislador ha seguido trabajando, y así la Ley 1/2009 adoptó medidas concretas de publicidad de las modificaciones judiciales de la capacidad de obrar y de sus correspondientes regímenes de guarda legal a través del Registro civil. No obstante, las aspiraciones de dicha norma son más amplias, dado que persigue un objetivo largamente anhelado por los sectores implicados: la coordinación entre todos los Registros civiles, y a su vez, entre éstos y otros organismos que de alguna forma, dan razón o noticia de estas situaciones. Proceso que, formalmente, finalizó con la reforma del Registro civil, sobre la base de un folio personal,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

materializada en la Ley 20/2011. Además, la Ley 1/2009 (4) había tratado de mejorar algunas de las disfunciones que se producían en los patrimonios especialmente protegidos de las personas con discapacidad, figura ésta que fue introducida en nuestro ordenamiento por Ley 41/2003.

Esta previsión –concluye la autora–*, unida a las opiniones doctrinales que han ido formulándose acerca de los cambios que es preciso introducir en nuestro ordenamiento a la luz de la Convención, así como a la labor de los tribunales (de la que es buen ejemplo la ya citada STS) y a los cambios legales ya producidos o anunciados, hacen más urgente la* ***reconstrucción del sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*** *(énfasis del recensor)****,*** *de forma que se logre el adecuado equilibrio entre la promoción de su autonomía personal y las instituciones de salvaguardia (terminología usada en este extremo por la Convención en el art. 12) dirigidas a apoyarles.* (5)

---

(4) Tema al que la autora dedicó una madrugadora y puntual monografía (*La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil,* Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, que tuve la satisfacción de recensionar en RCDI, nº 729, enero-febrero, 2012, p. 663-667.

(5) Después de este párrafo que parece configurarse como conclusivo de su prólogo, la autora desciende, incluso, a enumerar reformas concretas que, a su juicio, debieran ser abordadas:

"La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa, modifica numerosas leyes en aras a dicha adaptación, pero *no entra en aspectos jurídico-privados* [subrayado del recensor], lo cual es indicio de la complejidad de la cuestión y de lo delicado de su tratamiento. Y en concreto no entra en la posible reforma de los procedimientos de incapacitación judicial (ahora denominados *procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*), imperada por la Disp. Final 1.ª de la Ley 1/2009, por la que se instaba al Gobierno, a que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, remitiera a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre este punto (...). Todo el sistema de figuras de guarda legal, bien ligadas a la modificación de la capacidad obrar, bien independientes de dicha modificación. Tutela y curatela en especial, pero también otras figuras como la asistencia, así como medidas de protección –como el debatido tratamiento ambulatorio involuntario–, reclaman urgentemente una tarea de estudio y reflexión para, al hilo de su adecuación a la Convención, mejorar sus deficiencias, redescubrir sus potencialidades y adaptarlas, en definitiva a las necesidades de una sociedad envejecida, en la que se multiplican los casos de guarda y asistencia a los mayores con deterioro cognitivo" (*ibidem,* p. 9 y s.).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El enunciado de la parte primera de las *Actas* resulta sumamente indicativo de la orientación de las aportaciones que alberga y atrae inmediatamente el interés del lector, pues la tajante disyuntiva de ¿reforma o ruptura? es la que medularmente plantean la mayoría de los autores intervinientes en el debate.

a) En primer lugar se ofrece la ponencia debida al Prof. Martínez de Aguirre, *El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (6). Ocurre, sin embargo, que el mismo autor ha publicado más tarde una monografía con idéntico o parecido enunciado (7), cuyo contenido *in nuce* se encuentra realmente en aquélla, (aunque puedan registrarse además aclaración o matización de algunas cuestiones, o introducción y profundización de nuevas perspectivas) por lo cual parecería más adecuado exponer aquí el contenido de la segunda obra que casi sextuplica la extensión de la primera (8).

Con toda precisión el autor delimita el objeto de estudio: *Tratamiento legal de la situación de las personas con discapacidad psíquica (incluyendo tanto la mental como la intelectual*), de modo que se trata de determinar en que medida las reglas del CC y de la Lec relativas a la incapacitación y a los mecanismos de guarda y protección de los incapacitados son compatibles con la Convención de 2006, y,

(6) *Op. cit.* p. 15-40.

(7) *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal,* The Global Law Collection, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, 154 pp.

(8) En la presentación de la monografía el autor invoca también su precedente trabajo *Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales,*en Sofía De Salas Murillo (coord.), "Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad" (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 187 ss.). En aquélla Martínez de Aguirre, resume su actual propósito diciendo que :"Pretendo ahora revisitar (*sic:* anglicismo jurídico de dudosa utilidad, a juicio del recensor) el tema abordado en ambos trabajos, y ofrecer a partir de ellos una visión a la vez de conjunto pero más detallada, que permita llegar a nuevas conclusiones y propuestas, relativas sobre todo a la *reconstrucción del sistema legal de apoyo o protección* (como veremos, las palabras no son indiferentes) a las personas afectadas por una discapacidad psíquica" (*El tratamiento etc.,* cit., p. 13).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en su caso, en qué sentido habrían de ser modificadas para adecuarse a ella (9). Después de exponer brevemente las reglas de nuestro sistema, sintetiza así los aspectos más relevantes de la CDPD (10): i) La proclamación como principios generales, del respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad psíquica, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas (art. 3.a), así como del derecho a participar plena y efectivamente en la vida social (art. 3.c). ii) El reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen *capacidad jurídica* en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (art. 12.2), así como el establecimiento a cargo de los Estados firmantes de la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 12.3). Y iii) La imposición a los Estados firmantes de la obligación de asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos; tales salvaguardias han de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona afectada, deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, y han de ser revisables (art. 12.4). De esta suerte, las ideas clave son: respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, apoyo para el ejercicio de dicha autonomía y salvaguardias legales para evitar abusos.

Con notable esfuerzo de síntesis, el Prof. Martínez de Aguirre en relación con la cuestión planteada afirma que se han propuesto básicamente dos interpretaciones: la primera declara la incompatibilidad de buena parte de nuestro sistema –por no decir todo– con las reglas del CDPD y, en consecuencia, la necesidad de revisarlo en su totalidad; la segunda entiende que ambos sistemas son compatibles

(9) Advierte que terminológicamente utilizará preferentemente la expresión *personas con discapacidad*, mejor que *discapacitados,* a fin de evitar las connotaciones peyorativas que en ocasiones se asocian con este último término. Sin embargo no cree que el debate deba centrarse básicamente en las palabras que deben ser empleadas o no, pues el Diccionario de la RAE muestra que el último término carece de contenido peyorativo. Más adelante profundizará en este aspecto.

(10) *El tratamiento etc.,* cit., p. 18 s.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

y que nuestro Derecho no precisa de reformas en profundidad, sino todo lo más de adaptaciones puntuales (11).

La primera interpretación se funda en el llamado *modelo social de la discapacidad*, el cual entiende, en palabras de Cuenca Gómez (12), "que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia –como sostiene el modelo médico– sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan" (13). Tal colisión se produciría en dos ámbitos diferentes, pero estrechamente relacionados; capacidad jurídica y de obrar, y los hasta ahora llamados procesos de incapacitación e instituciones de guarda de los incapacitados.

Hasta la fecha, los conceptos de capacidad jurídica y de obrar así como la distinción entre ambos, habrían sido considerados como una cuestión técnica, abordada tradicionalmente desde el punto de vista exclusivo del Derecho Privado, de acuerdo con sus propios principios y necesidades; estos a su vez, se encontrarían ligados a la participación en el tráfico patrimonial y a la seguridad de este tráfico. Frente a ello se sostiene que el estudio de la capacidad jurídica y de obrar debe ser abordado básicamente desde el punto de vista de los derechos humanos, que es, justamente, la de la Convención.

Aunque aparentemente el sistema español de restricción de la capacidad de obrar no depende de la discapacidad, sino de la ausencia de capacidad natural de autogobernarse, en realidad es la propia discapacidad, su tipo y su gravedad evaluada conforme a parámetros netamente médicos, el único criterio que parece tenerse en cuenta para determinar su concurrencia. De este modo, la regulación de las causas de incapacitación en la legislación española parece tener la intención y desde luego despliega el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad. Estaríamos ante una

(11) *El tratamiento etc.,* cit., p. 19 ss.

(12) Siguiendo a Cuenca Gómez, *El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad; principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española*, Rev.electrónica de Derecho de la Univ. de La Rioja (REDUR), 10/2012, p. 71.

(13) Sucinta, pero valiosa información bibliográfica sobre este novedoso *modelo social de discapacidad*, en *El tratamiento, etc.,* cit. en p. 21, nota 9.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

discriminación basada indirectamente en la discapacidad, que contravendría la prohibición de discriminación contenida en el art. 5 de la Convención.

Con base en el art. 12 CDPD, se sostiene que la Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de ahí, proporcionando los mecanismos de apoyo adecuados, garantiza a la persona con discapacidad, su plena capacidad para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

En lo relativo a los procesos de incapacitación, y a las instituciones de guarda del incapacitado, el sistema español es enjuiciado críticamente, por entender que no responde, e incluso contradice, las reglas establecidas por la Convención las cuales exigirían resumidamente (14): a) La opción por un sistema de apoyo a la toma de decisiones por la persona con discapacidad, en lugar de en favor de un sistema de sustitución de la voluntad del discapacitado/incapacitado por la de un tercero que actúe en su nombre (15), lo que no excluiría necesariamente la posibilidad, en los casos más extremos y con carácter excepcional, de acciones puntuales de sustitución. Nuestro actual sistema en su aplicación práctica adolecería de un recurso excesivo a la incapacitación total y a la tutela, como respuesta judicial más habitual frente a situaciones de discapacidad psíquica (en lo que coincidirían algunos autores de la dirección civilista). b) El respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad a la hora de tomar decisiones respecto a ella o a su esfera jurídica, con fundamento en el art. 13 CDPD. Frente a lo cual se alega que nuestro sistema no prevé la actuación conforme a las preferencias del incapacitado, ni le involucra en la toma de decisiones, de forma que el respeto a su voluntad no estaría garantizado (16).

---

(14) *El tratamiento, etc.,* cit., p. 23 ss

(15) Amplia bibliografía en que se sustenta, en *El tratamiento, etc.,* cit., p. 24, nota 16.

(16) En este punto, Martínez de Aguirre, *El tratamiento, etc.,* cit. p. 26, anticipa su opinión, mostrando disconformidad con el pronóstico de incompatibilidad entre ambos sistemas, pues, a su juicio, falta claridad y consenso acerca de las reformas necesarias, más allá de afirmaciones más o menos generales, y de propuestas concretas que no han encontrado suficientes consensos (así, generalización de la curatela, o de la guarda de hecho, o introducir genéricamente planes de apoyo personal para las personas

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La segunda interpretación sostiene (énfasis añadido con el empleo de la negrita) la **compatibilidad de la regulación española** (*id est*: el sistema vigente antes de 2006) **de la regulación española con las reglas de la Convención**, con base en las consideraciones siguientes (17): a) En lo relativo a la diferencia entre capacidad jurídica y de obrar, se entiende que el mantenimiento de la distinción es compatible con la CDPD, y reconducible a su art. 12, cuyo número 2 se referiría a la capacidad jurídica, mientras que su número 3, al hablar del *ejercicio de su capacidad jurídica, estaría aludiendo a la capacidad de obrar*; b) En lo atinente a la incapacitación, y a los mecanismos de guarda de los incapacitados, señala la STS de 29 abril 2009 (FD 5.º), que el problema consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en que falta la capacidad para entender y querer, partiendo de la base de que la privación de todos o parte de los derechos que ostenta una persona con discapacidad psíquica sólo puede adoptarse como un sistema de protección. Precisamente la necesidad de protección derivada de la falta de entendimiento y voluntad justificaría la adopción de medidas específicas relativas a dichas personas con discapacidad psíquica; se trataría de sistemas de protección, y no de exclusión, que no entrañarían discriminación. Con base en la aportación de M.ª Carmen Gete-Alonso (18), entiende que el art. 200 CC contiene una única causa real de incapacitación (la falta o deficiencia de juicio de manera permanente) cuya "formulación legal es suficientemente amplia como para dar cabida a todas las situaciones y lo suficientemente estricta para garantizar los derechos de las personas", de manera que las enfermedades o defectos físicos o psíquicos no actuarían por sí solos como causa de incapacitación. Tampoco habría discriminación, en este planteamiento, desde el punto de vista de la

---

con discapacidad, o incorporar medidas tuitivas más flexibles, capaces de incluir a las personas afectadas por una discapacidad psíquica leve, que en la regulación vigentes quedarían fuera del sistema de protección, al estilo de la *amministrazione di sostegno* italiana o de la asistencia recientemente introducida en derecho catalán).

(17) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 27-31.

(18) *Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad,* en VVAA (Dir. M.ª Carmen García Garnica "Estudios sobre dependencia y discapacidad", Thomson-Reuters Aranzadi, 2011, p. 56 ss.).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

titularidad de los derechos y destacadamente de los de la personalidad, ya que la persona incapacitada ostenta los mismos derechos que cualquiera otra. Lo que resultaría afectado es su ejercicio, pero se ha subrayado cómo, precisamente desde este punto de vista, la incapacitación es beneficiosa para el incapacitado, ya que le va a facilitar el ejercicio de los derechos de que es titular, y que no podría ejercitar por sí sólo (19). Desde esta perspectiva, la incapacitación no debería ser considerada como una institución odiosa, sino que sería perfectamente compatible con el respeto a la dignidad de las personas. La necesidad de intervención judicial para declarar las incapacidades es una garantía para el incapacitado, con cuya previsión se cumplen las exigencias de la Convención en este punto (20); c) La regla de proporcionalidad de las medidas de apoyo contenidas en el art. 12.4 CDPD se cumplen también en el Derecho español a través de los arts. 215 Cc. y 760.1 Lec (21). En cuanto a las instituciones de guarda, se subraya que la tutela es un mecanismo razonable cuando, como consecuencia de la discapacidad intelectual o mental, la capacidad natural de conocer y querer de una persona es casi inexistente; d) Advierte finalmente que no pertenecen propiamente al sistema en sí sino a su aplicación práctica los problemas derivados del fácil recurso judicial a fórmulas rígidas y estereotipadas, que provocan un uso excesivo de la incapacitación total y de la tutela como mecanismo de representación legal (22), aunque se reconoce que también hay una creciente preocupación de los tribunales por especificar en cada caso el alcance de las restricciones a la capacidad de obrar que se establecen, acentuada especialmente

(19) Así Elósegui Sotos, *Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal,* en VVAA, "Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad" (Coord. Sofía De Salas), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 249.

(20) Así De Amunátegui Rodríguez, *Incapacitación y mandato,* La Ley, Madrid 2008, p. 72.

(21) De Pablo Contreras, *La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, en VVAA "Comentarios a las sentencias de unificación de la doctrina (Civil y Mercantil)", vol. 3.º, año 2009 (Madrid 2010), p. 569.

(22) Álvarez Lata-Seoane, *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad,* "Der. Priv. y Const." 24 (2010), p. 13.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en las resoluciones más recientes. Resulta evidente que en tanto no se corrijan generalizadamente esas prácticas, se produce un importante alejamiento entre el sistema tal y como lo diseña la ley y su *aplicación* práctica, rígida y estandarizada (23).

Después de la exposición del conflicto, advierte preambularmente (24) que aunque ha hablado reiteradamente de *sistema* español de protección de personas con discapacidad en general, el término sólo puede entenderse en sentido aproximativo, ya que la realidad legal en esta materia adolece de falta de claridad, solapamientos y lagunas, de manera que es difícil presentar un cuadro sistemático y ordenado, simplemente porque no existe como tal. Lo que hay es una pluralidad de enfoques y remedios, que se solapan confusamente, en función de las necesidades a que en cada caso se trata de dar solución. Un intento de unificar y reordenar la materia pero solo en su vertiente más pública o asistencial –a partir del establecimiento de principios y definiciones generales, ha sido hecho recientemente por el legislador a través del TR de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RDLegislativo 1/2013, de 29 noviembre).

La *cuestión terminológica* es importante, pero no esencial. Hay que ser consciente de que el cambio terminológico por sí solo no resuelve los problemas de discriminación, ni debe ser usado como una coartada que encubra la ausencia de medidas eficaces contra ella. El problema es de la actitud de las otras personas y de la sociedad ante las personas con discapacidad. De ahí la importancia de realizar una labor de pedagogía social que lleve a modificar esa percepción.

La discapacidad puede afectar a las capacidades intelectuales o mentales, a las capacidades sensoriales, o a las capacidades físicas de una persona (25). Todas ellas interesan al Derecho, todas presentan retos a los que la sociedad ha de hacer frente pero es también cierto que no son equiparables entre si. Desde el punto de vista del Derecho privado, las discapacidades que más interesan son las atinentes a la capacidad natural de autogobierno, porque ellas son las que afectan a las posibilidades de participar activamente en la vida jurídica (principalmente a las psíquicas y en menor grado o

(23) Martínez de Aguirre, *El tratamiento, etc.,* cit. p. 30.
(24) *El tratamiento etc.,* cit. p. 33, nota 1.
(25) Amplio desarrollo, en *El tratamiento, etc., op. cit.* p. 34-39.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

excepcionalmente a las sensoriales o físicas que habitualmente no afectan a la capacidad natural de conocer y querer). Homogeneizar el tratamiento el tratamiento jurídico de unas y otras discapacidades puede provocar distorsiones, y sobre todo falta de adecuación del mismo a las peculiaridades de algún tipo concreto de discapacidad. La heterogeneidad afecta igualmente a las discapacidades síquicas, que son muy diferentes entre sí por su origen (de nacimiento o sobrevenidas), por su evolución (reversibles o irreversibles, mejorables o no mejorables, progresivas o regresivas...), y sobre todo por el nivel de intensidad en la afección a la capacidad de conocer y querer. Todo ello influye en los mecanismos de apoyo que deben ser lo suficientemente amplios y flexibles con independencia del origen, evolución o intensidad de la discapacidad. Además, todas las discapacidades tienen una base anatómica, orgánica o psicológica claramente identificable, que hace de ellas un dato de hecho, una parte de la realidad de la persona afectada por ellas, y no una mera construcción social. Citando a Álvarez Lata y Seoane, afirma en relación con el modelo social que "su omisión de las causas médicas u orgánicas de la discapacidad y su reducción a los factores sociales resulta contraintuitiva y deforma la realidad" (26). Aclarando que no quiere decirse que la sociedad no tenga ninguna responsabilidad o ningún papel: al contrario, puede y debe contribuir decisivamente a minimizar las consecuencias de esa deficiencia. Además, la dignidad de la persona afectada por cualquier discapacidad no depende de esa deficiencia, sino que deriva simplemente de que es un ser humano, que es valioso por sí mismo con independencia de sus capacidades (o discapacidades) físicas, sensoriales o psíquicas.

Indaga luego los retos que la discapacidad plantea al derecho privado (27). En primer lugar el autor menciona el de determinar si la persona afectada por una discapacidad puede tomar decisiones conscientes y libres, en lo relativo al gobierno de su persona e intereses, tal como contempla o presupone el art. 200 CC cuando dispone que "son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma", y subyace en el art. 2.1 de la

(26) Álvarez Lata-Seoane, *El proceso de toma de decisiones etc*, cit. p. 15 (*El tratamiento, etc.,* cit. p. 38, nota 8).

(27) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 39-46.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ley 39/2006 (LDep.) que entiende por autonomía "la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencia propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria". Normas que deben completarse con la Ley 1/2009, de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y la Ley 41/2003 sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad. En segundo lugar, en qué medida una persona con discapacidad no puede realizar los actos antes descritos; a ello responden los arts. 2.2 y 2.3 LDep cuando describen, respectivamente, la situación de la dependencia de la persona, y las actividades básicas de la vida diaria (28). Este problema puede afectar a discapacitados tanto físicos como sensoriales o psíquicos. Una persona dependiente en sentido legal puede tener capacidad natural de autogobierno (lo que ocurrirá en la mayor parte de la discapacidad física o sensorial), o puede no tenerla (lo que ocurrirá cuando la discapacidad es psíquica. Si no la tiene, será preciso recurrir a los mecanismos legales previstos en el CC y en la Lec. Si tiene capacidad de autogobierno, la solución pasa por ayudas personales de apoyo, y por la supresión de barreras de cualquier tipo que puedan impedir su plena participación en la vida social. El autor hace ver la diferencia en cuanto a efectividad, entre las medidas de apoyo o eliminación de barreras en el caso de los discapacitados físicos o sensoriales, y los mecanismos de protección de los discapacitados psíquicos. Mientras que con las primeras lo que se consigue es que el resultado sea una partici-

(28) El art. 2.2 LDep define la dependencia como "el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal". El art. 2.3. se ocupa de definir qué es lo que debe entenderse legalmente por actividades básicas de la vida diaria: "Las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pación personal plena, o casi plena, de la persona con discapacidad en la vida social, en los segundos, ello puede ocurrir en algunos casos, pero no en todos, y en algunos nunca podrá ocurrir. Todo ello en razón de la intensidad de la propia discapacidad psíquica (29). Por todo ello, la pretensión de dar un tratamiento conjunto a estos distintos tipos de discapacidad, si bien es acertada en sus aspectos fundamentales (igual dignidad, iguales derechos básicos), puede ser contraproducente cuando se trata de establecer las medidas u objetivos concretos; así, la eliminación de barreras físicas o sensoriales puede ser útil para las personas con discapacidades físicas o sensoriales, pero no lo es del mismo modo respecto a las afectadas por discapacidades psíquicas, entre otras razones, porque en algunos casos el problema no es de existencia de barreras, sino de la misma naturaleza de la discapacidad. Finalmente el autor aborda la tercera cuestión, de naturaleza patrimonial, consistente en determinar qué patrimonio hace frente a los gastos derivados, no solo a su discapacidad, sino en general a los de su vida ordinaria. Tradicionalmente el Derecho civil aporta las normas sobre alimentos entre parientes y las sucesorias, completadas ahora por la Ley 41/2003. Observa la descoordinación con las reglas del CC pues la noción de persona con discapacidad no coincide con el de incapacitado. Añádase la regulación del nuevo contrato de alimentos, la hipoteca inversa y el seguro de incapacitación. Apunta que una reforma de las reglas sucesorias del CC, introduciendo un nivel mayor de libertad y flexibilidad a la hora de poder decidir los particulares sobre el destino y organización de sus bienes *post mortem*, podría servir de cauce para solucionar

(29) *El tratamiento, etc,* cit., p. 42 ss. Después de exponer algunos casos concretos con finalidad pedagógica de la necesaria e imprescindible sustitución en algunos casos de la voluntad por el representante legal, lamenta que aquí radique el rechazo de la doctrina social por considerarlo incompatible con la promoción de la autonomía de la persona afectada por una discapacidad psíquica. Pero ello no puede ser fácilmente de otro modo. Lo que caracteriza a las discapacidades psíquicas más severas es que quien las sufre no es capaz de tomar decisiones, ni razonables ni no razonables, porque carece de la mínima capacidad de conocer y querer, y si no se habilita otro sistema, el resultado será perjudicial para el discapacitado, en su persona o en sus bienes.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

razonablemente algunos de estos problemas. El modelo de los Derechos civiles territoriales, que han inspirado claramente la reforma reciente del art. 831 CC puede ser muy útil a este propósito.

Enumera a continuación los *principios rectores del régimen jurídico de la situación de las personas con discapacidad psíquica, en relación con la capacidad de obrar* (30):

1. Como punto de partida la dignidad humana que corresponde por igual a todos los discapacitados y a quienes no lo son (arts. 10 CC y art. 3.a, CDPC). Dignidad consistente en ser valiosos por si mismos, y está ligada a la naturaleza humana, y no a la mayor o menor capacidad en cualquier ámbito. Especialmente en el caso de los discapacitados psíquicos más profundos, la dignidad humana tampoco está ligada a la posibilidad de ejercitar autónomamente las facultades intelectuales y volitivas. Así tanta dignidad tiene un bebé, como una persona con discapacidad psíquica profunda como una persona plenamente capaz. Incluso cabe decir que la igual dignidad, unida a la especial debilidad derivada del neonato, les hace acreedores en justicia de una especial protección.

2. Como afirma Goubeaux (31), "los derechos subjetivos, que constituyen ventajas concedidas a su titular, corren el riesgo de producir el efecto inverso, en detrimento de los más débiles. Es preciso evitar que, por impotencia de la voluntad, algunas personas abandonen sus derechos, así como es necesario impedir que otras comprometan su situación por decisiones insensatas". El ordenamiento debe intervenir, si bien " solo la necesidad de proteger a determinadas personas en virtud de sus circunstancias personales, justifica la existencia de limitaciones a la capacidad y de situaciones de in incapacitación" (32).

(30) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 47-51.

(31) *Les personnes*, en "Traité de Droit civil" (dir. GHESTIN), Paris 1989, p. 317. En *El tratamiento jurídico etc.,* cit. p. 48, núm. 1).

(32) M.ª Carmen Gete-Alonso y Calera*, La nueva normativa en materia de capacidad obrar de la persona* (Civitas, Madrid 1985) p. 12 (*El tratamiento etc.,* cit*.* p*.* 49. núm. 2*).*

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

3. El principio de proporcionalidad requiere que exista una correspondencia razonable entre la capacidad natural de conocer y querer, y la intervención legal sobre las posibilidades de actuación en la vida jurídica, incluido el eventual régimen de protección que pueda establecerse (invoca los arts. 10 y 49 CE, y el art. 12.4 CDPD). Los principios de protección y de libre desarrollo de la personalidad se complementan y se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar la regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exarcebada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad, ni dé a éste tanta amplitud que acabe de establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente en perjuicio del propio discapacitado psíquico.

4. La intervención legal sobre las posibilidades de actuación debe estar sujeta a cautelas dirigidas a asegurar que sólo se produce cuando es necesaria, y en beneficio del propio sujeto cuya capacidad de obrar se ve afectada. Esta necesidad de control plantea un nuevo problema de equilibrio entre las garantías fijadas a tal efecto, y la rigidez y lentitud en los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. En efecto, la rigidez, la lentitud y la complejidad de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar desincentivan que se acuda a ellos, y pueden tener la consecuencia de la radical desprotección de las persona afectadas por una discapacidad psíquica.

Sugestivo es el cap. dedicado a exponer las *posibilidades y límites de una consideración conjunta de la situación de menores y personas con discapacidad psíquica ante el Derecho civil* (33). Partiendo del paralelismo de situaciones se fija, sin embargo, en sus diferencias que sintetiza: 1. En la universalidad de la situación del menor, frente al carácter minoritario de las situaciones de discapacidad psíquica en mayores de edad, que se traduce en no ser precisa ni declaración especial ni control judicial de la limitación de la capacidad, y se manifiesta en la amplitud con que el art. 200 CC describe las causas de incapacitación, y la flexibilidad de contenidos posibles de la limitación de la capacidad en el art. 760.1 Lec, que caracterizan a nuestro Derecho común. 2. La homogeneidad, en general, de las etapas y grados del desarrollo humano, que son

(33) *El tratamiento etc.,* cit. p. 53-67.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

propias de la edad, frente a la diversidad de las discapacidades psíquicas. Lo que permite establecer un sistema general de progresiva adquisición de la capacidad de obrar en función de la edad (al modo del vigente Derecho aragonés), mientras que respecto de los discapacitados psíquicos es necesaria la comprobación personalizada de la capacidad natural en cada caso, en el marco de un procedimiento individualizado. 3. La temporalidad del estado del menor, que tiende por su propia naturaleza hacia la obtención de la plena capacidad, frente a la persistencia que caracteriza a muchas discapacidades psíquicas, que en muchos casos se presentan o cíclicas, o progresivas o reversibles. Así frente a un tratamiento homogéneo del menor, se presenta un tratamiento flexible, e individualizado del discapacitado. 4. El punto de partida difiere en ambos casos, pues mientras el menor se encuentra en una situación de limitación de la capacidad de obrar sea cualquiera el sistema de guarda que actúe en el caso de forma casi automática (patria potestad, tutela normal, tutela administrativa), sin embargo tratándose de una persona mayor afectada por una discapacidad psíquica, pero no incapacitada, su situación es de plenitud de capacidad de obrar y por tanto de plena autonomía, por lo cual precisa establecer garantías dirigidas a comprobar la existencia de una limitación real de su capacidad natural de autogobierno (34). 5. El incremento de personas afectadas por discapacidades psíquicas, como consecuencia de patologías ligadas a la vejez, y resultado del aumento de la esperanza de vida está teniendo consecuencias importantes, aunque no es etapa de paso obligado para todos los seres humanos a partir de una edad determinada, en lo que también difiere de la situación del menor de edad. Tratándose de una situación previsible permite que sea el propio sujeto, cuando está en el pleno uso de sus facultades intelectuales, quien organice preventivamente lo relativo al cuidado de su persona y bienes, y a la asistencia o representación, o quien predisponga mecanismos –temporales o definitivos– para cuando la discapacidad se manifieste (lo que enlaza con el principio del libre desarrollo de la personalidad). También difiere en cuanto al marco familiar de referencia vital, pues mientras el menor se inserta ha-

(34) Advierte sobre la falta de garantías que cabe detectar en el supuesto del apartado 3.º del art. 239 CC (*El tratamiento etc.,* cit. p. 61 s. y nota 11).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

bitualmente, desde su nacimiento, en un marco familiar preparado para acogerle, y el anciano que se encuentra crecientemente desinsertado de su propio marco familiar, dependiendo de otros núcleos familiares que no son estrictamente el suyo, y muchas veces no preparados para hacer frente a las necesidades de la tercera edad (y más cuando conlleva discapacidad), incluso contando con la mejor voluntad. Los sistemas de apoyo son, en este punto, cada vez más necesarios. Menciona las nuevas figuras de los llamados poderes preventivos, o la denominada autotutela (art. 223 CC, desarrollado por la Ley 41/2003).

Con cita en su pionero trabajo de 1992 (35), sostiene Martínez de Aguirre que el paralelismo inicial de las figuras de menores y de discapacitados se rompe en 1987, cuando mediante la Ley 21/1987, de 11 noviembre, se introduce en nuestro Ordenamiento civil un nuevo modelo de protección de menores, que denomina como *funcional o asistencial* frente al institucional (patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial), consistente en un conjunto de medidas, inicialmente no extensibles a las personas afectadas por una discapacidad. Se trata del desamparo, la tutela administrativa, la guarda administrativa y el acogimiento, a las que cabe añadir la adopción en su función de protección de menores. Todos ellos diseñan un subsistema legal de protección de menores, que no ha encontrado, hasta fechas muy recientes, y sólo parcialmente, correspondencia en relación con los incapacitados. El relativo éxito de dichas medidas, pese a las deficiencias técnicas iniciales, ha provocado la importación de algunas de esas figuras funcionales o asistenciales al ámbito de la protección de los discapacitados psíquicos. Así: 1. el desamparo y la tutela administrativa (art. 239.3 CC) que han sido importadas con excesivo apresuramiento como de deduce de la insuficiente técnica legislativa utilizada consistente meramente en introducir el desamparo y la tutela administrativo fuera de contexto, olvidando que si la persona no había sido previamente incapacitada, lo primero que habría que hacer es evaluar su capacidad natural para determinar si procede o no el establecimiento de una modalidad de guarda. 2. En el Derecho catalán se regula el acogimiento de mayores de edad –no solo discapacitados–, con alguna vinculación con el nuevo con-

(35) Martínez de Aguirre, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad,* ADC, 1992, p. 391 ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

trato de alimentos del CC, pudiéndose aprovechar, con las debidas adaptaciones, la experiencia de los acogimientos permanentes de menores con funciones tutelares judicialmente acordadas (art. 173 bis, 3.º CC).

Abordando ya el *punctum ardens* de la interpretación del art. 12 CDPD (36), Martínez de Aguirre se apoya en la expresión *legal capacity* que utiliza la versión inglesa de aquélla y la *International Disability Alliance,* con la que se expresa la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones, que se identifica con la personalidad jurídica y con la subjetividad jurídica, y constituye la dimensión estática de la citada *capacidad legal.* Esta aptitud genérica no quiere decir que quien la ostente tenga realmente derechos y obligaciones, pues es mera potencialidad. A la tenencia efectiva se le denomina *titularidad.* Quien ostente aptitud concreta de ejercitar los derechos y obligaciones de que es titular, posee la *capacidad de obrar,* que viene a ser la *dimensión dinámica de la capacidad legal.* La distinción estática y dinámica de la capacidad es habitual en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y es asumida también por autores e instituciones que defienden la plena capacidad de obrar de las personas con discapacidad. Así la *International Disability Alliance* afirma en diversos documentos que el concepto de *legal capacity* del art. 12 tiene dos componentes; la capacidad para tener derechos (*capacity to hold a right)* y la capacidad para actuar y ejercitar los derechos (*capacity to act and exercice the rights*) (37). Ello le permite concluir que estamos ante una distinción teórica ampliamente empleada, que proporciona una herramienta conceptual útil para interpretar el art. 12.

El art. 12.1 al disponer que *las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*, evoca el art. 6 de la Declaración de 1948 (*todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica).* La regla en su conjunto vendría a expresar: *Todos los seres humanos, también los afectados por cualquier discapacidad, tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad.* Es decir a ser considerados como protagonistas de la vida jurídica y de las relaciones jurídicas. Estaríamos ante la dimensión estática de la

(36) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 69-76.
(37) Citas en *El tratamiento, etc,* cit. p. 71, nota 3.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

capacidad legal. Por su parte los números 3 y 4 del art. 12 se refieren al *ejercicio de la capacidad jurídica,* es decir a la capacidad de obrar, o sea la dimensión dinámica de la capacidad legal. Y el número 5 contempla casos tanto de capacidad jurídica, como de capacidad de obrar, siendo su perspectiva la más genérica de capacidad legal.

Los problemas se han planteado en torno al art. 12.2, que por primera vez en la Convención utiliza la, para nosotros, equívoca expresión *capacidad jurídica,* sobre cuyo sentido y contenido precisa: 1. Tal expresión carece en la Convención del estricto significado técnico que posee en Derecho español, aunque no en otros ordenamientos hispanoamericanos. 2. La versión francesa de la Convención utiliza en el art. 12.2 una expresión idéntica a la española (*capacité juridique*) que, sin embargo, no entra en conflicto con los términos más usados en Derecho francés para distinguir la dimensión estática de la capacidad legal (*capacité de jouissance)* y la dimensión dinámica de esa misma capacidad *(capacité d'exercice).* La conclusión parece clara: en el art. 12.2 CDPD la expresión *capacidad jurídica* no tiene el significado técnico y más restringido que tiene en nuestro Derecho (a saber: aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones), sino el más amplio de capacidad legal. 3. Así entendida, la capacidad jurídica abarca tanto la dimensión estática como la dinámica; es decir, la capacidad jurídica en sentido técnico restringido, y la capacidad de obrar (38). 4. No es correcto concluir que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar ha desaparecido, y que ambos conceptos se han unificado en uno sólo –el de capacidad jurídica–; y ello, ni en general, ni tratándose de personas con discapacidad. Las dos dimensiones (estática y dinámica) de la capacidad legal están claramente presentes en el art. 12, y su diferenciación sigue siendo una herramienta conceptual útil para la comprensión de las líneas del Derecho de la persona, y en particular del régimen de la discapacidad intelectual o mental (39).

---

(38) Así lo han entendido la *International Disalbility Alliance* en varios documentos, y Bariffi (citas en *El tratamiento etc,* cit. p. 75, nota 11).

(39) Crítica especialmente la doctrina de Cuenca Gómez, *El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española,* REDUR, 1072012, p. 61 ss. (*El tratamiento, etc.,* cit. p. 76, n. 12.)

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Lo anterior conduce a debatir en nuestro ordenamiento sobre la limitación legal de la capacidad de obrar y la incapacitación a la luz del art. 12 CDPD (40). Si de acuerdo con el precepto citado las personas con discapacidad –también psíquica– tienen capacidad legal en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida: ¿Limitar legalmente su capacidad de obrar sería injustamente discriminatorio? ¿debe ser considerado contrario a la Convención de 2006 cualquier limitación legal de la capacidad de obrar de quien está afectado por una discapacidad psíquica? Una primera respuesta procedente del modelo social de la discapacidad entiende que cualquier intervención que restrinja con carácter general las posibilidades de actuación eficaz de un discapacitado en la vida jurídica, sería contraria a la CDPD (41), no siendo posible afirmar que una persona con discapacidad tiene capacidad legal, pero no funcional, porque ello supondría una discriminación prohibida por aquélla. En consecuencia, la incapacitación (42), como procedimiento que desemboca en una limitación más o menos intensa de la capacidad de obrar de un discapacitado sería contraria a la Convención.

En nuestro ordenamiento, antes de la Convención, la posibilidad de que quien es naturalmente capaz de atender a sus propias necesidades personales y patrimoniales, y de gobernar sus asuntos, aparece como consecuencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, y resulta igualmente aplicable a las personas afectadas por cualquier discapacidad. El sistema de comprobar, caso por caso, su capacidad concreta de actuar en una determinada relación jurídica, que se aplica en la celebración del matrimonio civil (art. 56.2 CC), resulta impracticable como solución general porque introduciría un altísimo nivel de inseguridad en el tráfico, al menos en lo que respecta a personas con discapacidad psíquica. Estos efectos perjudiciales se producirían también en menor grado, si dicha necesidad de comprobación se limitara a cuando pueden surgir razonablemente dudas acerca de su capacidad natural. Nuestro Dere-

(40) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 77-88.

(41) Citas en *El tratamiento, etc.,* cit. p. 78 y 79, notas 4 y 5.

(42) Advierte el autor que pese a la nueva terminología para estos procesos anunciada por Ley1/2009, ello no pasa de una loable declaración de intenciones, por lo cual sigue en vigor la de procesos de incapacitación (*ibidem* p. 78, núm. 2).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cho común ha optado por ligar la limitación legal de la capacidad de obrar, bien a un hecho fácilmente constatable (la edad), bien a una declaración judicial, previa constatación individualizada de la falta o limitación de dicha capacidad natural (de incapacitación o de modificación de la capacidad de obrar, según nueva terminología). En tales procedimientos será parte, como demandado, el presunto incapaz, quien podrá intervenir con su propia defensa y representación (si no lo hace, será defendido por el MF, o por un defensor judicial designado al efecto), y será examinado personalmente por el Juez. En el caso de la discapacidad psíquica se trata de personas que tienen disminuidas sus capacidades cognitivas y volitivas, o incluso carecen de ellas por completo. Atribuir a estas personas plena capacidad de obrar, sería claramente perjudicial para ellos, bien sea porque no serían capaces de tomar las decisiones que deben ser tomadas, o bien porque podrían adoptar decisiones claramente perjudiciales para ellos mismos. La intervención sobre la capacidad de obrar de los discapaces psíquicos, a partir de determinado grado de afección de sus facultades cognitivas y volitivas, es necesaria y tiene una finalidad claramente protectora. Desde este punto de vista, prescindiendo de los problemas terminológicos, *la incapacitación no es en sí misma una institución odiosa* (énfasis del recensor); al margen de que esa sea la percepción de los familiares más directos, incorrecta jurídicamente, pero muy comprensible en el plano personal. Todo lo cual ha sido recordado por la STS de 29 abril 2009. Las personas afectadas por una discapacidad psíquica no son las únicas que ven limitada legalmente su capacidad de obrar como consecuencia de una discapacidad psíquica, sino que se produce en todos los casos en los que hay una limitación de la capacidad natural de conocer y querer, como los menores. *No cabe hablar de discriminación directa, ni indirecta* (idem). En relación con los términos *incapacitación* e *incapacitados,* el autor reconoce que tienen alguna connotación negativa puesto que parecen transmitir la idea de que el sujeto ha quedado totalmente despojado de su capacidad de obrar. Pero la realidad no es esa, pues nuestro sistema se caracteriza por la flexibilidad con la que regula tanto las causas como la extensión y límites de la incapacitación. Al Juez corresponde, en función de las circunstancias de cada persona, establecer qué actos puede realizar por sí sólo, cuáles con asistencia de un tutor o curador, o cuales no puede realizar y debe hacerlos en su nombre el tutor. Hay incapaci-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tados que tienen una capacidad muy superior a la de muchos menores de edad, o en los que la incapacitación se traduce en la sujeción en determinados actos patrimoniales, a la asistencia del curador.

Sólo en el caso de la incapacidad de máxima intensidad la persona con una discapacidad psíquica se verá privada totalmente de su capacidad de obrar; y ello por entender el Juez que carece totalmente de capacidad natural de autogobierno.

Resulta excesivo obtener conclusiones que vayan más allá de la conveniencia de un cambio terminológico como el propugnado por la Ley 1/2009, que habla de *modificación de la capacidad de obrar,* e impongan, como si fuera una consecuencia ineludible de la Convención, la desaparición de los mecanismos judiciales de adaptación de la capacidad de obrar a la capacidad natural de conocer y querer - conclusiones que muchas veces parecen derivar exclusivamente de las connotaciones peyorativas del término *incapacitación.*

En el cap. o apart. VII (43) se plantea: ¿Reemplazo del modelo de sustitución por el modelo de apoyo? Partiendo del art. 12.3 y con abundante cita de los partidarios del modelo social de la discapacidad, resume así sus posiciones mayoritarias: 1. Desaparición de la tutela y, en general de cualquier mecanismo legal de carácter representativo, como la patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 171 CC). Incluso cuando eventualmente se admite tal mecanismo, exigen que el discapacitado voluntariamente lo acepte, o que se trate de acciones puntuales de sustitución. 2. En cuanto a la asistencia en la toma de decisiones por un tercero (en nuestro Derecho, a través de la curatela), el rechazo no es tan tajante, aunque no deja de levantar reticencias. Hay autores que apuntan que la curatela, como figura graduable y abierta, quizá con algunas modificaciones dirigidas a reforzar el papel de la voluntad del discapacitado, puede ser empleada como mecanismo de apoyo. 3. Con base en art. 12.4 se enfatiza la voluntad de la persona con una discapacidad psíquica, a quien, en todo caso, correspondería tomar la decisión final, incluso en lo relativo a su propia existencia y funcionamiento de tales mecanismos. Se acusa a nuestro régimen legal la necesidad de actuar conforme a las preferencias del incapacitado, y teniendo en cuenta sus deseos y opiniones. 4. Se proponen mecanismo de apoyo, que no deberían afectar a la capacidad

(43) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 89-101.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de actuar, pero sin concretar su configuración, ni alcance; así previsiones legislativas complementarias dirigidas a evitar perjuicios derivados eventualmente de su actuación, guardando un equilibrio razonable con las necesidades de todas las partes (44). Entiende Martínez de Aguirre (45), que buena parte de las afirmaciones aquí recogidas pueden compartirse cuando se refieren a discapacitados físicos o sensoriales que no tienen afectadas sus facultades cognitivas y sensoriales; pero no, al menos sin matizaciones, en el caso de los discapacitados psíquicos cuya capacidad natural de conocer y querer puede estar directa y significativamente afectada por la discapacidad, hasta haber desparecido por completo en los casos más graves. Nuestro ordenamiento reacciona en estos casos ofreciendo un sistema completo de protección, con un contenido negativo (limitación de la capacidad de obrar) y otro positivo (con facultades de sustitución o complemento de capacidad), originando lo que se denomina a la incapacitación como capacitación (46). Se trata de establecer sistemas que permitan a tales personas tomar parte en la vida social y jurídica, tal como exige el art. 3.c) CDPD, lo que podrían denominarse *mecanismos legales de capacitación*. Reiterando lo ya dicho afirma (47) que los diferentes grados de capacidad natural de autogobierno posibles, y su eventual variabilidad a lo largo del tiempo, exigen de acuerdo con la Convención un sistema de apoyo modulable, de intensidad variable, y revisable con el paso del tiempo, para adaptarlo a los eventuales cambios en la capacidad natural de la persona con discapacidad psíquica. Sin olvidar que según el art. 216 CC las potestades de guarda se confieren y se han de ejercitar en beneficio de la persona sujeta a ellas, y por tanto están dirigidas a garantizar la persona y derechos del discapacitado psíquico. Concluye esta cap. constatando (48): 1. El sistema español está dotado de un alto nivel de flexibilidad, que permite diseñar

(44) Sobre el difícil equilibrio entre la protección del incapaz natural y la seguridad del tráfico, se remite a Sofía De Salas Murillo, *La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y los que con él contraten,* RDP, enero 2007, p. 33 ss. (cit. en *ibidem,* p. 93, núm. 15).

(45) *Loc. últim. cit.*

(46) Con cita de Álvarez Lata-Seoane, *El proceso de toma de decisiones, etc.,* cit. p. 28. n. 29 (en *El tratamiento, etc.,* cit. p. 94, núm. 17).

(47) *El tratamiento, etc,* cit. p. 98 s.

(48) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 100 s.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

para cada persona afectada por una discapacidad psíquica un traje jurídico a medida de su capacidad real; esta flexibilidad se refiere tanto al alcance de la modificación de la capacidad obrar, como a la institución de guarda determinada, como a las concretas facultades de actuación del incapacitado y del tutor o curador. 2. Es un sistema cuya finalidad es la protección de la persona con discapacidad intelectual o mental, ya que solo en su beneficio puede establecerse, y en su beneficio ha de ejercitarse. 3. Es un sistema garantizado por la intervención judicial, tanto en cuanto a la misma existencia de las limitaciones a la capacidad de obrar, como en el diseño personalizado de tales limitaciones y de los mecanismos de guarda o asistencia, No es un sistema perfecto, pues presenta problemas en su aplicación práctica y en su diseño que conviene resolver. Especialmente la ausencia de un mecanismo legal de revisión periódica, y de oficio, de la situación del incapacitado judicialmente.

Probablemente el cap. o apart. VIII –la parte más extensa por su tratamiento, y la más densa por el manejo de una rica bibliografía específica surgida entre nosotros fundamentalmente por la necesidad de implementación del art. 12 de la Convención de 2012– constituye la aportación más original del autor (49). Trata en él de reconstruir un sistema coherente, en evidente continuidad con el vigente, aprovechando al máximo las novedades positivas que aquél proporciona. Presta especial atención a la guarda de hecho, y a la necesidad de un sistema de evaluación formal de la capacidad natural de autogobierno. En su recapitulación conclusiva expone:

1. Parece oportuno aproximar el papel legal de la guarda de hecho a su relevancia sociológica, permitiendo así que siga desarrollando su exigencia protectora, *pero sin llegar a considerar a considerarla como el eje del sistema de protección, precisamente, por su falta de garantías* (énfasis del recensor). Así no le parece conveniente atribuirle funciones de representación legal pero sí el mecanismo del art. 304 CC como sistema de convalidación del guardador de hecho. Estima que las obligaciones legales contenidas en los arts. 228 y 229 CC, deberían desaparecer, o quedar constreñidas a los casos en que la intervención legal parece necesaria, bastando con la amplia legitimación concedida por el art. 230 CC para poner en

(49) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 103-143.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

conocimiento del Juez tales situaciones de hecho, dejando que sea el Juez quien decida si es conveniente o no formalizar esa situación.

2. Debe establecerse un mecanismo judicial de evaluación formal de la capacidad natural de conocer y querer, como paso previo para toda intervención legal en relación con las personas con discapacidad psíquica. Su finalidad es establecer, cuando procedan los sistemas de apoyo en la toma de decisiones, y cuando sea necesario, simultáneamente, formas de protección personal y patrimonial. Esta evaluación debe ser revisable en cualquier momento, a instancia de parte y periódicamente de oficio, para su adecuación a la capacidad natural de la persona con discapacidad.

3. La existencia de una limitación formal general de la capacidad de obrar no es imprescindible, pudiendo bastar una limitación refleja, ligada a los actos para los que el Juez considere necesaria la asistencia o representación en la toma de decisiones.

4. El mecanismo de protección y apoyo en la toma de decisiones debe estar dotado de flexibilidad suficiente como para adaptarse a las características y necesidades de cada persona. A tal fin, *puede ser suficiente establecer una única institución de protección y apoyo, atribuyendo al Juez amplias facultades de configuración de su alcance y contenido* (énfasis del recensor). De esta forma se evitarían eventuales problemas de solapamiento o colisión entre las diferentes figuras, así como de vacíos legales,

5. Parece conveniente incluir mecanismos y previsiones legales que permitan desarrollar un papel relevante, dentro de los límites de su capacidad natural, a la voluntad de las personas con discapacidad psíquica, Asimismo, introducir una previsión específica respecto a los actos corrientes de la vida ordinaria, a fin de permitir que tanto la persona con discapacidad psíquica, o el guardador de hecho pueda realizarlos sin que su realidad se vea afectada.

b) García Cantero, *Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad* (50). Se ha publicado también

(50) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 41-56.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en RDNot. (150 aniversario 1862-2012 de la Ley del Notariado), núm. 82, abril-junio 2012, p. 207-227, al que me remito.

c) Derecho comparado. Aunque no figura un apartado específico en el volumen, puede identificarse fácilmente el tema genérico repasando los autores sucesivos y sus colaboraciones, debiendo citarse ulteriores aportaciones comparativas sobre figuras concretas (51):

Francia: Françoise Monéger, *La protection juridique des personnes après la ratification par la France de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées* (52).

En Francia la Convención y su protocolo facultativo han entrado en vigor el 20 marzo 2010. Recuerda la autora que también ha sido aprobada por el Consejo de la UE el 26 noviembre 2009 (con una única reserva a propósito del art. 27-1, sobre el trabajo de las personas *handicapées*). Con carácter general señala que la Convención de 2006 no ha conocido en Francia los debates que en su momento suscitó la Convención de 1989 sobre los derechos de los menores, y ello debido a que en Derecho francés, los derechos de las *personnes handicapées,* y la protección jurídica de las personas denominadas *vulnérables*, corresponden a dos dominios diferenciados: los primeros forman parte del Derecho de la ayuda y de la acción social, regulados en el *Code de la Santé Publique;* en cambio, la protección jurídica de las personas vulnerables, estableciendo un sistema de asistencia o de representación, es un tema de Derecho civil. En la versión francesa, el título de la Convención, *relative aux droits des personnes handicapées,* hace pensar inmediatamente en el campo de la ayuda y de la acción social, más bien que en la protección jurídica de la persona. En consecuencia, cuando se evoca la Convención de 2006, se piensa inmediatamente en la Ley de 11 febrero 2005 *pour l`égalité des droits et des chances, la participation et la cito-*

(51) Así ocurre más adelante en la ponencia de Legerén Molina, *El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas, ibidem*, p. 156-161, en donde se trata con amplitud de la *Betreuungverein*, alemana y de la amplia variedad norteamericana de la *public guardianship* (modelo judicial, agencia independiente, agencia de servicios sociales y *county model*), de muy dificil comparación con nuestra actual persona jurídica tutora.

(52) *Los mecanismos, etc., op. cit.* p. 57-71. La autora es Profesora de Universidad y Magistrada de la *Cour de Cassation* en Francia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

yenneté des personnes handicapées, y no, en cambio, en la Ley de 5 marzo 2007 que ha modificado la protección de los mayores. En la literatura especializada, la CDPD no representa en principio un instrumento para mejorar el derecho de las personas vulnerables (53).

El art. 2 de la Ley de 2005 ha introducido la noción de *handicap:* "Constituye handicap en el sentido de la presente ley, toda limitación de actividad o restricción de participación en la vida social sufrida en su entorno por una persona en razón de una alteración sustancial, duradera o definitiva de una de sus funciones físicas, sensoriales, mentales, cognoscitivas o psíquicas, o por un multihandicap o por una alteración invalidante de su salud".

En la versión francesa del art. 1. 2 CDPD se ha utilizado la siguiente terminología: *Par personne handicapée on entend des personnes que présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.* (54). A juicio de la autora, la Convención de 2006 tiene un amplio campo de aplicación pues se refiere a todos los derechos de las personas *handicapées* (que

(53) Aclara que no todas las personas *handicapées* tienen necesidad de ser jurídicamente protegidas; la puesta en acción de un régimen de protección depende de su estado psíquico. Según el art. 425 CC, después de la reforma de 2007, se beneficiará de tal medida "toda persona que se encuentre en la imposibilidad de ocuparse por sí misma de sus asuntos en razón a una alteración, médicamente constatada, sea de sus facultades mentales, sea de sus facultades corporales de tal naturaleza que le impidan expresar su voluntad". De aquí que la persona *handicapée* que pueda expresar su voluntad y gestionar sus intereses patrimoniales, no precisará de asistencia ni de representación, sino que actuará por sí misma.

(54) La versión española dice: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". Sin entrar en el fondo, y aparte otras diferenciales accesorias, llama la atención que se haya hecho equivalente la *personne handicapée* (singular) con las *personas discapacitadas* (plural), no estando justificada, a mi juicio, la excesiva insistencia en el uso *purista* de la terminología española del Convenio; algo similar puede decirse del uso, sin duda médico, de la palabra *incapacité,* que en español se traduce por *deficiencias.* Cabe interrogarse si los traductores oficiales de la ONU han comparado sucesivamente las diversas versiones oficiales linguísticas del CDPD?

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la Ley de 2007 denomina *vulnerables*), tengan o no necesidad de protección jurídica; su idea inspiradora es que la protección jurídica que se les dispense cuando sea indispensable, respete los derechos y libertades fundamentales de la persona. Para ello considera que hay dos preceptos básicos: el art. 12, *Reconnaissance de la personalité juridique dans des conditions d'égalité,* y el art. 13, *Accès à la justice.* Bajo esta perspectiva estima la autora que, en lo esencial, el Derecho francés respeta los principios de CDPD.

El derecho de los *incapables majeurs* había sido profundamente modificada en Francia, a impulso del Doyen Carbonnier por la Ley de 3 enero 1968, inspirada en la idea de que las medidas por razón de incapacidad debían ser excepcionales, provisionales y familiares. Pero la realidad sociológica y social ha convertido en inaplicables tales normas, siendo necesaria una larga gestación para que se promulgara la Ley de 5 marzo 2007, la cual ha situado a la persona en el centro de la medida, modificando especialmente las reglas procedimentales a fin de respetar los principios de un proceso equitativo. Resulta clave la nueva redacción dada al art.415 CC: "Las personas mayores reciben la protección de su persona y de sus bienes que requiere su estado o situación, según las modalidades previstas en el presente Título. Esta protección se instaura y garantiza respetando las libertades individuales, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona. Tiene por finalidad el interés de la persona protegida. En la medida de lo posible debe favorecer la autonomía de ésta. Ello constituye un deber de las familias y de la colectividad pública". A diferencia de la Ley de 1968, que estaba centrada en la protección de los bienes y encomendaba la de la persona a los jueces, médicos y familias, la Ley de 2007 ha instituido un verdadero status extrapatrimonial para el mayor, y favorece, en la medida de lo posible, la autonomía de la persona protegida. Así los arts. 457.1 ss., en una sección rotulada *Des effets de la tutelle et de la curatelle quant à la protection de la personne.* Se trata de evitar que la personalidad no sea *étouffée* por una medida de protección. Se garantiza la información proporcionada a la persona vulnerable sobre el alcance de las medidas de protección adoptadas, conforme a su estado (art. 457.1). La persona elige el lugar de su residencia, así como las personas con las que se va a relacionar, parientes o no, y ser visitado y alojado, en su caso, por ellos (art. 459.2). En principio, las medidas de protección no deben dificultad el desarrollo de la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

vida sentimental del mayor. Sólo en caso de surgir dificultades, interviene el Juez o el Consejo de familia si se ha constituido. Así lo determina el art. 458.1 (55). Pero advierte que sobe estos actos incluidos en el ámbito de la capacidad natural de la persona se debate actualmente en la doctrina francesa (56), debiendo tenerse en cuenta el art. 459.1, pár. 1.º, conforme al cual los textos del CC no pueden derogar las disposiciones particulares previstas en el Cod. Santé y el Cód. de la acción social y de las familias que prevén la intervención de un representante legal. En materia de voto, la Ley de 2007 impone al Juez la obligación de pronunciarse, ya sea al tiempo de establecer la medida de protección o en su renovación. A modo de resumen –aunque la discusión está abierta– dice la autora que al principio de la capacidad de las personas mayores se oponen diversas excepciones previstas en normas específicas que autorizan la intervención de los órganos de protección, entre otros, cuando el estado de la persona protegida no le permite adoptar por sí misma una decisión personal razonada, o cuando se encuentra en situación de peligro. También se regulan especialmente: la contratación del PACS, el matrimonio o el divorcio. En particular la previsión del art. 460 sobre el matrimonio, merece especial atención, pues a la persona sujeta a curatela no se le permite celebrarlo sin la autorización del Juez o del Consejo de Familia; el tutelado tampoco puede casarse sin autorización del Juez o del Consejo de Familia, con audiencia de ambos contrayentes y la audiencia de los padres y de su entorno familiar. Planteada una consulta ante la *Cour de Cassation,* ésta la ha remitido al *Conseil Constitutionnel,* quien ha resuelto que dicho precepto es conforme con la Constitución. La autora se interroga si también lo es con la CDPD (57). A continuación se ocupa de la prioridad concedida a la familia en esta materia, no sólo a propósito

(55) "A reserva de disposiciones particulares previstas en la ley, la realización de actos cuya naturaleza implica un consentimiento estrictamente personal nunca puede originar la asistencia o representación de la persona protegida". Su apartado 2 detalla: "Se consideran estrictamente personales, la declaración del nacimiento de un hijo, su reconocimiento, los actos de ejercicio de la autoridad parental relativos a la personas de un menor, la declaración sobre la opción o cambio del nombre de un menor, y el consentimiento dado a su propia adopción o a la de su hijo".

(56) *Los mecanismos, etc,* cit. p. 62 s.

(57) *Los mecanismos, etc.* cit. p. 65.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de la tutela y curatela, sino también en la organización del régimen de protección, así como por el carácter subsidiario de la protección. En todo caso, el respeto de la Convención requerirá que se aporten a las familias ayudas económicas, suspendidas desde hace cinco años. Finalmente, la autora analiza los aspectos procesales del acceso a la justicia (58), señalando que hasta ahora se ha criticado la regulación de la actuación del Juez de tutelas, debido a un control excesivo del procedimiento, que la Ley de 2007 ha intentado mejorar bajo la óptica de los derechos de la persona protegida en lo relativo a la supresión de la *saisine d'office* (derecho a un proceso equitativo). Se discutía si era válida la apertura de diligencias cuando la persona no consentía a la realización del examen médico indispensable. Después de la Convención la *Cour de Cassation* ha determinado que en dicha hipótesis no procede iniciar el procedimiento de medidas protectoras, aunque la autora se interroga sobre si tal decisión es conforme con la CDPD (59). El acceso del mayor protegido a los dossiers puede ser limitado o prohibido por el Juez de tutela si su conocimiento puede causarle un perjuicio psíquico grave. El procedimiento no precisa Abogado, por lo cual la presencia personal del mayor protegido es indispensable.

En cuanto a la eficacia de la Convención de 2006 sobre la protección de *personnes handicapées,* la autora considera que para producir un impacto inmediato sería preciso que fuera considerada como de aplicación directa, como ocurrió finalmente con el Convenio de 1989 sobre los derechos de los menores, debido a la posición adoptada reiteradamente por el *Conseil d'Etat* frente a la *Cour de Cassation.* En cambio las dudas surgen sobre tal aplicación directa en relación con la Convención aquí estudiada (60).

Italia: Elvira Gabriella Autorino, *Incapacità e persona: La soluzione italiana* (61).

La Ley n. 6/2004, de 9 enero introduce en Italia l' *Amministrazione di sostegno,* con imperdonable retraso respecto a la inicial refor-

(58) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 67-70.
(59) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 69.
(60) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 70 s.
(61) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 73-85. La autora es Profesora Ordinaria de la Universidad de Salerno.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ma francesa de 1968. No habían faltado peticiones desde el mundo social y de la experiencia médica, así como normas internacionales como la Convención Europea de los Derechos del hombre de 1950, la Carta Social europea de Estrasburgo de 1996, y la Carta de Niza del 2000. Aquélla se ha caracterizado como una amplia forma de tutela, no meramente patrimonial sino singularmente personal, propositiva y no prohibitiva; expansiva y no inhibitoria; personalizada y no abstracta; modulable y no estandardizada, fruto de un concepto de los derechos correspondientes a los sectores débiles de la población y muy conforme con las finalidades constitucionales de promover el pleno desarrollo de la persona humana. Es cierto que los nuevos arts. 404 ss. CC, sin romper la normativa monolítica que sobrevive de manera anacrónica, delinea una protección de la persona *ad acta* y una consecuente limitación de la capacidad de obrar que no rebasa los límites contenidos en el decreto de nombramiento del Juez tutelar. Las necesidades del discapacitado (*disabile*) emergen como criterio informador, ya sea internamente en la administración *di sostegno* para establecer los límites de la decisión judicial, como externamente para establecer los límites respecto a la *interdizione* y a la *inhabilitazione*. Son claras las diferencias con estas tradicionales instituciones de protección. También era desconocida anteriormente la amplia noción de *disabilità,* así como la existencia de remedios diversos de la privación total o parcial de capacidad. Dicha normativa respondía a una lógica puramente patrimonialista (conservar el patrimonio del enfermo mental en el seno de la familia, y garantizar la seguridad de la circulación jurídica y la tutela de la confianza de terceros). El sistema del CC de 1942 se inspira en una antropología jurídica superada, característica de una sociedad de propietarios, que está superada, incluso por la Constitución que establece la primacía de las situaciones existenciales sobre las patrimoniales, las cuales se sitúan a nivel instrumental respecto de las primeras. Por ello la autora considera todavía más *culpable* [sic!] a la ley de 2004 de conservar las viejas medidas de protección si se consideran ahora las aspiraciones y la revalorización de los intereses personales del sujeto beneficiario (62). De aquí la labor interpretativa de los juristas y, sobre todo, de los Jueces para definir el contenido concreto de cada una de las medidas de protección que pueden acordar. De este

(62) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 75.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

modo, afirma, Italia se alinea junto al modelo español de la pluralidad de figuras de protección (tutela, curatela, defensor judicial y prórroga de la patria potestad), si bien se diferencia del mismo por no establecer con nitidez sus respectivos límites, con el riesgo de superposición de figuras (63). En todo caso, para el lector español –opina el recensor– puede resultar ilustrativo el texto literal de los preceptos más significativos:

Art. 404: "*Amministrazione di sostegno*. La persona que, por efecto de una enfermedad o por consecuencia de una malformación física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, aunque sea parcial o temporal, de proveer a sus propios intereses, puede ser asistida por un *amministratore di sostegno,* designado por el Juez Tutelar del lugar en que ésta tiene su residencia o domicilio".

Art. 405 (párrafo 3.º): "Si el interesado es un interdicto o un inhabilitado, el decreto es ejecutivo desde la publicación de la sentencia de revocación de la interdicción o de la inhabilitación".

(párrafo 4.º): "En tanto subsista la necesidad, el Juez tutelar adoptará, incluso de oficio, las decisiones urgentes para el cuidado de la persona interesada y para la conservación y la administración de su patrimonio. Puede designar un *amministratore di sostegno provisional* indicando los actos que está autorizado a realizar".

(Párrafo 5.º): "El decreto que nombra al *amministratore di sostegno* deberá contener las siguientes indicaciones:

1. las generales relativas a la persona beneficiaria y al administrador; 2. la duración del encargo, que puede ser también por tiempo indeterminado; 3. el objeto del encargo y los actos que el administrador puede realizar en nombre y por cuenta del beneficiario;

(63) Se verá a lo largo de esta recensión que la comparación entre el Derecho español y el italiano no conduce meramente a una equiparación esencial con diferencias accidentales. Nosotros carecemos, –por ahora–, de l'*amministrazione di sostegno*, y junto a los modelos tradicionales de protección que la autora menciona, aparecen o se sugieren otros como la guarda de hecho.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

4. actos que el beneficiario puede realizar con la mera asistencia del administrador; 5. de los límites, incluso periódicos, de los gastos que el administrador puede realizar utilizando el dinero que el beneficiario tiene, o del puede disponer; 6. la periodicidad de los informes que el administrador debe rendir ante el Juez sobre la actividad desarrollada y las condiciones de vida personal y social del beneficiario".

(Párrafos 6.º y 7.º) [sobre la anotación registral].

Art. 407. *Sujetos.* (Pueden solicitar l'*amministrazione di sostegno* el mismo sujeto beneficiario, aunque sea menor, interdicto o inhabilitado, y las personas que pueden instar la interdicción o inhabilitación. Los responsables de los servicios sanitarios y sociales encargados del cuidado y asistencia de la persona, tienen obligación de proponer al Juez tutelar que ponga en marcha las medidas del 407, o a informar de los hechos al MF).

Art. 408. *Elección del "amministratore di sostegno".*

Párrafo 1.º: "La elección del administrador se realiza atendiendo exclusivamente al cuidado y a los intereses de la persona del beneficiario. Puede ser designado por el mismo interesado, en previsión de la personal, eventual y futura incapacidad, mediante escritura pública o documento privado autenticado. Por su falta, o en presencia de motivos graves, el Juez tutelar puede designar con decreto motivado otro administrador. En la elección, el Juez tutelar, siendo posible, preferirá al cónyuge no separado legalmente, al conviviente estable, al padre, a la madre, al hijo, al hermano y a la hermana, al pariente dentro del 4º, o bien a la persona designada por el progenitor supérstite en testamento, documento público o escritura privada autenticada".

Párrafo 3.º: "No pueden desempeñar las funciones de administrador los operadores de los servicios públicos o privados que tienen el cuidado o están a cargo del beneficiario".

Art. 409. *Efectos de l'amministrazione di sostegno.*

El beneficiario conserva la capacidad de obrar para todos los actos no que exigen la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador.- El beneficiario de la administración puede en todo caso realizar los actos necesarios para cumplir las exigencias de su propia vida diaria".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Art. 410. *Deberes del "amministratore di sostegno".*

Párrafo 1º: "En el desarrollo de sus funciones, el administrador debe tener en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario".

Párrafo 2º. "El administrador debe oportunamente informar al beneficiario acerca de los actos a realizar, así como informar al Juez tutelar en los casos de disenso con el propio beneficiario. En caso de contradicción, de elección o de actos perjudiciales o negligentes en perseguir el interés o en satisfacer las necesidades o las demandas del beneficiario, este mismo, el MF y los demás sujetos enumerados en el art. 406, puede recurrir al Juez tutelar para que adopte, con decreto motivado, lo que proceda."

Párrafo 3º. "El administrador no está obligado a continuar en el ejercicio de su cargo más de diez años, salvo que se trate del cónyuge, del conviviente estable, de los ascendientes y descendientes".

Art. 413. *Revocación dell'amministrazione di sostegno.*

(Entre los supuestos descritos conviene destacar que el Juez tutelar provee, incluso de oficio, a la declaración de cesación de la administración cuando ésta se manifieste *inidónea para realizar la plena tutela del beneficiario*).

En opinión de la autora (64), la Ley de 2004 prescinde de referirse a una especie de gradación o de clasificación entre las medidas de protección del Cc, mostrando una decidida orientación en favor de una aplicación rigurosamente restrictiva de la interdicción. Bajo la óptica de una lectura de la Ley de 2004 a la luz de los principios constitucionales la centralidad de la persona humana especialmente si es incapaz, ello impone una funcionalización de las instituciones de protección conforme a las exigencias concretas del sujeto protegible, sus específicas necesidades, el respeto de su dignidad, el hecho de que en presencia de situaciones muy graves (por ej. paciente en coma vegetativo) no hay motivo para aplicar automáticamente la interdicción, y siempre que la privación total de la capacidad de

(64) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 77.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

obrar no sea funcional para una tutela efectiva (65). Los tribunales italianos han ofrecido pluralidad de interpretaciones de la Ley de 2004, aunque se va unificando la jurisprudencia que la autora ejemplifica en la S. de 9 diciembre 2005 de la Corte Constituzionale así en numerosas sentencias de la denominada *giurisprudenza di merito,* que resuelven sobre el fondo (66).

Después de detenerse en analizar aspectos concretos de esta nueva figura, incorporada al ordenamiento italiano con anterioridad al Convenio de 2006, el lector adivina su valoración de conjunto que, por un lado, es de elogio por haber sabido reformar la materia relativa a la capacidad de la persona, adoptando la imagen de la persona -incluso discapacitada - como valor unitario, no susceptible de descomposición, llamándole a participar activamente en las decisiones que le afectan. Reitera que el beneficiario conserva la

(65) La *interdizione* equivale a los supuestos más graves de enfermedad mental mientras que la *inhabilitazione* podría equivaler a una tutela parcial o a nuestra curatela, incluyendo la prodigalidad.

(66) Se mencionan *in extenso* en *ibidem*. p. 78, nota 6. Puede servir de ejemplo la s. del Trib. de Roma, de 23 febrero 2012 que tipifica dos situaciones, por un lado aquella en la que no resulta necesario una limitación general de la capacidad de obrar del sujeto, procediendo la administración *di sostegno*, que se considera preferible no sólo desde el punto de vista práctico (costes menos elevados y procedimiento más rápido) y por razones ético-sociales, dado su mayor respeto a la dignidad del individuo. Por otro lado, siempre que se trate obviamente de que el sujeto se encuentra habitualmente en condiciones de enfermedad habitual que lo haga incapaz de proveer a sus propios intereses, de gestionar una actividad de cierta complejidad que debe realizarse en direcciones múltiples, o bien cuando resulte necesario impedir al sujeto que realice actos que le perjudiquen, o eventualmente en consideración a la permanencia de un *minimum* de vida de relación que conduzca a dicho sujeto a mantener contactos con el exterior, o bien, en cualquier hipótesis cuando el *Giudice di merito*, después de una valoración que sólo a él corresponde y que no puede recurrirse en sede de legitimidad, aunque lógica y adecuadamente motivada, estime procedente la interdición como la protección más adecuada para los intereses de la persona. Acaso pueda mencionarse la curiosa sentencia del Tribunal de Trieste, de 28 septiembre 2007, relativa a una muchacha de 22 años, oligofrénica, que había iniciado una relación sentimental, pese a no estar en condiciones de comprender los derechos y deberes de los cónyuges que enuncia el art. 143 CC, por lo cual aquél ha considerado oportuno la apertura de un régimen de administración de *sostegno,* prohibiendole el matrimonio, al menos temporalmente, con apoyo en el art. 411, pár. último.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

capacidad de obrar para los demás actos que no se atribuyen al administrador. Pero, también lo es de crítica por falta de audacia para romper con una tradición, en ocasiones demasiado pesada y excluyente. En particular denuncia la sustancial inutilidad de la inhabilitación, privada casi de cualquier espacio aplicativo salvo en materia de prodigalidad. *Si è mosso un passo, laddove se ne sarebbero compiere due* (67).

Alemania.

Rainer Frank, *Le traitement des handicapées mentaux en Allemagne* (68).

La Convención de 2006 ha sido ratificada por Alemania y está en vigor desde el 26 marzo 2009. La literatura jurídica y la jurisprudencia alemanas conceden poco interés a esta Convención, y ello se debe a que las personas discapaces en general, y los discapaces mentales en particular han sido nuevamente regulados por la *Betreuungsgesetz,* o Ley que reforma el derecho de la tutela y de la curatela relativa a los incapaces mayores, entrada en vigor el 1.º enero 1992. Así cuando se ratificó la Convención de 2006 se estaba de acuerdo en que ésta última coincidía con el derecho alemán en vigor, y esta posición es la que hoy predomina.

Conforme al derecho derogado, el BGB de 1900 se ocupaba menos de saber qué ayuda podía prestar el derecho a una persona discapacitada mental, que la de determinar en qué medida esta persona podía participar en la vida jurídica. Trataba sobre todo de definir si tales personas podían contratar, testar o casarse. Conforme a tales reglas, en vigor hasta 1992, una persona incapacitada mental psíquica podía ser declarada *interdicta* si concurría en ella alguno de los supuestos legales (enfermedad mental, debilidad de espíritu, prodigalidad cuando se exponía a sí mismo o a su familia a caer en la indigencia, o a quien dependiente del alcohol o de las drogas es incapaz de gestionar sus asuntos con igual riesgo. Declarada la interdicción por el juez se designaba un tutor como su representante legal. El interdicto carecía del derecho a realizar actos jurídicos por

(67) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 85.

(68) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 87-94. Reiner Frank es Profesor del *Institut für auslandisches und Internationales Privatrecht,* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Freiburg.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sí mismo, o debía efectuarlos con la asistencia de su representante legal. El derecho alemán en este punto se estructuraba así: las personas interdictas podían ser tratadas sea como menores de 7 años, o como menores de 7 a 18 años. Además no todos los enfermos mentales o mentalmente débiles se sometían necesariamente a la interdicción. No lo eran cuando tal interdicción no servía a su interés ni era necesaria para proteger su vida jurídica. En tales casos si el incapaz debía intervenir en un acto jurídico (aceptación de una herencia o venta de un inmueble), la ley preveía la designación de un curador, el cual, a diferencia del tutor, sólo representaba al incapaz en un acto determinado. Su nombramiento no significaba la interdicción. Además, para la persona afectada, la interdicción se percibía como una falta de respeto y una forma de estigmatización. Se inscribía en el Registro judicial federal central, al que cualquiera tenía acceso; se mencionaba en el certificado de buena conducta que emitía la policía y debía acompañarse con la petición de trabajo. Además no se regulaba la posible reevaluación periódica de los requisitos que habían originado la interdicción. Por ello los tribunales evitaban la declaración de interdicción, y en su lugar establecían una *curatela por enfermedad*, la cual, sin embargo, dio lugar a muchos debates, especialmente cuando se oponía a ella el afectado (69).

Después de 1992, la inicial interdicción (*Entmündigung*), la tutela de mayores (*Vormundschaft für Volljährige*) y la curatela por enfermedad (*Gebrechlichkeitpflegschaft*) fueron derogadas. En su lugar entró en vigor un nuevo régimen de protección denominado *Betreuung*). Ahora la norma fundamental es el & 1896 BGB: "Cuando una persona mayor ya no puede, en todo o parte, en razón a una enfermedad psíquica, o a una alteración de sus capacidades corporales, mentales o psíquicas, atender por sí mismo a sus intereses, el Juez de Tutelas nombra a su instancia, o de oficio, a un mandatario (*Betreuer*) (...). Un mandatario no puede ser designado sino con el consentimiento de la persona afectada y sólo para realizar los actos precisados de representación. A juicio del autor este precepto, aunque no coincide literalmente, tiene un contenido similar al art. 12.4 de la Convención (70). A continuación explica el desarrollo que ha recibido el & 1896 BGB.

(69) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 89 s.
(70) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 90.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Protección del mayor y capacidad jurídica. Las decisiones que se adoptan por el Juez de tutelas no influyen en la capacidad jurídica de la persona protegida. La incapacidad jurídica no es ni condición, ni consecuencia del régimen de protección. El *Betreuer* representa al protegido, dentro y fuera de los tribunales, en el marco de las facultades que le han sido concedidas. Pero ello no excluye que pueda intervenir válidamente el protegido en la misma materia . Esta doble competencia del mandante y mandatario en el régimen de protección evoca la existente en el derecho común, los cuales pueden actuar contradictoriamente. Ahora bien, la finalidad de la Ley de 1992 es ayudar a la persona protegida y no la de retirarle la capacidad que poseía con anterioridad. En la práctica reconoce el autor que surgen problemas, pues no hay posibilidad de determinar jurídicamente, antes de su realización, si el acto será definitivo y obligatorio. Solo la capacidad o incapacidad naturales pueden determinarse previamente, pero opina que *le nouveau régime de protection doit alors être tenu hors de ce débat* (71).

La reserva de consentimiento (*Einwilligungsvorbehalt*). Hay una excepción al principio según el cual el nuevo régimen de protección carece de consecuencias sobre la capacidad jurídica de la persona, en el &1903 párrafo 1.º, se dispone que "cuando es necesario proteger a la persona o a sus bienes respecto de un peligro, el Juez de tutelas ordena que esta persona debe obtener el consentimiento del mandatario para los actos que entran en el ámbito de la competencia de este último". Es un supuesto más bien raro, pero su disposición es clara ya que la persona protegida no puede comprometerse jurídicamente a realizar algo que de otro modo sería válido (72). A diferencia de la derogada interdicción la reserva de consentimiento sólo concierne a ciertos actos concretos o a una categoría determinada de actos.

La autodeterminación del protegido. El art. 12.4 CDPD prevé que la voluntad de la persona discapacitada debe ser tenida en cuenta en todo acto. El & 1896 dispone, incluso más enérgicamente, que un *Betreuer* no puede ser designado contra la voluntad del mayor.

(71) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 91.
(72) Por ej. no superar de cierta suma el acto dispositivo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Necesidad de determinar el régimen de protección. La designación del mandatario debe contener el acto o actos para los que se le nombra. En la práctica suelen establecerse: para la *administración del patrimonio, asistencia a los cuidados de la salud, fijación de la residencia, administración de la vivienda, control de visitas, gestiones relacionadas con una herencia.* El mandatario dispone de un mandato legal, que en casos muy específicos se requiere se formalice por escrito (así el control del correo y comunicaciones telefónicas o realizar una esterilización).

El mandatario es personal. Anteriormente se acusaba a tutores y curadores, sobre todo cuando lo ejercían abogados, de actuar de modo impersonal. La reforma de 1992 ha cambiado el panorama ahora pues el 70 % de *Betreuers* son miembros de la familia de la persona protegida, que actúan benévolamente. Pero no han desaparecido del todo los mandatarios profesionales (abogados, trabajadores sociales) que trabajan remuneradamente. También hay Asociaciones, sin ánimo de lucro, que actúan en funciones protectoras.

Privación de libertad. El régimen de protección plantea problemas particulares cuando supone una privación de libertad por causa del *Betreuer*, debido a que se ha confiado a éste la fijación de la residencia. Se prevé una autorización especial del Juez de Tutelas, la cual se concede en dos hipótesis legales: riesgo de suicidio del protegido, o necesidad de un examen médico urgente que requiera hospitalización.

Asistencia médica. Ya no se trata sólo de privar al protegido de su libertad de desplazamiento sino de afectar a su integridad física como consecuencia de un tratamiento médico del protegido. En ausencia de normas específicas, los tribunales aplican por analogía la regla del supuesto anterior.

Contraer matrimonio y hacer testamento. El régimen de protección no tiene ninguna influencia sobre la capacidad de obrar del protegido en estas materias. Sólo la incapacitación posterior le impedirá casarse o testar, no siendo obstáculo que el *Betreuer* tenga una competencia global sobre la totalidad de los derechos del protegido.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En la práctica, sin embargo, la presunción de capacidad funciona igualmente para discapacitados y para quienes no lo son.

C) Tutela y curatela: Problemas de funcionamiento (73)

Pese a la importante reforma de 1983 del régimen tutelar en España, es doctrina común que treinta años más tarde se han detectado no pocos problemas de funcionamiento, que en este apartado se centran en las modalidades de tutela *stricto sensu* y curatela, debidos en parte a la insuficiente regulación procesal de la materia contenida en la más que centenaria Lec de 1881, y que sólo en parte ha remediado la vigente Lec. 2000, pues ha dejado en vigor la regulación de la jurisdicción voluntaria. Se han encomendado las ponencias a cinco juristas teóricos y prácticos, lo que ha permitido un mayor enriquecimiento del debate.

a) Regina Garcimartín Montero, *La designación judicial del guardador legal* (74)

Si bien la designación del guardador constituye una pretensión diferente de la de incapacitación no tiene sentido que sea sustanciada de manera autónoma, sino que requiere como presupuesto la limitación de la capacidad realizada por decisión judicial; y aunque no tiene las mismas repercusiones constitucionales que aquélla, afecta de lleno a la política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (en la terminología del art. 49 CE). La decisión sobre la incapacitación afecta de manera directa a los intereses del incapaz, pero también del acierto en la elección de la persona que ha de suplirla depende en gran medida el bienestar del sometido a guarda y en la prevención de futuros conflictos. Ambas decisiones, sin embargo, han seguido entre nosotros caminos paralelos hasta la promulgación de la vigente Lec que, desgraciadamente, no han continuado reformas ulteriores. En la Lec 2000 se contempla la petición de designación del guardador como uno de los posibles objetos del proceso de in-

(73) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 95-190

(74) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 97-116. La autora es Profesora Titular de Derecho Procesal en la Univ. de Zaragoza.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

capacitación, pero la ausencia de derogación expresa del trámite de jurisdicción voluntaria (75) hace que *de facto* exista un doble cauce para solicitar el nombramiento de guardador. Además la reforma del art. 239 CC da entrada a la legislación autonómica en caso de desamparo del incapaz, que, al menos *a posteriori* debiera requerir aprobación judicial (76).

Entrando en el contenido de la sentencia de incapacitación entiende la autora que es doctrina jurisprudencial y de parte de los autores que si el demandante no ha incluido la petición de designación de tutor en la demanda, adolece de incongruencia la sentencia que se pronuncia al respecto, con la consecuencia de tener que solicitarla ulteriormente en la jurisdicción voluntaria. La autora critica la falta de obligatoriedad de acumular a la pretensión de incapacitación la de nombramiento de tutor, y entiende que hay al menos dos razones fundadas para hacerlo así: 1. un argumento de eficacia y economía procesal, pues el Juez que ha practicado la prueba de incapacitación está en adecuada situación para elegir tutor; y 2. de no hacerlo se originaría la indeseable situación de que hay un sujeto legalmente incapacitado sin guardador designado. Bien entendido que el Juez no está vinculado ni por la modalidad de guarda, ni por la persona sugerida (77). La autora se muestra también favorable a la posible intervención en el proceso de incapacitación en calidad de coadyuvante (intervención adhesiva simple), pudiendo hacer uso los jueces de la facultad del art. 150 Lec. ap. 2 (78).

---

(75) Según La Disp. derogatoria única. 1, 1.ª de la Lec 2000, se derogan todas las normas de la jurisdicción contenciosa pero permanecen vigentes las relativas a la jurisdicción voluntaria, entre las cuales se encuentra el expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de tutor y curador, regulado en los arts. 1833 a 1847 Lec. 1881, que conservan, sin embargo carácter no dispositivo.La autora subraya que tal vigente es más teórica que práctica, acudiéndose al mismo por una omisión en la demanda de incapacitación, o cuando debe reiterarse por cualquier causa. Pero los interesados pueden prescindir del procedimiento y acudir a la jurisdicción contenciosa (*ibidem,* p. 107-109).

(76) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 99.

(77) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 101 ss.

(78) No auguraría buenos resultados para el ejercicio de la función de guarda legal la radical oposición del guardador a su designación, por lo que debería articularse su presencia en el proceso en la forma sugerida, entiende de la autora (*ibidem*. p. 107).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La autora analiza las disposiciones civiles para la designación del tutor o curador, que clasifica en dos grupos: normas que regulan los actos de disposición de voluntad que haya hecho el propio incapaz o sus progenitores en previsión de una futura incapacitación y otras se refieren a la preferencia de determinadas personas en función de su grado de parentesco. Interpreta el art. 224 CC en el sentido de que el Juez está vinculado a averiguar si existe una disposición de voluntad previa, y en tal supuesto, ha de conocer su contenido pero no está obligado a acatarlo. Ello fundamentalmente porque debe guiarle lo que, en todo caso, considera más beneficioso para la persona sometida a guarda legal. Sin perjuicio de ofrecer pautas ofrecidas al Juez para la designación más adecuada, que habitualmente se incluirán entre los mencionados legalmente, siguiendo las reglas de la sana crítica (79). Finaliza describiendo la actividad procesal probatoria (80).

b) Marta Chimeno Cano, *Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal* (81).

Se trata de una valiosa, en ocasiones muy personal, aportación que surge de la vida real de la tutela tal como se desarrolla en los juzgados españoles proyectada sobre el fondo de la Convención de

(79) Dice la autora que pueden encontrarse decisiones jurisprudenciales en las que se designa tutor al marido de 80 años por el amor y desvelo que demuestra al atender a su esposa, o al hijo que tiene un horario laboral más adecuado para atender a la incapacitada, o al marido a pesar de depender él mismo de una silla de ruedas. También puede constatarse cierta preferencia por mantener al incapacitado bajo la guarda de su cónyuge siempre que medie convivencia y se muestre interés en ejercer la tutela. En su ausencia puede resultar más compleja la atribución de la guarda a uno de los hijos o hermanos del incapacitado, por existir intereses enfrentados (en el caso se atribuye a una fundación). Siguiendo a Legerén Molina incluye: la capacidad económica, un clima que permita la mejora integral, los usos sociales, la estabilidad de los tutores y su disposición a la hora de asumirla, la evolución que quepa esperar de la enfermedad. Añade el afecto que el Juez puede apreciar aunque sea un aspecto de difícil apreciación (*Los mecanismos, etc.* cit. p. 113).

(80) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 114-116.

(81) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 117-137. La Drª. Marta Chimeno Cano es Magistrada Titular del JPI núm. 7 de Tarragona.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2006 y las declaraciones contenidas en la STS, del Pleno, de 29 abril 2009: Estima se trata de una materia especialmente sensible que afecta a personas con discapacidad psíquica debiéndose evitar que se produzca *de facto,* una situación de desvalimiento, por falta de regulación o de operatividad de los mecanismos legales

Opina que el régimen de tutela *stricto sensu,* aun cuando su consideración sea más gravosa frente a terceros, es mucho más flexible que el de curatela, la cual únicamente establece una asistencia, de acompañamiento necesario al incapaz, para importantes disposiciones de su patrimonio (art. 289 CC), pero no tiene virtualidad práctica cuando el sujeto a incapacitar necesita un control leve, pero próximo (82).

Sobre la designación del cargo tutelar se hace preciso un marco legal adecuado que integre las lagunas que existen en el procedimiento, al igual que el seguimiento de la guarda. El nombramiento de cargo tutelar descansa en una confiada pretensión de que quien lo asume ha de tener como prioridad velar por el bien del incapacitado, por lo cual es decisivo acertar en la designación, pues de lo contrario se corre el riesgo de un incorrecto ejercicio de la guarda. No basta con que figure en la lista de preferentes, ni puede dejarse a la suerte, ni a la mera intuición, sin base alguna. Estima fundamental la audiencia a los parientes próximos (art. 759. 2, Lec y 231 CC), pero cree que el Juez no debe investirse de dotes de investigador, salvo que actúe de oficio o tenga noticia de que hay parientes excluidos maliciosamente, pudiendo entonces acudir a informes sociales Las declaraciones de todos los parientes próximos permite al Juez un mejor juicio sobre quien es el más idóneo como tutor; además, el consenso entre todos para la designación asegura una pacífica guarda de futuro, y permitiría contar con información para designar nuevo tutor , siempre que todas las incidencias se atribuyan a un único juzgado. La trascendencia del examen personal del

(82) Propone, por vía de ejemplo, el caso de una persona que padece un trastorno cognitivo leve con ideación delirante encapsulada que le provoca un deterioro psicofísico importante, y le lleva a conductas desordenadas en el ámbito familiar y acciones delictivas que perjudican a su entorno. A su juicio hay que descartar la curatela por tener un ámbito limitado de actuación, mientras que el tutor decidirá sobre su lugar de residencia (*ibidem*. p. 118 s.).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

presunto incapaz (art. 759.1 Lec) puede ampliarse para indagar a través de los parientes que acompañan al discapacitado al Juzgado, o en el caso de desplazamiento fuera de la sede judicial, cómo es la relación entre los parientes y el discapacitado (83).

Frente al principio de unidad de la tutela, la autora considera que el legislador debería hacer más protagonista al núcleo familiar a través de la tutela conjunta (84), que sirve para potenciar la solidaridad en el ámbito familiar, siendo un medio eficaz de control de la tutela, pues es más fácil el desvío por uno que el descontrol por varios, que requeriría incluso acuerdo de voluntades.

Propone moderar el modelo de tutela de autoridad, introducido por la reforma de 1983. Ahora se constata que ni el modelo de tutela de autoridad es perfecto, ni tampoco lo es el de familia, por lo cual cabría introducir un sistema mixto que permita una mayor participación de la familia en la gestión tutelar, siempre bajo supervisión y control del Juez (85). Quizá lo más novedoso sean las páginas dedicadas al seguimiento del cargo tutelar (86), en el que la doctrina ha profundizado poco hasta ahora. La autora analiza las medidas fiscalizadoras del cargo tutelar que deberían integrar un procedimiento autónomo y único del seguimiento tutelar, para hacer efectivo el control del cargo. Acerca de la rendición anual de cuentas (art. 269.4 CC) reconoce que es una realidad que ni los Jueces, ni los Fiscales tienen formación de contabilidad, ni auditoría para que el examen periódico de las cuentas sea eficaz. Si el Juez no puede valorar una enfermedad o deficiencia psíquica sin informe médico forense, cuando examina las cuentas sin aquellos auxilios sólo podrá hacer un examen superficial de las mismas. La auditoria de cuentas imprescindible podría encomendarse a economistas, a través de su Colegio profesional, o a abogados de oficio especialistas con conocimientos contable-económicos (87). En el derecho vigen-

(83) La visita a una residencia de ancianos puede informar al Juez sobre el modo de ingreso en el centro geriátrico por desatención familiar y el hecho de no quedar dinero efectivo para pagar la residencia por seguir disponiendo irregularmente de sus ingresos la misma familia (*Los mecanismos, etc.* cit. p. 122, núm. 4).

(84) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 123.

(85) *Ibidem.*

(86) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 124-129.

(87) *Los mecanismos*, etc., cit. p. 124 s.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

te, la fiscalización de la tutela, a través de la rendición periódica de cuentas y la solicitud de autorización judicial para determinados actos dispositivos, es evidente que no son cuestiones autónomas e independientes de la constitución de la tutela, sino que están intrínsecamente unidas al seguimiento de la actuación dicho cargo de tutor, constituyendo una fase o etapa del mismo, pese a lo cual se da legalmente una dispersión del procedimiento, llevando *de facto* a un verdadero descontrol Ello se debe a que las autorizaciones judiciales para determinados actos dispositivos deben tramitarse como procedimientos de jurisdicción voluntaria, que habitualmente se llevan a reparto por el Decanato (88). Esta situación se evitaría si se estableciera un procedimiento de seguimiento de tutela que conozca el mismo Juez que dictó la sentencia de incapacitación, y que comprenda todas las medidas fiscalizadoras la rendición de cuentas, las autorizaciones judiciales, así como su control establecido por sentencia, incluyendo todos los incidentes que se deriven del ejercicio del cargo tutelar. Competencia excepcionada únicamente por cambio de domicilio del incapacitado a otro partido judicial (art. 52.1.5 Lec) (89). Hay que destacar también la llamada de atención de la autora sobre la *excusa absolutoria de parientes* –que los privatistas solemos ignorar– contenida en el art. 268.1 Cp (90) , proponiendo que se excepcione respecto de los delitos cometidos contra menores, discapacitados que carezcan de capacidad para gobernar su persona y bienes, o personas judicialmente declaradas incapaces, no sólo porque resulta frustrante la impunidad de delitos especialmente sensible en personas tan vulnerables sino porque debe asegurarse el ejercicio de la acción civil, al menos por el MF, para que pueda suplir la pasividad de los cargos tutelares al no emprender acciones de recuperación del patrimonio indebidamente dispuesto por el guardador, otro cargo tutelar o un tercero.

(88) Al Juez que conozca el reparto le basta con que se justifique la utilidad de la disposición patrimonial, de modo que puede ir liquidando el patrimonio del incapaz sin causar la más leve sospecha. El procedimiento no obliga al Juez que autoriza, ni a recabar antecedentes al Juzgado que dictó la incapacitación, ni de comunicar el resultado del procedimiento de autorización.

(89) ¿No cabría buscar algún remedio jurisdiccional para que el nuevo Juez competente tuviera acceso a todo el expediente? (*nota del recensor*).

(90) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 129-133.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Es plenamente oportuno insistir en la necesidad de una mayor colaboración y coordinación entre las distintas Administraciones implicadas, proclamada por la autora con carácter general (91), así como la llamada de atención sobre la figura creada en el art. 239 CC, en caso de desamparo de los incapaces mayores de edad, cuando en la CA afectada se carece de organismo especialmente adscrito a tal situación, lo que supone que *de facto* las obligaciones derivadas del cargo tutelar sean simplemente nominales, originándose la existencia de adultos sin medios, sin recursos y en situación precaria. Propugna, por último, que exista un Fiscal adscrito a las incapacidades.

c) Legerén Molina, *El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas* (92)

Se trata de una notable aportación, ampliamente documentada (bibliográfica, jurisprudencial, comparativa, y legislativa) que suministra valiosa y actualizada información sobre el tema. Se desarrolla conforme al siguiente guión: Breve reseña histórica. Configuración actual de las personas jurídicas-tutoras. Requisitos para el nombramiento como tutor de una persona jurídica. Excusas que puede presentar. Modelos de asunción de la tutela por personas jurídico-públicas. Referencia al Derecho comparado y líneas de futuro.

Resuelta la inicial duda sobre los requisitos de la persona jurídica para ser designada tutora, que establece el art. 242 CC (especialmente que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados) por la Consulta 2/1998, de 3 abril, de la Fiscalía General del Estado, pese a que el autor reconoce que una persona jurídica no puede conseguir el mismo grado de satisfacción personal en el ejercicio de la tutela que las personas jurídicas (93), lo cierto es que prevaleció la llamada interpretación *amplia,* la cual apoyada, primero, en la Ley 30/1994, y la continuadora Ley 50/2002, han facilitado la creación de estos entes de manera notable, convertidos en *tutores deseados por la autoridad judicial* (94). No han faltado

(91) *Los mecanismos, etc*., cit. p. 134 s.

(92) *Los mecanismos, etc*., cit. p. 139-165. El autor es Profesor Contratado-Doctor de Derecho civil.

(93) *Los mecanismos, etc.,* cit. p.140, nota 2.

(94) Con base en la experiencia, la posesión de conocimientos técnicos

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

inconvenientes (menos cercanía y mayor frialdad, y el riesgo de un ejercicio aséptico de la tutela , y también fomentar una actitud de dejación de deberes por parte de los familiares del potencial tutelado). Pese a ello la valoración global de la figura la considera positiva el autor, contribuyendo a la configuración de la tutela como uno de los derechos derivados del estado de bienestar de que goza todo ciudadano. Lo que se corrobora en el vertiginoso incremento del número de tutelas ejercidas por personas jurídicas, que parece consolidarse e incrementarse con el paso del tiempo (95).

Las personas jurídicas pueden ser tutores, ejercer la curatela, ser nombradas como defensor judicial, o configurarse como guardador de hecho (96). Tratándose de personas públicas ha prevalecido, como anticipé, la interpretación de que se cumple el art. 242 Cc cuando sean competentes en materia de *asistencia social* (97). En relación con la excusa por carencia de medios suficientes para el desempeño de la tutela apreciada por el Juez. Por ello es más fácil que se la acepte a la persona jurídica privada, que a la pública. Incluso varias AAPP rechazaron la posibilidad de hacerla valer, con base en los arts. 1 y 9.2 CE, postura de la que discrepa en ciertos casos el autor (98).

En la actualidad se observa una creciente tendencia a derivar a las personas jurídico-públicas numerosas tutelas ordinarias –quizá más de las que deberían hacerse cargo–, ya que tales entidades aparecen lógicamente como cláusula de cierre del sistema tutelar.

---

específicos, su independencia y su dimensión profesional, cualidades que las convierten en sujetos adecuados para el ejercicio de la tutela ordinaria (*ibidem.* p. 141).

(95) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 142.

(96) El número de curatelas es escaso. El contenido habitual de esta modalidad consiste en supervisar si la persona en cuestión aplica el tratamiento médico o farmacológico establecido, revisar si toma la medicación y si asiste a la consulta –con auxilio, si es preciso, de la autoridad judicial–, o seguir de forma efectiva la evolución del estado de salud y la enfermedad del sujeto protegido. Actualmente se elude además el ejercicio de la tutela de hecho por las eventuales responsabilidades civiles que se puedan originar. El autor propone que sean nombradas *tutores provisionales*, o que se acuda a la *pre-tutela* para evitar cambios traumáticos y facilitar el tránsito de una a otra modalidad de guarda (*ibidem*. p. 143 s. y notas 8 y 9).

(97) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 150.

(98) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 152, nota 32.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ello debido a las exigencias de la sociedad actual, al aumento del número de personas mayores, y a una posible debilitación de los lazos familiares . Pero el autor observa acertadamente que conviven modelos muy diferentes de llevarlos a cabo, pudiendo enumerarse según el modo de prestar el servicio tutelar, los sistemas privados (por ej. Castilla-la Mancha y Cataluña), los públicos (Navarra o La Rioja) y los mixtos (Murcia, Extremadura y Comunidad Valenciana).

En cuanto al futuro, opina que la aplicación del Convenio de 2006 tendrá importantes consecuencias, pues aun cuando las actuales figuras de la tutela y curatela sean compatibles con el texto de la Convención si se interpretan en el sentido expuesto por la STS de 29 abril 2009, cree que resulta preciso llevar a cabo una modificación del Cc para dar entrada y regular con detalle el *sistema de apoyos* o *asistencia.* Ahora bien, aun cuando se pretenda reemplazar el tradicional mecanismo de sustitución en que consiste la tutela por los denominados apoyos o asistencia, habrá supuestos donde seguirá siendo necesaria la sustitución permanente de la voluntad del sujeto (aunque se le denomine *apoyo intenso*). Por lo demás, estima que el papel de las personas jurídicas no hará sino aumentar. Así habrá personas jurídicas que presten *apoyos puntuales*, o *gestores de apoyos.* Finaliza con algunas propuestas (99).

d) Sanaú Villarroya, *Las fundaciones tutelares como guardadoras* (100)

La reforma de 1983 en el ámbito de la discapacidad intelectual, permitió, al amparo del art. 242 CC que, mayoritariamente, las entidades españolas prestadoras de servicios residenciales, laborales o educativos, entre otros, pasaran a tutelar a las personas que atendían. En la propia década de los 80, sin embargo, se consideró necesario diferenciar ambos roles, surgiendo las primeras entidades

(99) Así el art. 239.3 es una norma inacabada y de oscura y difícil interpretación (Cfr. su monografía *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del art. 239.3 CC*. Editorial Fundación Areces-Fundación Aequitas, Madrid 2012). Incluir a la persona jurídica de modo expreso en el listado de potenciales tutores, del art. 234 CC. Eliminar el extraño contenido del art. 254 CC (*ibidem.* p. 164 s.).

(100) *Los mecanismos, etc.,* cit. p.167-178. El autor es Profesor Titular de Economía aplicada y Presidente de la Fundación Tutelar Luis de Azúa.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

centradas específicamente en la función tutelar, en su mayor parte bajo la forma de fundaciones de ámbito autonómico. En 1995, a instancia de la FEAPS (actual Confederación española de organizaciones en favor de las personas con discapacidad intelectual), nació la Asociación española de fundaciones tutelares (AEFT), con objeto de aunar los esfuerzos de las fundaciones tutelares regionales, y de apoyarles en el adecuado desempeño de sus funciones.

El autor ofrece interesante información sobre el tema, proporcionada *desde dentro.* En primer lugar presenta el cuadro de Fundaciones tutelares y ámbito territorial de actuación, por orden cronológico, desde la FT Atzegui (constituida en 1983, en Guipúzcoa), hasta la FT Mater Misericordia (constituida en 2009, en Baleares), hasta un total de 24. A finales de 2011 estas Fundaciones atendían a 1876 discapacitados (1643 tutelas, 202 curatelas y 31 otros cargos). Las Fundaciones contaban con 225 patronos, 145 profesionales y colaboradores y 541 voluntarios. Eran notables las diferencias entre cada Fundación, no sólo en atención al número de discapacitados existentes en el territorio, sino a la circunstancia de si la Administración autonómica asumía o no, tutelas (101).

Interesa conocer el *ideario* de estas Fundaciones que se sintetiza así: 1. Transparencia, calidad y ética. 2. La persona discapacitada es el centro de su intervención. 3. Independencia. 4. Subsidiariedad. 5. Colaboración, cooperación y apoyo mutuo. y 6. Responsabilidad social.

Su criterio en cuanto a la Convención de 2006, se identifica con la llamada dirección social de la discapacidad, advirtiendo que, paradójicamente, antes de ratificarse la Convención por España, las Fundaciones integradas en la AEFT venían actuando y potenciando la toma de decisiones y la participación activa de las personas encomendadas en sus propios planes de vida y en las elecciones significativas y determinantes. Todo lo cual, concluye el autor, refrenda que el marco jurídico español previo ya estaba diseñado en interés de la persona a proteger y que mientras no se modifique debería ser interpretado a la luz del articulado de la Convención (102).

---

(101) A finales de 2011 sólo cinco entidades cuidaban el 70 % del total de personas atendidas (Aspanias, 407 personas; Futudis, 368; Futucam, 222; TAU, 202 y Gorabide, 112 personas).

(102) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 177. El autor no alcanzó a con-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

e) María Frontera Sancho y Gómez Bahíllo, *Un estudio sobre la necesidad de reconocimiento, protección y apoyo a las personas con inteligencia límite* (103)

Las personas con inteligencia límite tienen un cociente intelectual comprendido entre 71 y 84, es decir, por encima del límite establecido para el diagnóstico de *discapacidad intelectual.* Se trata de un grupo de personas que presenta *necesidades especiales* derivadas de un nivel de inteligencia limitado, pero que no cumplen los criterios imprescindibles para ser identificadas como personas con discapacidad intelectual, y hoy no reciben ningún diagnóstico específico. De hecho, la mayor parte no tiene el reconocimiento legal de persona discapacitada, lo que plantea dificultades a la hora de planificar los apoyos que muchos de ellos necesitan, y se corre el riesgo de olvidar sus necesidades especiales quedando excluidos de protecciones importantes.

La discapacidad intelectual se produce a lo largo de un continuo. De esta forma, las personas ligeramente por encima de la línea de corte tienen un funcionamiento típico similar a aquéllos que se encuentran ligeramente por debajo de ella. La necesidad de apoyos no se detiene en los puntos de corte de coeficiente intelectual (CI), por lo que tal hecho debe convertirse en un compromiso social para atender a sus necesidades. Las dificultades cognitivas se manifiestan para aprender, pensar y resolver problemas, así como por la falta de habilidades para poder ser independientes en la vida diaria respecto a su cuidado personal, para comunicarse y relacionarse con los demás, tanto en el ámbito familiar como en el entorno social en que transcurre su vida. Estas dificultades se hacen más evidentes a partir de la adolescencia y más acuciantes cuando las personas se incorporan al mercado laboral. La Disp. Adic. 24.ª, ap. 2, de la Ley 35/2010 aprobó un compromiso del Gobierno para mejorar la

---

siderar la promulgación del RDL 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que en parte muestra esa *via hispana a la discapacidad*, trazada inequívocamente con anterioridad al Convenio, pero que, lamentablemente omite la implementación del art. 12 del mismo.

(103) *Los mecanismos, etc*., cit. p.178-190. M.ª Frontera Sancho es Profesora Titular de Psicología Evolutiva y de la Educación. Gómez Bahíllo es Profesor Titular de Sociología.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

empleabilidad de tales personas; lo que se abre un margen de esperanza, dado que el trabajo es un derecho humano básico y es la principal vía de inclusión social.

El grado de limitación que presentan estas personas es muy variable, dependiendo de la interacción con su entorno familiar, educativo, laboral y social, proceso en el que los apoyos son determinantes. Se insiste en que la discapacidad de estas personas no es fija, ni dicotómica; por el contrario, es fluida, continua y cambiante, dependiendo de las limitaciones funcionales de la persona y de los apoyos disponibles en su ambiente. Es posible disminuir las limitaciones funcionales, proporcionando las intervenciones o servicios y apoyos que se centren en la prevención, en el desarrollo de conductas adaptativos, en aumentar las oportunidades para la participación, interacción y roles sociales, y conseguir así su integración social en la comunidad y su máxima calidad de vida. Esta se vincula a la capacidad para tomar decisiones personales y elegir entre diferentes posibilidades, y tener también la oportunidad de poder manifestar deseos y aspiraciones. Poner el énfasis en la autodeterminación requiere un cambio importante en la manera de enfocar la educación y en la forma de planificar la vida de las personas con inteligencia límite, las cuales han de tener la oportunidad de adquirir habilidades y disponer de libertad para ejercer control y autodeterminación en sus vidas, para lo que deben contar con apoyos y la protección que precisen. Si nos encontramos en una tensión entre la necesidad de apoyos y de protección de estas personas, y la exigencia de fomentar su capacidad de autodeterminación. Deben proporcionarse todas las ayudas necesarias, pero sólo las estrictamente necesarias, sabiéndolas retirar conforme la persona va realizando progresos. La excesiva protección por parte de la familia o las instituciones disminuyen las posibilidades de autonomía de esas personas y acrecienta su situación de dependencia.

Los autores han realizado un estudio empírico, descrito minuciosamente (104), que les ha conducido a recomendar a las Administraciones públicas una larga lista de propuestas de intervención (105), entre las que destacan: la conveniencia de un diagnóstico específico desde una edad temprana, proporcionar asesoramiento

(104) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 182-188.
(105) *Los mecanismos, etc*., cit. p. 188-190.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

psicológico personalizado, proporcionar apoyos necesarios a lo largo de las diferentes etapas evolutivas, su seguimiento a través de los Centros de Salud y de los Centros educativos, crear una Bolsa específica de trabajo para tales personas, programas de apoyo intermitente y seguimiento por parte de Servicios Sociales y, finalmente, planificar y regular normativamente la protección jurídica que precisa este colectivo.

D) Otras figuras de guarda y protección de las personas con dis capacidad

No constituye un apartado *residual*, sino que se tratan en él figuras importantes (tutela, guarda administrativa y acogimiento de incapacitados, legalmente tipificadas y normativizadas, y otras, apenas legalmente previstas, como la guarda de hecho o los internamientos involuntarios), a las que introduce en un marco general la Prof.ª M.ª Victoria Mayor del Hoyo, especialista en alguna de aquéllas (106), quien ulteriormente trata monográficamente el tema ahora objeto de estudio.

a) M.ª Victoria Mayor del Hoyo, *Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas* (107). Autora de la ulterior monografía: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad,* Thomson Reuters Aranzadi, 2013 (108). Dado que esta última obra parte del dato normativo existente, si bien se proyecta con sugestivas propuestas de futuro, me ha parecido oportuno exponer esta última, y no sólo por su extensión, que –multiplica por ocho veces la de la primera–, sino porque ésta representa un *breviarium* o síntesis de la que se va a recensionar .

(106) M.ª Victoria Mayor del Hoyo, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el CC,* Granada 1999, y *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores,* Barcelona 2000, 136 pp.

(107) *Los mecanismos, etc*., cit. pp. 193-210. La autora es Prof.ª Titular de Derecho civil en la Univ. de Zaragoza.

(108) Sobre esta última, cfr. amplia recensión de Legerén Molina, en RCDI, núm. 743, mayo-junio 2014, pp. 1562-1567.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Recordando nociones generales, afirma la autora que para los mayores que cuentan con alguna deficiencia que afecta a su autogobierno, la modificación de la capacidad de obrar viene determinada por una sentencia judicial, y debe adaptarse al grado de capacidad natural de la persona concreta. El art. 322 CC establece una presunción general de capacidad de obrar, que solo se destruye por sentencia judicial por las causas del art. 199 CC. La sentencia que modifique la capacidad de obrar deberá determinar su extensión y límites (art. 760 Lec). La gradación deberá ser lo más concreta posible para poder adaptar al máximo, en beneficio de la persona afectada, la capacidad de obrar a su capacidad natural. La modificación no es inamovible sino que un nuevo proceso puede dejarla sin efecto o cambiar su alcance (art. 761 Lec).

A partir de la Convención de 2006 ha surgido una corriente doctrinal que pone en tela de juicio la incapacitación judicial por considerar que priva de derechos y de autonomía, atentando contra la dignidad de la persona. A su juicio aquélla ha creado una *nueva sensibilidad* que vela por la promoción de la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad en general; pero entiende que cuando hay imposibilidad de gobernarse, de entender y de querer, la protección pasa por modelar esa capacidad de obrar, lo que conduce a una tensión entre ambos polos: protección y autonomía, que debe resolverse no de forma genérica, sino encontrando el punto óptimo en el que colocar a cada persona, y que, en términos generales, puede ser abordada con garantías por nuestro ordenamiento(109). En todo caso subraya que: 1. nuestras normas siempre deben ser leídas a la luz de la Convención; 2. no hay que escatimar esfuerzos para que los aplicadores del Derecho, y en especial los Jueces, se esmeren en hacer realidad las previsiones que teóricamente permi-

(109) *Un nuevo modelo, etc,.* cit. p. 17 ss. Más adelante afirma que más bien parece que la corriente de la desacreditación de la llamada incapacitación es fruto de una interpretación extrema de la Convención, que, olvidando que la expresión *personas con discapacidad,* engloba situaciones bien diversas que hay que diferenciar, se centra solo en el polo de la promoción de la autonomía. Una interpretación más moderada, que se cimenta sobre la estructura bipolar de promoción de la autonomía y protección, acorde en última instancia con la realidad y las necesidades de las personas, lleva a considerar que nuestro sistema está en sintonía con la Convención (*ibidem*.cit. p. 20 s.).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ten nuestras normas, sobre todo en relación con la graduación; y 3. Debemos tender a que nuestra actividad legislativa profundice y consolide en nuestro sistema el camino marcado por la Convención (110).

Describe brevemente el *modelo institucional de protección* que con las reformas de 1981 y 1983, permitieron un acercamiento entre el tratamiento de los menores y de los tradicionalmente denominados incapacitados, estableciendo un entramado de medidas, previstas con carácter general, relacionadas entre si según criterios de supletoriedad y complementariedad, que cubren, al menos formalmente, todas las situaciones en las que teóricamente se puede encontrar el menor o incapacitado (111). Sin embargo, pese a aquel acercamiento, la protección de ambos colectivos no evolucionó paralelamente y han llevado ritmos distintos; la de menores se desmarcó al prever posteriormente el legislador otros mecanismos de protección para ellos. La Ley 21/1987 dio base a la concepción de la *protección funcional de los menores*, doctrina que ha desarrollado el Prof. Martínez de Aguirre, expuesta anteriormente. El dato clave es la situación real del menor, si este cuenta con una protección efectiva, permanece sometido sin más a la institución legal bajo la que se encuentra; pero si carece de ello o hay riesgo de que así ocurra, se pone en marcha el mecanismo funcional, quedando desplazado, con mayor o menor intensidad y alcance, el de carácter institucional bajo el que se encontraba. Los mecanismos funcionales de protección actúan como red de protección institucional, que afloran en caso de necesidad, supliendo la falta de eficacia real que en ocasiones sobreviene a las instituciones tuitivas. Tales mecanismos están íntimamente ligados con la adopción (desamparo, guarda administrativa y acogimiento). Ello fue la causa –en opinión de la autora– de quedar estancada la protección de los incapacitados en un nivel puramente institucional (112).

(110) *Un nuevo modelo, etc.,* cit. p. 21.

(111) *Un nuevo modelo, etc*., cit. pp. 25-28.

(112) *Un nuevo modelo, etc.,* cit. p. 31. Me parecen convincentes las razones que aduce la autora para interpretar exclusivamente aplicables a los menores las medidas de protección de menores las contenidas en materia de adopción por la Ley de 1987, excluyendo su aplicación analógica a los incapacitados.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En 2003 se dio un paso adelante en la protección de los incapacitados, en la misma dirección que la de los menores mirando hacia la protección real. Pero resultó precario e insuficiente al dejarla a mitad de camino. La Ley 43/2003 introdujo un tercer párrafo en el art. 239, ampliando a los mayores incapaces el desamparo y la consiguiente tutela administrativa prevista para los menores en el art. 172.1. Pero sin delimitar su régimen jurídico, lo que causa problemas de aplicación, ya sea extendiendo esa ampliación a la guarda administrativa, ya sea aludiendo al acogimiento de los incapaces. Es necesaria una nueva regulación –(quizá mejor, un desarrollo normativo de un mero principio)– , que permita cerrar la brecha abierta en el sistema tuitivo de menores e incapacitados, y acaso puede servir también para ahondar en la Convención de 2006 (113).

Destaca que la legislación aragonesa es la primera en nuestro ordenamiento que regula en forma completa un sistema de protección funcional de los incapacitados. El Cód. de Der. Foral de Aragón (cap. III, Tít. III, Libro I, arts. 160-169) regula el desamparo, la tutela administrativa, la guarda de la Administración y el acogimiento de los menores e incapacitados. No obstante falta una norma homóloga a la Ley 12/2001, de 2 julio, de la infancia y la adolescencia (114), así como un reglamento que desarrolle el correspondiente procedimiento administrativo, careciendo de competencias en este punto la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de Aragón. Lo que ha conducido a que todavía no se haya puesto en funcionamiento la protección funcional de los incapacitados.

Explica minuciosamente el trámite parlamentario de la reforma del art. 239 CC, contenida en la Ley 41/2003, –resultado de una enmienda del Partido Socialista, que fue admitida sin discusión–, de corte patrimonial, promulgada con otro objeto y contenido, por lo que puede calificarse de ser una norma aprobada por sorpresa, sin estar prevista, y sin un trabajo de reflexión previo ni tampoco coetáneo a la tramitación parlamentaria, *dado que el legislador durante*

(113) *Un nuevo modelo, etc.,* cit. p. 34.

(114) Sobre esta Ley aragonesa vid. *Comentario de la Ley 12/2001, de 2 julio, de la infancia y adolescencia en Aragón* (coord. García Cantero, y secretario Martínez Cerrada) (Zaragoza 2002).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la misma parece que se dejó llevar, *sin más* (115). Resulta curioso que una norma que había sido tan solicitada (116), fuera luego tan intensamente criticada por la comunidad jurídica (117). Nada extraña que resulta imposible llegar a una interpretación del precepto plenamente satisfactoria, que la autora se esfuerza por realizar (118). Así propone una relectura del art. 239.3 CC, de modo que a la frase *La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces*, se añada la parte central del predicado: *asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz*; y después se precisen los dos casos en que ello ocurrirá: *cuando ninguna de las personas acogidas en el art. 234 sea nombrado tutor o cuando éste se encuentre en situación de desamparo.*

Así el art. 239.3 contendría dos supuestos de hecho y una única consecuencia. Los supuestos son: o que ninguno de las personas recogidas en el art. 234 sea nombrado tutor, o que el incapaz se encuentre en situación de desamparo. La consecuencia jurídica es que la entidad pública asumirá la tutela por ministerio de la ley. Las dudas surgen en el primer supuesto de hecho. ¿A qué casos se refiere?¿cuándo no ha habido un procedimiento de incapacitación? ¿sólo cuando se trata de incapaces naturales? La autora no cree que se haya querido romper el sistema diseñado en el art. 199, y de forma tan tangencial. ¿Habría habido procedimiento de incapacitación, pero no se habría promovido el nombramiento de tutor, o se habría dilatado en el tiempo? Opina que podría ser así, si bien ello constituiría, sin más, un caso de desamparo. Cree, por ello, que el precepto se refiere más bien a la situación en la que no existen o no resultan adecuadas las personas previstas en la ley para ser tutor. Pero tal caso está previsto en el art. 235, lo que originaría un conflicto de normas pues el art. 239.3 ofrece otra solución. Entiende que esta última norma pretendía ser una norma de cierre de preferencias: si el Juez encuentra que no existen o son inadecuadas las personas enumeradas en el 234, entonces debe designar el más idóneo se-

(115) Expresión literal de la autora (*Un nuevo modelo, etc,* p. 41) que denota escasa seriedad legislativa.

(116) Doctrina recogida en *ibidem,* p. 42, nota 12.

(117) Bibliografía mencionada en *ibidem,* nota 13, también con autores incluídos en nota anterior.

(118) *Un nuevo modelo, etc.*, cit. p. 44 ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

gún el 235, pudiendo acudir en tal caso a una persona jurídica. Por ello el 239.3, con una mala técnica jurídica, ha mezclado dos cosas bien distintas. Ha utilizado la capa de la tutela administrativa para cobijar dos supuestos en los que la Administración asume la tutela, pero respondiendo a estructuras jurídicas distintas: a) cuando no existen otras personas a la vista de los arts. 234 y 235, se trata en realidad de una tutela ordinaria; y b) cuando hay desamparo del incapacitado. El primer caso responde a la protección institucional del incapacitado; en el segundo se trata de un supuesto de protección funcional, pues aunque se ha constituido una tutela ordinaria, está de hecho desprotegido.

En una breve referencia a la tutela de personas incapacitadas a cargo de la entidad pública por acuerdo judicial en ausencia de otras personas, la autora se manifiesta radicalmente a favor de la imposibilidad legal de excusa por parte de la entidad (119). Ante la dificultad de establecer relaciones personales con el tutelado, menciona la figura del Delegado tutelar que se encarga de establecer una relación personal y afectiva con la persona tutelada. Sin embargo, más grave puede ser en sus efectos el *uso indiscriminado de la tutela ordinaria de las entidades públicas* (énfasis del recensor), modalidad que, al parecer, ha crecido exponencialmente en relación con los discapacitados, con el riesgo de quedar aquéllas desbordadas por su éxito, y no puedan de hecho asumir los cuidados que precisan aquéllos (120). Puede suscitar dudas que fuera suficiente para lograr que disminuyera su número, con recomendar meramente su carácter subsidiario a los interesados.

La parte central y básica de esta monografía es la dedicada a la tutela administrativa de las personas incapacitadas, a cargo de la autora que como he recordado es especialista de esta tutela referida a menores (121). Además de ocuparse de la insuficiente normativa administrativa, y de la ubicación sistemática de la materia, trata de los sujetos pasivo y activo; el supuesto de hecho del desamparo; apreciación el mismo, características, contenido y ejercicio de la

(119) *Un nuevo modelo, etc.,* cit. p. 55. Que también establece el art. 126.2 del Cód. aragonés de Derecho foral, mientras el art. 140 recoge la innecesariedad de la fianza.

(120) *Un nuevo modelo, etc,* cit. p. 57 s.

(121) *Un nuevo modelo, etc.,* cit. p. 59-98.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tutela administrativa de los incapacitados; las potestades legales de guarda previas; duración y cese; vigilancia; inscripción en el RC. Sus propuestas *de lege ferenda*, aunque toman como referencia la regulación concerniente a los menores, siempre considera la situación diferenciada de los mayores discapaces.

También considera deseable (122) que se introdujera en nuestro ordenamiento el mecanismo de la guarda administrativa de los incapacitados, ubicándolo en un último cap. del Tít. X, Libro I CC, para completar la protección funcional de los incapacitados, junto con el desamparo y la tutela administrativa de aquellos ya aludida. Este mecanismo, de carácter provisional, subsidiario respecto a las medidas institucionales, y que atendería a situaciones urgentes, podría constituirse de dos formas; una, previa solicitud de los padres o tutores a la Administración, y otra, por resolución judicial. La autora excluye la posibilidad de que la entidad pública asumiese de oficio la guarda administrativa, en tanto que, al no haber todavía desamparo, ello supondría una ingerencia arbitraria en la patria potestad prorrogada, o rehabilitada, o en la tutela.

Por último, en el cap. que cierra la monografía la autora se ocupa *in extenso* del acogimiento familiar de personas incapacitadas (123). Se echa en falta la regulación del modo de ejercicio de la guarda que asume la Administración como función de la tutela administrativa. Al intentar aplicar el nuevo art. 239.3, CC hay graves problemas de aplicación de la norma. La sombra de la ausencia de un entorno familiar, –y todo lo que ello conlleva–, planea en torno a la tutela asumida por la Administración. El art. 23.5 de la Convención de 2006 reconoce que la familia o el entorno familiar es el preferente para las personas con discapacidad. Por ello, la tendencia natural de la doctrina es mirar hacia la figura del acogimiento familiar, con la consecuencia de proponer la aplicación analógica de la normativa del acogimiento de menores. Avanza serias dudas sobre esta propuesta acerca de la identidad de razón dadas las diferencias entre menores e incapacitados, que inclinan seguir caminos distintos, aunque paralelos, por lo cual urge la regulación de la última modalidad. Se configuraría como una forma de ejercer la guarda del

(122) *Un nuevo modelo, etc.,* cit. p. 101.Trata brevemente esta cuestion en *ibidem* p. 99-106.

(123) *Un nuevo modelo, etc.,* cit. p. 107-127.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

incapacitado en situaciones extraordinarias de las que saliese de su entorno familiar o, en su caso, de ausencia de éste. Su contenido se identificaría con el aspecto personal de la patria potestad y la tutela. Con visión realista se ocupa de la dificultad de encontrar acogedores para incapacitados (124). Proponer una simplificación de los modelos de acogimiento de menores (quedaría excluido el preadoptivo), y también unificar el acogimiento familiar simple y el permanente, siendo este último en realidad indefinido. Por todo ello entiende que probablemente bastaría con un único acogimiento familiar, pero debiéndose describir su objeto en el escrito de constitución. Describe minuciosamente las partes acogedoras y acogidas, incluyendo la designación por anticipado (125).Sería objeto de anotación registral, sin valor probatorio.

b) M.ª Ángeles Parra Lucán, *La guarda de hecho de las personas con discapacidad* (126)

La autora estudia esta figura desde la redacción originaria del CC, constatando que su presencia ha sido *constante,* si bien dado el cambio de sustrato sociológico sobre el que actúa hay modernos intentos de cambiar su sentido e interpretación, a lo que se opone aquélla muy razonablemente. En un propósito de delimitar la tutela de hecho en general afirma que se trata de un ejercicio voluntario y espontáneo, de quien sin tener deber jurídico de protección del menor o incapaz, asume funciones propias de las instituciones tutelares, cuidando a la persona y gestionando sus intereses con

(124) *Un nuevo modelo, etc,* cit. p. 114 s. Menciona *ad exemplum.* el deseo de compañía que conlleva la soledad, cada vez más arraigada en nuestra sociedad, y, por supuesto, el sentimiento de solidaridad que nunca desaparecerá, sin excluir, retribuciones directas importantes o desgravaciones fiscales.

(125) De este modo se ofrecerían a los padres o tutores o al propio sujeto interesado un abanico más amplio de posibilidades más allá de la tutela. La posibilidad de diseñar para el futuro del hijo o tutelado o para el futuro propio un acogimiento de estas características permitiría optar por un modo de protección de acceso, cese, contenido y funcionamiento distintas a la tutela (*ibidem,* p. 121,

(126) *Los mecanismos, etc.* cit. p. 210-264. La Prof.ª M.ª Ángeles Parra Lucán es Catedrática de Derecho civil de la Univ. de Zaragoza.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

carácter de estabilidad y permanencia. Se concretará, además, en exclusiva a la guarda de hecho de personas con discapacidad por originar problemas específicos y parcialmente diferentes cuando se trata de menores (127).

Con anterioridad a la reforma de 1983, la doctrina se ocupaba de la guarda de hecho como una realidad, pero se discutían las hipótesis (junto al ejercicio de funciones de tutor por quien no ha sido nombrado para ello, la actuación aislada en interés del incapaz, la continuación en el ejercicio después de haberse extinguido la tutela o de haber sido cesado, la tutela irregularmente constituida u organizada, los casos de tutela putativa etc); el régimen a que debía someterse la actuación del guardador (gestión de negocios ajenos, en interés del tutelado se proponía aplicar el régimen ordinario de la tutela, incluso de las responsabilidades y obligaciones, pero no sus beneficios); se discutía también la validez de los actos realizados por el tutor de hecho atendiendo a la buena o mala fe del tercero con el que se hubiera relacionado, distinguiendo entre actos conservativos, de administración y disposición, y beneficiosos o no para el pupilo.

En el anteproyecto redactado en 1977 por los Profesores Díez-Picazo, Bercovitz, Cabanillas y Caffarena, por encargo de la Fundación Mediterránea, se justificaba la propuesta que se hace de la figura, tenida luego en cuenta al redactarse la Ley de 1983 (128). En primer lugar, la autora subraya gráficamente la primera reacción del legislador ante la guarda de hecho, considerándola como *situación provisional que debe extinguirse.* Ciertamente, la regulación vigente en el Cc es escueta y no contiene un concepto de guarda ni de guardador de hecho ni enumera las situaciones que comprende;

(127) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 212.

(128) "Es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida por aquellos otros que habiendo sido tutores, han sido removidos de su cargo. Hasta hoy, el Derecho ignoraba tal situación (...) El anteproyecto, por el contrario, hace una referencia expresa a los guardadores de hecho para reconducir a Derecho, una realidad cotidiana, sin oprimirla, con todo, en cortas fronteras, lo que explica la exigua regulación" (transcrito en *ibidem,* cit. p. 215).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

esta ausencia de definición no le parece criticable, porque de esta forma permite de manera flexible que las más variadas situaciones fácticas puedan quedar incluidas en la previsión, que no se dirige al mantenimiento estable y con respaldo legal de la guarda de hecho. Por el contrario, la contempla como una situación provisional, avocada a ser controlada judicialmente en cuanto la autoridad tenga conocimiento de su existencia, de forma que deberá constituirse la correspondiente institución tutelar (art. 304 CC); la regulación se limita a dejar a salvo la validez de los actos útiles realizados por el guardador (art. 305) y la posibilidad de que el guardador que haya sufrido daños sea indemnizado (art. 306) (129). Pero a continuación, la autora describe la *terca realidad y la crítica doctrinal a la regulación legal.*

En efecto, el legislador de 1983 trata precisamente de dotar de las máximas garantías a las personas que requieren protección, hace depender todos los mecanismos de protección de la existencia de un proceso judicial y de una sentencia. Pero en la práctica estas incapacitaciones no se producen, tanto por desconocimiento como por el recelo de las familias, con lo cual el perfecto sistema de protección diseñado en la ley resulta ineficaz. Una encuesta del INE de 1986 sobre Discapacidades, deficiencias y estados de salud, muestra que tan solo un 15 % de las personas que según los baremos de la OMS, estarían necesitadas de tutela, están judicialmente incapacitadas. Por otra parte, según datos de la Encuesta de 1999, recogidos en el Informe del Consejo Económico y Social sobre la situación de las personas con discapacidad en España, dos tercios de la población española afectada por situaciones de discapacidad la componen mayores de 65 años. El paso del tiempo ha puesto de relieve que el sistema institucional de la incapacitación, con el sometimiento a tutela y curatela, adolece de una rigidez y falta de flexibilidad que lo hace insuficiente para proteger a las personas que necesitan protección. Estas críticas doctrinales se han visto reforzadas por la Convención de 2006 de la ONU, denunciándose el peso excesivo atribuido al Juez y la poca permeabilidad del Derecho privado a los principios y propuestas de la Convención, que parte del carácter subsidiario de la protección y el carácter primario de la autonomía de la voluntad. En muchas ocasiones, aun habiendo causa legal para incapacitar,

(129) *Los mecanismos, etc, ibidem*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ello no reporta ningún beneficio a la persona; así se entiende que las familias eludan la incapacitación, que tiene un estigma social cuyo coste temporal y personal no compensa los nulos beneficios que pueden producirse cuando, de hecho, la persona ya está atendida y sus necesidades de protección cubiertas. El paso mental lógico siguiente entre las personas que asumen la guarda, respaldado por algunos estudiosos e instituciones bienintencionadas, conocedoras de esta realidad social, es el de exigir que esta situación de hecho tenga un respaldo jurídico y goce de la misma eficacia que la tutela *legal*. En particular, en los últimos años se ha criticado el enfoque de provisionalidad con que el legislador estatal se ocupa de la tutela de hecho, y se reivindica la función de la misma en la protección de incapaces, al tiempo que se exige una regulación más extensa, que elimine los problemas que suscita, y que incluya la legitimación frente a terceros de la condición de guardador para actuar en representación del guardado. Advierte que a este tipo de consideraciones parecerían responder algunos aspectos de las regulaciones autonómicas de la guarda de hecho, como la aragonesa o la catalana, pero observa que ambas regulaciones siguen considerando la guarda de hecho como algo provisional que no debe prolongarse, y a la que, en la medida de lo posible se debe poner fin para dar lugar a un sistema estable, legal y formal de las personas con discapacidad (130).

El estudio de la autora es, probablemente, uno de los más detallados que se han realizado hasta ahora en España, incluyendo las recientes normativas aragonesa y catalana, analizando exhaustivamente cada una de las posibilidades fácticas que ofrecen el CC y la Lec, desmenuzando al máximo las actuaciones jurídicas de todos los protagonistas de cada uno de los supuestos legalmente tipificados, descendiendo a la relativamente escasa jurisprudencia de las AAPP que estudia valorativamente, para finalizar con un juicio equilibrado del que difícilmente puede disentirse (131).

(130) *Los mecanismos, etc*., cit. p. 217.

(131) He aquí el índice de cuestiones estudiadas: Guarda de hecho de personas ya incapacitadas; guarda de hecho de personas no incapacitadas (el deber de comunicar la situación a la autoridad judicial o al MF); actuación del MF y de la autoridad judicial (Derecho aragonés y catalán); publicidad de la guarda de hecho); la verdadera guarda de hecho, o sin control judicial; validez de los actos jurídicos que redunden en utilidad del incapaz (aplicación jurisprudencial: SAP Zaragoza, de 8 mayo 2000; SAP Barcelona, sec. 12.ª,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A juicio de la autora las propuestas que reclaman una mayor regulación de la guarda de hecho están llenas de buenas intenciones y, con un criterio realista, pretenden solucionar los problemas a los que enfrentan muchos guardadores de hecho. Ahora bien, si se regula la guarda de hecho y se establecen requisitos y formalidades, acreditaciones y controles, a medio y largo plazo ya no será una guarda de hecho, sino que en la práctica se convertirá en una guarda de derecho, sin previa incapacitación o, si se quiere una *incapacitación más relajada,*(¿incapacitación *light*, o *mini-incapacitación?*: nota del recensor) sin procedimiento judicial contradictorio, sin las garantías del procedimiento de incapacitación, pero en la que alguna autoridad externa (¿los servicios sociales? ¿la autoridad judicial?) deberán comprobar que concurren los presupuestos para legitimar la actuación del guardador en la gestión de los asuntos del incapaz.

Esto no sería criticable en sí mismo, si se ofrecieran soluciones a problemas que se plantean en la práctica y, sobre todo, ante la realidad del rechazo sociológico a la incapacitación, por lo que implica la tramitación de un procedimiento judicial y el resultado que se considera peyorativo de la constitución oficial de la incapacitación de una persona. Pero no debe desconocerse que la relajación en las garantías puede impedir una protección adecuada y dejar abierta la puerta a fraudes y abusos.

Sin embargo, no resulta deseable una generalización de las guardas de hecho al margen de los modelos configurados legalmente, porque se está privando al incapaz de las garantías que en su beneficio el legislador ha previsto al diseñar las instituciones de guarda y protección. También en lo personal, porque parece olvidarse que las actuaciones decisivas sobre el cuidado y atención de la persona

---

de 26 junio 2000; SAP Valladolid, sec. 3.ª, de 1 febrero 2005; SAP Cádiz, sec. 1.ª, de 28 mayo 1999; SAP Jaén, sec. 3.ª, de 12 mayo 2004; SAP Asturias, sec. 4.ª, de 29 septiembre 1999; STS, de 8 febrero 1994). Un paso más: la atribución de legitimación al guardador (art.159.2 CDFA). Aplicación de algunas normas previstas para el tutor (art. 220 CC, art. 225-4 Cccat, arts. 100 ss. CDFA). Otros casos (consentimiento informado en la asistencia sanitaria, legitimación para el reconocimiento de la situación de dependencia; solicitud de información jurídica y económica; constitución de un patrimonio protegido; internamiento involuntario. En particular, la responsabilidad del guardador de hecho por actos de los incapaces (con abundante jurisprudencia comentada de las Salas 1.ª y 2.ª TS).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que no tiene plenas condiciones de madurez de juicio son para ella mucho *más relevantes que las de índole patrimonial: tratamientos médicos, ingresos, internamientos, lugar de residencia, etc. Relegar la incapacitación a los supuestos de grandes fortunas puede suponer desproteger a los más humildes.* (132)

c) José Carlos Fuertes Rocañín, *Patologías psiquiátricas y tratamientos involuntarios* (133)

La enfermedad debe ser considerada a fecha de hoy una enfermedad más, con un correlato biológico y con alteraciones estructurales y funcionales cerebrales aunque todavía de difícil objetivación. No obstante, y a pesar de que los trastornos psiquiátricos son, en su esencia, enfermedades del cerebro, no son sólo eso, sino que poseen peculiaridades que los diferencian del resto de la patología médica; entre las más significativas se encuentran las siguientes: 1. La enfermedad psíquica produce una reducción o pérdida completa de la libertad del sujeto frente a sí mismo. 2. Algunos trastornos psiquiátricos provocan la aparición de estructuras psíquicas nuevas, que son cualitativamente distintas a las que tienen los sujetos sanos. 3. Las alteraciones mentales más severas producen una alteración del contacto con la realidad y también de las relaciones sociales (interpersonales laborales y legales). 4. Las alteraciones o trastornos psiquiátricos son la causa frecuente de dificultades en el control instintivo. Y 5. El entorno del enfermo tiene una influencia muy importante en la evolución y pronóstico de la enfermedad, siendo hoy aceptado por la mayoría de los autores que la mayoría de las enfermedades psiquiátricas tienen una etiopatogenia biopsicosocial. La necesaria interrelación entre Psiquiatría y Derecho origina no pocos problemas y dificultades en su aplicación práctica. La ponencia tratará de los aspectos relativos al tratamiento e internamiento psiquiátrico involuntario.

Se trata de una asignatura pendiente en razón a los problemas asistenciales que plantea a los propios enfermos, a sus familiares y también a los médicos que les asisten y atienden debido a matices

(132) *Los mecanismos, etc,* cit. p. 263 s.

(133) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 265-275. El autor es Doctor en Medicina, Especialista en Psiquiatría y Médico Forense Titular (exced.).

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

singulares: 1. Ausencia de conciencia de enfermedad frecuente en todo los procesos graves. 2. Los tratamientos farmacológicos son, en su mayoría, sintomáticos y de larga duración. 3. Problemas derivados de lo anterior para conseguir la adherencia y cumplimiento terapéutico. 4. Severas dificultades para objetivar mediante pruebas exploratorias complementarias las alteraciones. Y 5. Alarma social que a veces generan ciertas enfermedades psiquiátricas, como la psicosis.

Por todo desde hace tiempo viene existiendo una corriente mayoritaria en Psiquiatría, que solicita una regulación legal clara y precisa del tratamiento ambulatorio involuntario (TAI), que actualmente está en manos de jueces y tribunales que hasta ahora lo vienen aplicando según criterios absolutamente discrecionales. El autor sintetiza argumentos favorables y opuestos a esta propuesta.

A favor:

— El TAI es menos coactivo que el ingreso o internamiento;

— El TAI es una medida mucho menos radical que la incapacidad, y la puede evitar en algunos casos;

— Un tratamiento adecuado evita recaídas y recurrencias en los pacientes menos severos, por lo que mejora su calidad de vida, amortigua su sufrimiento personal y familiar y disminuye el gasto asistencial;

— El TAI reduce el deterioro y los estados defectuales en los pacientes que ya están incapacitados;

— El adecuado cumplimiento terapéutico estabiliza a los enfermos graves;

— El cumplimiento y la adherencia terapéutica mejora la convivencia familiar y disminuye la conflictiva legal que aparece en los pacientes no tratados o infratratados.

En contra:

— El TAI enfatiza la restricción de libertad;

— Un tratamiento impuesto afecta a la alianza terapéutica y puede disminuir la confianza en el médico;

— El TAI puede ser motivo de alejamiento del paciente de los servicios sanitarios al ver en éstos un sistema represor;

— El TAI, según y cómo se lleve a la práctica, puede incrementar la discriminación y el estigma mental que conlleva la enfermedad mental;

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

— Algunos expertos lo consideran como inhibición o descargo de los sanitarios hacia los jueces y magistrados.

En 2004, a instancia de Convergencia i Unió, se discutió en las Cortes una proposición para la regulación del tratamiento involuntario del enfermo mental, que se añadiría al art. 763 Lec. No fue aprobada, entre otras causas, por las serias discrepancias existentes en ese momento entre las diversas sociedades científicas de Psiquiatría. El tema fue objeto de amplia regulación (arts. 84 a 87) en el Proyecto de ley de Jurisdicción voluntaria de 2006. Pero también fue rechazado porque al tratarse de un derecho fundamental de la persona, ni siquiera parcialmente puede regularse en una ley ordinaria; el PSOE, que hizo la propuesta, reconoció que suponía una aniquilación de la libertad del paciente; la Asociación Española de Neuropsiquiatría objetó que no se dirigía realmente a los *tratamiento ambulatorios no voluntarios,* sino a los *tratamientos no voluntarios en general.*

En ausencia de una regulación normativa, el autor muestra su disconformidad porque *sin salud no puede haber libertad.* Admite que, junto a las discrepancias jurídicas las hay también médicas. A su juicio para algunos profesionales de la salud, el obligar a la administración de un tratamiento no es de recibo ya que consideran que la enfermedad no precisa de medidas terapéuticas coactivas, siendo solo una forma de reacción frente a la presión social existente e incluso una muestra de salud mental. Todavía existen sectores muy minoritarios que siguen fieles a criterios hoy periclitados, que ven en la Psiquiatría una forma de represión o de aniquilación de la libertad individual (134).

Para juristas ofrece interés práctico el cuadro que el autor ofrece sobre las enfermedades psiquiátricas que, con más frecuencia, necesitan de un tratamiento involuntario ambulatorio (135):

Psicosis: Son el paradigma de la enfermedad mental más grave y en ellas se produce de forma característica una pérdida del contacto con la realidad. Como síntoma fundamental existen ideas delirantes, trastornos de conducta, alucinaciones, alteración de afectividad. Las

(134) *Los mecanismos, etc.,* cit. p. 272.
(135) *Los mecanismos, etc.*, cit. p. 272-273.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

más representativas son: Las Esquizofrenias, el Trastorno delirante o Paranoia, las Psicosis inducidas por drogas y las producidas por estrés.

Anorexia nerviosa: Es un trastorno de la ingesta alimentaria caracterizada por una importante distorsión de la imagen corporal que se acompaña de pérdida importante de peso, amenorrea y conductas purgativas o restrictivas con los alimentos. En algunas ocasiones anula por completo la capacidad de autogobierno de la persona, pudiendo ocasionar lesiones graves, e, incluso la muerte.

Retraso intelectual: Alteración de la inteligencia en que existe un cociente intelectual inferior a 70. Hay también alteraciones en el comportamiento de tipo diverso, afectividad lábil, y sugestionabilidad fácil. En los casos más graves es necesario administrar tratamientos involuntarios para controlar las conductas agresivas, los actos impulsivos e incluso reacciones violentas con daños a terceros.

Adicción a sustancias: Hay que diferenciar el uso y el abuso. Cuando hablamos de adición o drogodependencia existe como característica esencial una pérdida de la libertad del sujeto frente al consumo de una sustancia. Además se produce un síndrome de abstinencia, es decir, síntomas derivados de la deprivación del consumo, tolerancia o necesidad de incrementar la dosis para conseguir un efecto similar y una necesidad imperiosa de volver a ingerir la droga para conseguir una cierta normalidad, empleando gran parte del tiempo en su obtención y disfrute.

Transtornos de la impulsivilidad: Se incluyen alteraciones del sistema de autocontrol que todos los seres humanos tenemos, apareciendo los llamados actos en cortocircuito, que, a su vez, dan lugar a trastornos del comportamiento. Figuran aquí el trastorno explosivo intermitente, la ludopatía, la cleptomanía o la piromanía.

Finalmente el autor se ocupa del internamiento psiquiátrico involuntario, regulado inicialmente por el Decreto de 1932, sustituido por la Ley de 1983 por la garantista normativa del art. 211 CC, que pasó a ser el art. 763 Lec 2000. La describe en detalle, afirmando que es una medida básicamente técnico-sanitaria, no social ni mucho menos represiva: El médico valora la situación y decide con sus

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

conocimientos técnicos que la persona precisa asistencia sanitaria en régimen de ingreso hospitalario. El Juez tutela los derechos del paciente junto con el Médico forense que supervisa la conveniencia de la medida sanitaria de privación de libertad y analizan documental y personalmente el caso. Observa alguna confusión terminológica (136) cuando jueces y tribunales *ordenan,* en vez de *autorizar,* el ingreso. Lo que hay, en efecto, es una autorización de internamiento, siendo siempre una decisión médica el tiempo que debe durar y la forma en la que se debe llevar a cabo.

d) M.ª Jesús Germán Urdiola, *Tratamiento ambulatorio involuntario e internamiento involuntario* (137)

Se trata de una aportación al TAI procedente –a diferencia del anterior– del campo jurídico, coincidente en el tiempo con la problemática originada por la Convención onusina de 2006, que le afecta transversalmente. Se inspira en la idea de que, en materia de intervenciones sanitarias, se debe transformar el modelo paternalista (todo para el paciente, pero sin el paciente), por otro en el que prevalece la decisión del afectado siempre que cuente con la información suficiente para poder decidir. La autora se mueve en el campo *de lege ferenda*, así como en el experimental que algunos juzgados españoles están ensayando (138). Se trata de que un juez civil pueda autorizar un tratamiento médico ambulatorio de carácter obligatorio por razón de trastorno psíquico, con el fin de posibilitar el acceso del enfermo al tratamiento psiquiátrico necesario y apropiado, en el entorno menos restrictivo posible, o sea sin necesidad de internamiento (por lo cual se denomina *Tratamiento ambulatorio involuntario).* Pese a la ausencia de regulación expresa, algunos juz-

(136) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 275. La orden de internamiento sólo sería adecuada cuando la enfermedad mental sobreviene estando el sujeto en prisión cumpliendo condena, o bien cuando se aplica una eximente y la privación de libertad que le hubiere correspondido se sustituye por una medida de seguridad como es el ingreso psiquiátrico.

(137) *El tratamiento, etc.,* cit. p. 277-284. La autora es Doctora en Derecho.

(138) Se trata de experiencias llevadas a cabo desde hace algún tiempo en juzgados de San Sebastián, Barcelona, Madrid, Alicante, Valencia y Gijón.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

gados lo aplican con base en el principio *quien puede lo más, puede lo menos,* con base en el art. 763 Lec. En ausencia de criterios médicos y jurídicos coincidentes para colmar la laguna, se plantea la cuestión de si es suficiente la normativa contenida en el art. 9.3 de la Ley 41/2002. Básica reguladora de la autonomía del paciente y de Derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), relativo a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, para poder aplicar un tratamiento obligado a un enfermo mental grave que se niega a asumirlo y seguirlo voluntariamente; o si es necesaria la introducción de una regulación expresa. La autora –que parece inclinarse por la segunda opción–, sigue las vicisitudes del art. 763.1 Lec, que fue declarado inconstitucional por STC 132/2010, de 2 diciembre, pero no anulado ya que lo discutido era la ubicación del precepto (norma orgánica), y su nulidad crearía un vacío no deseable.

Atendiendo a los hechos, afirma la autora que es frecuente que el enfermo mental, una vez dado de alta en la institución psiquiátrica e incorporado al sistema ambulatorio deje de tomar la medicación, bien sea por falta de conciencia de enfermedad, o por encontrarse mejor, o por los efectos secundarios que le provocan etc., lo que le conduce a recaídas y a nuevos ingresos (el llamado *síndrome de puerta giratoria*). La responsabilidad de convencer al enfermo de la obligación de continuar con el tratamiento, queda en manos de la familia. En todo caso, los destinatarios del TAI, además de sufrir una patología mental grave, conservan el respeto al principio de autoridad que supone el juez. Se propone, no como medio de contención de pacientes violentos, sino para evitar la recurrencia de episodios psicóticos con el deterioro progresivo del enfermo. Su carácter no es generalista, sino excepcional, y sólo podrá aplicarse conforme a los principios de eficiencia, necesariedad y proporcionalidad que guían estas medidas en otros ordenamientos democráticos.

En cuanto al procedimiento, parte de una solicitud del médico dirigida al juez, después de haber valorado que el tratamiento concreto que prescribe puede ser beneficioso para el enfermo y que el centro de salud mental donde ha de ser atendido cuenta con suficientes recursos para su seguimiento. Su adopción involucra al médico y al paciente; al médico, en cuanto que se compromete a vigilar el cumplimiento y evolución del sujeto al que se destina; y al paciente, ya que ha de seguir el tratamiento prescrito por su es-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pecialista. Se articula como una herramienta que permita a algunos enfermos ser atendidos de forma más eficaz, evitando reingresos y conductas de riesgo, aunque lo fundamental es que el seguimiento sea efectivo y cercano.

Con criterio realista la autora afirma (139) que la TAI no pretende ser la solución al deficiente sistema de salud mental español; ni resolver problemas como el estigma, la dificultad de acceso a un empleo o a un sistema adecuado de recursos sanitarios y sociales. No se pretende judicializar la salud mental, ni sustituir los programas de intervención en salud mental comunitarios; se intenta proporcionar un instrumento de colaboración que sirva de nexo causal entre las distintas Administraciones implicadas. La medida no busca encorsetar la actuación médica, y tampoco valorar criterios médicos sobre la aplicación de la medicación. La orden de tratamiento parte del facultativo que la propone, y el juez se limita a autorizarla si procede.

A MODO DE CONCLUSIONES

Con cierta lejanía –digamos, con perspectiva comparativa– ¿cómo es posible que, al parecer, sólo uno de los países que integran la ONU se encuentre en un callejón sin salida a la hora de implementar en su ordenamiento interno el contenido del art. 12 del Convenio de 2006 –disposición, ciertamente, de algún modo emblemática–? Hay suficientes referencias en la recensión para afirmar que ni en Francia, Italia o Alemania (y menos todavía en el Reino Unido o en USA), se ha planteado tan agudamente como entre nosotros, el dilema *"reforma o ruptura"* a la hora de implementar el Convenio en su derecho interno. Es verdad que se trata sólo de tres países de nuestro entorno pertenecientes al *Civil Law*, pero cabe presumir razonablemente que de existir conflicto serio con algún otro miembro de la ONU, adherido al mencionado Convenio, el eco de la misma nos hubiera llegado.

Hay que agradecer al equipo de investigación que dirige el Prof. Martínez de Aguirre su notable esfuerzo por tender puentes entre posiciones presentadas como irreductibles, aunque, como es lógi-

(139) *Los mecanismos, etc.*cit. p. 282.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

co, sin renunciar a posiciones doctrinales propias bien consolidadas. Como el tema sigue sin resolverse al redactar esta recensión, no puede extrañar que la postura del Equipo aludido sea, en cierto modo, *in itinere*, o sea también *por etapas.* No se hace aquí ninguna defensa numantina de la posición que podría calificarse de *clásica,* sino que, descendiendo con mucha frecuencia a la realidad social actual, se reconocen fallos e insuficiencias del derecho vigente, así como las nuevas necesidades que plantea el mundo sufriente de las personas mentalmente discapacidades y su entorno. Oportunamente se advierte que no se trata de un mero problema terminológico –aunque también lo sea–, y se acude a la versión inglesa del texto onusino que parece el prevalente en el texto internacional, tratando de interpretarlo y haciendo ver sus propias insuficiencias. Dando por supuesto, por lo demás, que el régimen tutorial introducido por la reforma de 1983 precisa revisión por no haber alcanzado plenamente todos sus objetivos. No se encastilla exclusivamente en las soluciones normativas que ofrece –también en la práctica– y se muestra abierto a revisarlas y aceptar eventualmente otras. No le asusta recordar al legislador *indígena* su menosprecio del *ars normandi*, así como la frecuencia con que incurre en casos de *desmemoria.*

Personalmente me gustaría saber si, por quien proceda, se han hecho cálculos del costo que supondría imponer de golpe, entre nosotros, para las personas con discapacidad el sistema de asistencia propugnado por la orientación que aquí se discute.

Finalmente, hay que señalar la cuidadosa presentación de los volúmenes por parte de Dykinson y Thomson-Reuters Aranzadi; y, especialmente, el acierto del Director de la Colección "Monografías de Derecho civil", Prof. Yzquierdo Tolsada al elegir la primera de aquéllas para su publicación.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

Ante todo, mi comentario al Dictamen propuesto en los números 86-87 de la Revista.

I. DÍGASE QUÉ COMPRENDE LA HERENCIA DE DON PEDRO RESPECTO A... ¿DERECHO A SUCEDER? ¿REQUISITOS ESPECÍFICOS?

Como voy a exponer, las disposiciones que se contienen en su testamento, en mayor o menor medida, no son jurídicamente todo lo adecuadas y acertadas que debieran. Trato las cuestiones realizando un estudio general, comprensivo de más supuestos que los que se contienen en la temática planteada, a fin de dar una visión completa de la misma.

II. LA TRANSMISIÓN HEREDITARIA Y LOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESIÓN

A salvo de lo que diga el acto constitutivo de la concesión administrativa los derechos dimanantes de la misma son transmisibles m. c.

Con todo, hay que descender al supuesto concreto, y es que la realidad muestra el enjambre legislativo que en España depara la regulación existente respecto a concesiones que en muchos casos tienen, en el ámbito de la economía familiar, importancia vital.

1. La oficina de farmacia como empresa. Es transmisible m. c. sin duda (TS, repetidamente). Más no lo es, evidentemente el título

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

farmacéutico. Para estar al frente de la misma, hay que serlo: el heredero del farmacéutico, con oficina de farmacia, le sucede en la licencia, pero no en el título de farmacéutico –de cualificación universitaria– que es personalísimo.

2. Administración de loterías

Hoy las vicisitudes jurídicas de épocas precedentes –por mor de controles y corporativismos– se han diluido: conforme el R. D. de 11 de junio de 1985 el administrador de loterías lo único que tiene es la facultad de proponer al Organismo un nuevo titular (de manera análoga al supuesto de transmisibilidad i. v.) y ello –arts. 14 y 17– dentro de un círculo concreto de personas (cónyuge, padres, hijos o nietos y en su defecto algún hermano) y es la Administración de Loterías la que nombra al nuevo concesionario si reúne las condiciones apuntadas.

Con todo, el principio que se deduce de lo expuesto: no forma parte de la herencia, en la realidad no ha sido obstáculo para la aceptación de pactos familiares (como el de que una persona sea la titular de la administración de loterías, sin perjuicio de que se IH a los dos hijos en la misma; derecho que el TS –en S. de 22 de julio de 2007– consideró incluible en la herencia.

3. Administración de Estanco

Monopolio estatal, como el de Loterías, la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es de carácter administrativo. Se rige por normativa específica, y en lo que importa a lo que aquí estudio, la conclusión es clara: nada tiene que ver su transmisión con la sucesión m. c. que el CC regula.

Regulación, la plural apuntada, que revela criterios diferentes al común o general y que en cierto modo –como señala Rubio Garrido– concretan la idea germánica de una pluralidad de masas patrimoniales regidas, en su delación *sui generis,* a determinadas personas, por reglas propias (en este sentido no hay que olvidar los supuestos de bienes reservables, al menos en legislaciones como la del CC que mantienen las reservas, a diferencia de algunas de CC AA).

4. Puesto de mercado de abastos, bares, peluquerías, tiendas y comercios en general, kioscos de prensa: no están desvinculados de la sucesión m. c. Integran la herencia, se rigen por el título suceso-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

rio, el testamento es medio de transmisión, pero ello sin perjuicio de la existencia de controles, licencias, conexión administrativa.

y 5. Respecto al negocio de una explotación de taxi, hay que distinguir el derecho administrativo dimanado de la licencia, sometido a sus reglas de transmisión y no incluible en la herencia, del negocio de explotación, incluible en la misma sin duda alguna.

Doctrina y jurisprudencia de Audiencias así lo consideran, de modo que –como dice el autor antes citado– la base económica del negocio, que comprende los medios en que físicamente se basa como la clientela, en su caso, el derecho de traspaso y demás elementos accesorios de la actividad negocial de la explotación, son susceptibles de transmisión m. c.

Están sujetas, sin duda, al I.S.D. (Juárez Gónzalez).

III. LA SUCESIÓN EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS: SUCESIÓN, MERCED REAL

Introducción

El título nobiliario es un bien inmaterial sin contenido patrimonial (para que quede claro de entrada, la sucesión en un título nobiliario no está sujeta al ISD, sí al I. sobre A. J. D.)

La Real Carta o Real Cédula de creación o concesión de la merced es el título nobiliario por antonomasia y la regulación actual se encuentra en la Ley 33, de 30 de octubre de 2006, que deroga el criterio de masculinidad, (acorde con el principio de igualdad constitucional), de tanta repercusión mediática y con repercusión jurídica y social importantes (máxime al terminar con la exclusión de la filiación no matrimonial; arts. 1 y 14 CE).

3.1. Estamos ante una sucesión en la que el sucesor "ha de tener sangre" de la persona a la que se ha concedido la merced (J. Feas y Costilla). Ha de ser pariente natural, consanguíneo –no por afinidad–; no puede por tanto se sucesor el cónyuge viudo, ni el Estado u otra persona jurídica.

3.2. Partiendo de lo anterior, la sucesión puede ser regular: si

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en el título de concesión de la merced nobiliaria no existe previsión sucesoria diversa sobre el orden de suceder, o irregular: se aplica lo determinado en dicha previsión. En la primera –que se presume– cabe afirmar hoy por hoy y a pesar de lo diversas opiniones doctrinales, que –como expone De Vera y Beamonte– para el TS, ni se trata de colaterales del último poseedor que a su vez lo son del primer concesionario de la merced (por no descender de él), se aplica exclusivamente el principio de propincuidad (el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea), con exclusión del principio de representación. Y si hay varios, es preferido el de mayor edad (a partir de la S. de 13 de octubre de 1993: no es de aplicación el derecho de representación que regula el CC. En la de 15 de diciembre de 2009, en que el actor reclamaba contra su padre, que había renunciado al título, y contra su tío carnal que era el pariente colateral más próximo al último poseedor legal indiscutido, fallecido sin descendencia, el Supremo estima doctrina consolidada la aplicación exclusivamente del principio de la propincuidad, proximidad, que excluye al de representación).

3.3. Los efectos de esta sucesión especial (o excepcional) son en esencia: *opere ipso iure* por el hecho de la muerte de poseedor legítimo. Desde ese momento el llamado a sucederle automáticamente adquiere la posesión civilísima, sin necesidad de su ejercicio (Ley 45 de Toro); pero puede renunciar al título (art. 2, D. de 1912).

Su contenido es: el derecho de usar la merced, que se extiende a su cónyuge, mientras no se produzca la separación judicial. Y desde luego puede perseguir judicialmente el uso indebido del título por terceros.

IV. ARRENDAMIENTOS Y FALLECIMIENTO DEL ARRENDFATARIO

1. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda

Si se trata del local donde el arrendatario ejerce una actividad empresarial o profesional –sin que se hable de si hace falta o no colegiación– y fallece, el actual art. 33 de la LAU de 1994 establece (a diferencia del antiguo art. 60 LAU 1964) que: el heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad podrá subrogarse en

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato.

Con lo que el causante puede, si el heredero o legatario continúa en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, designarlo m. c. para que se subrogue en el contrato, de modo que esto no puede hacerse si no continúa en el ejercicio de la misma o si prefiere desarrollarlo en otro lugar. Y si lo que quiere es cambiar de actividad y subrogarse, como hay que estar a lo previsto en el contrato celebrado entre arrendador y arrendatario, tal cambio puede ser causa de resolución del arrendamiento (Parra Lucán).

2. Caso de arrendamiento para uso distinto de vivienda y no tratarse de local donde el arrendatario ejerce actividad como una de las expuestas, dado que el contrato de arrendamiento no es personalísimo, es de aplicación la regla general del art. 1257 CC, al no existir ninguna especial o específica al respecto: el contrato produce por tanto efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. Queda por ello el derecho de arrendamiento incluido en la herencia, los sucesores pueden continuar con el contrato, como pueden cederlo o subarrendarlo (art. 32).

3. Arrendamiento de vivienda: el fallecimiento del arrendatario

Hoy, suprimidas en la LAU las prórrogas forzosas, ¿deberá aplicarse el principio de Derecho común de la transmisión m.c. del contrato, al no ser arrendamiento personalísimo? Así cabe entenderlo a juicio de parte de la doctrina, pero la realidad legal es otra: el contrato se celebró para que su objeto, la vivienda, fuera destinada al arrendatario, por lo que fallecido éste el contrato se extingue salvo que se produzca la subrogación de las personas que tienen derecho a hacerlo conforme al art. 16 LAU: cónyuge, conviviente… descendientes, ascendientes, hermanos…

El precepto citado dice en efecto: si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido (art. 16.1 II). Como señala M. A. Parra Lucán la finalidad de la norma es clara: proporcionar la posibilidad de mantener el derecho a la vivienda a determinados familiares del arrendatario. Derecho de subrogación por el fallecimiento de éste, que es totalmente independiente de las normas sucesorias

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

aplicables a los bienes y derechos del causante (régimen también aplicable si en la vivienda, de manera accesoria, existe un despacho profesional).

Como expone Verdera Server no estamos ante un derecho hereditario. Como tiene declarado el T. S. se trata de un beneficio sucesorio a favor de determinadas personas por razones de interés social y en atención al difícil problema de la vivienda. Es indisponible por el causante por tanto ya que el derecho de subrogación lo otorga la ley (al amparar el art. 1406.4.º CC con el art. 16 LAU, Carrasco Perera observa que esta norma favorece más al cónyuge viudo, pues el derecho arrendaticio no se computa en su mitad ganancial y no ha de devenirlo de su haber en la concurrencia de los herederos del cónyuge premuerto).

En consecuencia, como apunta el autor primeramente citado, aunque el arrendatario manifestara su voluntad en orden a preferir a alguna persona como beneficiaria de la subrogación, no tiene valor tal manifestación, no vincula ni al arrendador ni a los eventuales beneficiarios conforme a la LAU.

Fiscalmente, como apunta Juárez González, el derecho de subrogación *ex* art. 16 LAU tiene contenido económico evaluable pero la consideración de que es la ley la que lo otorga lleva a entender que no está sujeto al ISD. La práctica administrativa avala la no sujeción, acorde con lo anterior, y lo mismo acaece –como voy a exponer a continuación– respecto al arrendamiento rústico.

4. El fallecimiento del arrendatario y la Ley de Arrendamientos Rústicos

Variaciones legales se han ido produciendo desde el principio general del CC de 1889 *ex* art. 659, que tenía que entenderse aún aplicable pasando por las Leyes AR de 1935, de 1942, de 1980, hasta la actualmente vigente (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre).

El art. 24 e) parte de "la terminación del arrendamiento rústico por muerte del arrendatario fallecido." Esto es, los llamados a su sucesión intestada.

El precepto se ocupa del supuesto de concurrencia de varios sucesores legítimos: a falta de designación expresa del testador, tendrá preferencia, dice, el que tenga la condición expresa de joven

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

agricultor y si hubiere varios, será preferente el más antiguo y… (agricultor joven es la persona que haya cumplido los 18 años y no haya cumplido los 40 años y ejerza o pretenda ejercer la actividad agraria; 2.7), pero no profundizo ya, dado que se deduce de lo expuesto.

La conclusión a la que se llega es idéntica a la expuesta al tratar del arrendamiento de vivienda urbana: es un derecho concedido por la ley, ajeno por ello a los principios de la s. m. s del CC.

II. DICTAMEN PROPUESTO EN LOS NÚMS. 86-87 DE LA RJDN

La primera cuestión que debe plantearse es la de si estamos o no ante un verdadero testamento partición.

Como argumentos a favor, parece deducirse del tenor del testamento que, a salvo un pequeño remanente, el testador hace una distribución de los bienes que hace a cada uno de sus tres sobrinos, dueños de un cuerpo de bienes nítidamente separados, con datos suficientes para identificar los bienes, lo que podría permitir que cada uno por sí solo otorgue escritura de aceptación y adjudicación de herencia en cuanto a los bienes que le son adjudicados, teniendo en cuenta que no existen legitimarios y que la voluntad del testador es clara en cuanto a cómo deben distribuirse los bienes "repartidos".

Es decir, que a los bienes inmuebles repartidos son llamados los instituidos, y al metálico los sobrinos Víctor y Fulgencio. Solo para el remanente sería preciso la comparecencia de todos los herederos instituidos en el testamento.

En contra tenemos que, en realidad y técnicamente hablando, no existe una auténtica partición (faltan valores, descripción de los bienes conforme las exigencias del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, antecedentes y títulos de adquisición de los bienes...). Conforme al art. 275 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, en realidad no habría más que unas disposiciones particulares sobre la partición que habría que tratar como prelegados conforme al artículo 768 del Código Civil (el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario), por lo que se haría precisa la intervención de todos los herederos para otorgar las escrituras de entrega de legado (art. 885 del Código Civil) y el reparto del remanente que, en su caso, hubiera.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El fondo del problema, y la posible solución, se produce como consecuencia de la renuncia pura y simple "a la herencia" de su tía Petra que otorga su sobrina y heredera Clotilde. En virtud de la cláusula de sustitución vulgar contenida en la cláusula segunda del testamento, son llamados a la parte renunciada, las hijas de Clotilde, Ana y Eva, que a su vez y el mismo día y ante el mismo Notario renunciaron seguidamente, también pura y simplemente, a la herencia de su tía (tía segunda) Petra Foz Rodríguez.

No resulta acreditado, sino simplemente manifestado, que Ana y Eva son las únicas descendientes de Petra; tampoco resulta acreditado, a su vez, que ninguna de ellas tuviera descendientes. Partiendo de que ello sea así, deberá ser acreditado, y para ello el instrumento adecuado será, sin duda, el Acta de Notoriedad, que en principio podrá promover cualquier que tuviera interés legítimo para ello, por eso, también los otros dos herederos, esto es, Víctor y Fulgencio.

Acreditado lo anterior, la cuestión radica en interpretar el alcance de las renuncias puras y simples realizadas por Clotilde y por las hijas de ésta, Eva y Ana, y la pregunta se anticipa evidente ¿existe derecho de acrecer? La cuestión es complicada.

A) Si entendemos el testamento como particional y a los instituidos –tal y como literalmente resulta del testamento– como herederos, nos encontramos que el art. 982.1 del Código Civil excluiría claramente ese derecho, pues el testador está haciendo una designación especial de partes que hace a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado (art. 983 del Código Civil), por lo que el derecho de acrecer sí operaría, pero exclusivamente con relación a la adjudicación del remanente.

Y si no opera el derecho de acrecer, conforme al art. 986 del Código Civil, la porción renunciada pasaría a los herederos legítimos; y la cuestión se complica más porque éstos serían los tres hermanos de Petra que le sobreviven (Luciano, Amancio y Federico), además de Víctor y Fulgencio en representación de su fallecido padre Manuel, también hermano de la testadora.

¿Habrá que acudir a la apertura de la sucesión intestada conforme al art. 912.2º del Código Civil para determinar quiénes serían los llamados precisamente en la institución de bienes señalada por el testador y adjudicada a su sobrina Clotilde? Parece, a primera

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

vista, que esa deba ser la respuesta que se desprende del Código Civil.

B) Si entendemos que el testamento no contiene más institución de herederos que la que por partes iguales se hace "en cualesquiera otros bienes distintos de los adjudicados" a favor de los tres sobrinos, y que todas las instituciones precedentes son en realidad legados, las cosas pueden discurrir por un camino muy dispar, porque conforme al art. 888 del Código Civil, la renuncia de Clotilde y de las hijas de ésta provocaría su "refundición en la masa de la herencia" al no haber más sustitutos ni un propio derecho de acrecer. Pero, refundidos en la masa hereditaria, los bienes señaladamente adjudicados (legados) a Clotilde pasarían a formar parte del remanente no adjudicado, y en el que se instituyen herederos por partes iguales a los tres sobrinos, y entonces sí habría a favor de Víctor y Fulgencio el derecho de acrecer de la herencia renunciada por Clotilde y sus hijas.

Ambas soluciones y planteamientos son técnicamente sostenibles, pero los resultados difieren notablemente. Al final, más allá de las argumentaciones técnicas que nos conducen a soluciones totalmente distintas, no queda otra vía que acudir al art. 675 del Código Civil y resolver la cuestión, la duda, tratando de observar lo que parezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

Llegado este punto, parece que entre que el lote de bienes adjudicado a Clotilde pase a los hermanos de la testadora, que en ningún momento fueron mencionados por ella y nada les atribuyó, o sea adquirido por el resto de sus herederos, es decir, por Víctor y Fulgencio, parece que esto último es más acorde con lo que se puede desprender de la voluntad del testador.

Consideraríamos así que nos encontramos ante una distribución de una parte de la herencia en legados (prelegados) que nos permitiría, a través de la refundición en la masa hereditaria del prelegado de Clotilde (art. 888 del Código Civl), acudir al derecho de acrecer, ya que pasaría a formar parte del remanente, en el que sí estaban instituidos los tres sobrinos por partes iguales, pero sin especial designación de partes (art. 983.2 del Código Civil).

Pero llegados a este punto, puede surgir una nueva duda en cuanto al alcance de la renuncia, dados los términos en que sus

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

otorgandos están redactados: "renuncia pura y simplemente a la herencia de su tía Doña Petra Foz Rodríguez", ¿qué alcance tiene esta renuncia?

Si hubiéramos optado por entender que todo en el testamento es herencia, obviamente alcanzaría a la totalidad del contenido patrimonial del mismo, pero si tratando de buscar la solución técnica que pueda ajustarse con mayor fidelidad a la voluntad del testador, hemos optado por entender que las instituciones en cosa cierta son legados, ¿alcanzaría la renuncia de herencia al cuerpo de bienes separado adjudicado a Clotilde? Aquí ya no se trata de interpretar la voluntad del testador, sino el alcance de las renuncias otorgadas.

Es verdad que cuando uno otorga una renuncia pura y simple de herencia y más conociendo los términos en que el testamento está redactado, lo que parece desprenderse es la intención de renunciar a todas las atribuciones que del testamento resultan a su favor, donde Clotilde está siempre nombrada como heredera y nunca como legataria.

Pero también podría ocurrir que Clotilde conociera la literalidad del art. 768 del Código Civil y también el último párrafo del art. 890 del Código Civil, conforme el cual "el heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar a la herencia y aceptar el legado, enunciar ése y aceptar aquellos".

La buena fe que parece que debe ser exigible (art. 7 Código Civil) y la claridad, permitiría exigir de Clotilde y de sus hijas que si no querían renunciar al legado, lo aclarasen en la misma escritura de renuncia, pero también es cierto que no se impone en el Código Civil que la renuncia a la herencia y, en su caso, la aceptación del legado deban tener lugar simultáneamente (la buena fe podría imponerlo?).

La renuncia tampoco está otorgada de una manera omnicomprensiva como sería "que renuncia pura y simplemente a cualquiera de los derechos que le pudieran corresponder por herencia de su tía Petra" o "en la sucesión de su tía Petra" que nos sacaría de dudas.

Tal vez lo más aconsejable para que Víctor y Fulgencio pudieran otorgar por sí solos las escrituras de adjudicación de herencias sería que tanto Clotilde como sus hijas aclarasen la renuncia para hacerla omnicomprensiva de modo indubitado, aunque, dando por supuesto que se ha acreditado la notoriedad de no existir más descendientes que los renunciantes, la buena fe, ¿podría permitir, con los títulos

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

aportados, entender a Víctor y Fulgencio como únicos interesados y suficientemente legitimados para otorgar por sí solos la correspondiente escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia?

Federico Cantero Núñez
Notario de Arteixo

Y ahora el nuevo DICTAMEN. Contiene las siguientes cuestiones.

Primera.– Mediante escritura pública todos y cada uno de los propietarios de conjunto inmobiliario en régimen de propiedad horizontal, en Puebla de Sanabria, compran una finca colindante en la que existe una vivienda unifamiliar en construcción.

Interviene en representación de la comunidad de propietarios su presidente –facultado al efecto, según certificación de acuerdos adoptados por unanimidad en la Junta Extraordinaria y Universal, en los que se incluye la facultad de "hacer constar que la finalidad de la adquisición es su destino a las zonas comunes ajardinadas del conjunto inmobiliario"–.

Así consta en la escritura, especificándose que "la compra la realizan todos y cada uno de los propietarios, como departamento procumunal, en pro indiviso, conforme al art. 4 de la Ley de Propiedad Horizontal."

La Registradora no practica la inscripción solicitada ya que: "la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica por lo que no puede ser propietaria de un bien y por ende titular registral". Así se deduce de los arts. 396 CC, Ley de P. H., 9 de la L. H. y 51 de su Reglamento."

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Segunda.– El matrimonio Anselmo y Benita cede, en escritura pública, a "Inmobiliaria Ansa SL" un solar, recibiendo como contraprestación el dieciocho por ciento de la total superficie que se construya, tanto de viviendas como de locales, lo que se concretará posteriormente en base al proyecto técnico definitivo que se elabore y de acuerdo con el Plan General de Ordenación vigente en Oliva (Valencia).

Cada uno de los cónyuges otorgan testamento en el que se instituyen herederos por partes iguales a sus siete hijos y se nombra

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

albacea contador-partidor a D. Claudio, con las más amplias facultades, incluida la de entregar legados.

Fallecido Anselmo, la partición la realiza el contador partidor y la viuda. Al haberse ya concretado cuales son las viviendas y locales comerciales que corresponden al porcentaje antes referido, se liquida la sociedad de gananciales y se adjudican aquellos, al cónyuge viudo y a los hijos 5, 6 y 7. A los otros cuatro hijos se les adjudican otros bienes de la herencia.

Posteriormente, en virtud de acta de entrega, "Inmobiliaria Ansa SL" procede a la entrega de viviendas y locales correspondientes a la viuda Benita y a los hijos y herederos 5, 6 y 7.

El Registrador suspende la inscripción de la escritura de partición y el acta notarial de entrega: "porque la concreción de viviendas y locales excede de lo que supone contar y partir. No basta que la haya efectuado el contador-partidor con el cónyuge viudo. Deben, por tanto, consentirla todos los herederos unánimemente, y a falta de acuerdo habrá que acudir a la vía judicial".

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Tercera.– En sus respectivos testamentos los cónyuges José y Leonor instituyen herederos por partes iguales respecto de los bienes y derechos presentes y futuros a sus cinco hijos 1, 2, 3, 4 y 5, tras respetar la legítima viudal.

Nombran contador-partidor a D. Manuel y manifiestan cada uno de ellos que: se prohíbe la intervención judicial en su herencia, de modo que sea el contador partidor el que intervenga exclusivamente. Las donaciones ya efectuadas de 480 acciones de "Inmobiliaria Tejeda SA" a favor de los hijos 1 y 2 habrán de ser respetadas totalmente.

Caso de contravenir los herederos estas disposiciones, sus derechos serán solo lo que corresponda a la legítima estricta, acreciendo todo lo demás a los que estén conformes.

Fallecidos ambos testadores, las tres hijas 3, 4 y 5 impugnan judicialmente la anterior testamentaria por entender que es nula, por contravenir la ley, ya que se infringe el derecho de los legitimarios al cómputo de las liberalidades, así como es nula la sanción que consta en los respectivos testamentos. Ello en base al art. 675, párrafo segundo del Código Civil.

Consideran que tienen derecho a que todos los bienes de los causantes, incluidos los donados, sean adjudicados conforme a la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

disposición testamentaria de institución de los herederos a los cinco hijos por partes iguales.

El contador partidor solicita dictamen preguntando:

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Cuarta.– Federico y Guillermina en sus testamentos legan la finca *x* a Javier e instituyen herederos por partes iguales a sus hijos Francisco y Claudia.

Fallecidos los testadores, Claudia, en escritura pública, acepta pura y simplemente la herencia de sus padres y hace entrega del bien legado al legatario, que acepta.

A la escritura se acompaña un acta de remisión de carta por correo en la que consta que Claudia y el legatario remitieron carta al otro heredero para que compareciera al otorgamiento de la escritura para la entrega del legado con la advertencia de que de no comparecer o de oponerse se procedería a dicha entrega, como así se ha efectuado.

En la escritura manifiestan los otorgantes que el caudal hereditario es suficiente para satisfacer los derechos hereditarios del otro instituido heredero, no compareciente.

El Registrador suspende la inscripción porque falta el consentimiento de uno de los herederos forzosos. Sin la liquidación y partición de la herencia no puede saberse si hay o no perjuicio a la legítima; al no constar, la entrega del legado ha de ser aprobada por todos los herederos forzosos.

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Quinta.– Mediante escritura pública se elevan a público los acuerdos adoptados por la Junta General Universal de "Alcázar Premium SL", por los que se aumenta el capital social mediante la creación de nuevas participaciones sociales, desembolsadas mediante aportaciones dinerarias. Son asumidas aquéllas por la sociedad civil "Antonio Blasco Pérez y Benito López González, SC, domiciliada en…y constituida por contrato privado de fecha…con CIF número…"

El Registrador Mercantil suspende la inscripción porque: de conformidad con el art. 1669 C Civil, y los arts. 38 y 198.4 RRM, no constan las personas que forman parte de la sociedad civil, ni sus circunstancias personales.

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Sexta.– Por escritura pública se modifican los estatutos de la sociedad "Embat Palmer, SL". Respecto al Consejo de Administración la modificación consiste en: quedará válidamente constituido cuando concurran, presentes o representados, la totalidad de sus componentes. Los acuerdos del Consejo se adoptarán por mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes a la sesión.

El Registrador suspende la inscripción: la exigencia de a asistencia de la totalidad de los componentes del Consejo para la válida constitución del mismo va en contra de la naturaleza propia de los órganos colegiados, llamados a constituirse y tomar acuerdos por mayoría, la que puede reforzarse sobre la simple y ordinaria, pero sin llegar a la unanimidad que desvirtúa la esencia de la colegiación.

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

SEIS HORAS

victor@garridodepalma.es

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS Y RECENSIONES

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LA VERDAD BIOLÓGICA EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Gonzales Pérez de Castro, M.
Prólogo de R. Durán Rivacoba
Vol. de 374 pp.
ed. Dykinson, Madrid, 2013

José María de la Cuesta Sáenz
Catedrático de Derecho Civil

La monografía arriba referenciada fue la tesis doctoral, merecedora de la máxima calificación, que su autora, Profesora en la Universidad de Piura. defendió en España bajo la sabia dirección del Prof. Durán Rivacoba, y en ella aborda cuestiones que en la legislación española posterior a la Constitución de 1978, están resultando especialmente atormentadas, y que distan por el momento de haber alcanzado soluciones pacíficas y satisfactorias tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

La autora comienza su obra planteando las raíces mismas del problema en un capítulo Primero titulado "Verdad biológica y verdad social", que ausculta los profundos cambios introducidos en el ordenamiento jurídico español por la toma en consideración de la "verdad biológica" propiciada en la legislación ordinaria por el desarrollo del artículo 39.2 CE, que obligaba a posibilitar "la investigación de la paternidad". Curiosamente, la autora, con acierto, examina antes la "verdad biológica", posponiendo la "verdad social", lo que no deja de ser un planteamiento deliberadamente ahistórico de fenómenos que se dieron en orden inverso, puesto que en España, la amplia admisión de la posesión de estado –paradigma de la verdad social– había abierto a la investigación de la paternidad mayores posibilidades que las toleradas, por ejemplo, por el Código civil francés.

Y concluye tratando de los valores que deberían presidir la materia y que cifra en la estabilidad y paz familiar del hijo y en la seguridad jurídica, valores ambos que ciertamente han peligrado y peligran en la aplicación de las normas sobre filiación, en España y en otros muchos ordenamientos jurídicos del presente.

¿Por qué se ha producido este conjunto de situaciones que amenazan cualquier equilibrio? En principio la "investigación de la paternidad" que obliga a posibilitar por cualquier medio el artículo 39.2 CE, parecía tener cierto aire de progreso en la medida en que se debía imponer sobre la

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

voluntad contraria y obstaculizadora del conocimiento de tal verdad por parte del padre biológico (netamente desvalorizada en el art. 111 del CC), pero los caminos del "progreso" han resultado inescrutables, porque no han apuntado hacia la entronización de la "verdad biológica" concediéndole primacía sobre la voluntad opuesta del individuo, como ha resultado patente en la evolución posterior de la legislación ordinaria, que, muy al contrario, ha tendido a privilegiar la voluntad individual sobre la "verdad biológica" e incluso sobre otras realidades como la diferenciación sexual (confróntese con el art. 7 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida).

En consecuencia puede aparecer como rancio y periclitado, pese a su teórica primacía, cualquier eco del artículo 39.2 CE, y los síntomas de este proceso tan alejado de la constitucionalización del derecho civil cuyo advenimiento se preconizaba, son los que estudia la autora con rigor y desenvoltura técnica indudables en este primer capítulo.

El capítulo Segundo, bajo la rúbrica "Presunción de paternidad y verdad biológica", se dedica al estudio pormenorizado de la atormentada evolución reciente del conflicto entre presunciones, y en general, de la destrucción de éstas en el seno de los procesos, que ha venido marcada por reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad en sentencias del Tribunal Constitucional, de preceptos reguladores de las llamadas acciones de filiación.

El capítulo Tercero, bajo el sugestivo encabezamiento de "Filiación *ex voluntate* y verdad biológica", afronta los problemas del reconocimiento de la paternidad matrimonial y no matrimonial, y, en otros apartados sucesivos, estudia la filiación adoptiva y la filiación en la fecundación artificial, tanto en parejas heterosexuales como en matrimonios homosexuales, incluyendo la llamada gestación por sustitución.

Por último, la autora en el capítulo Cuarto, se plantea la vigencia del aforismo *mater semper certa est* con especial referencia a los supuestos de ocultación de la maternidad matrimonial y no matrimonial, así como en la llamada gestación por sustitución, último baluarte del tradicional orden público en la materia que parece debilitarse en la doctrina de la Dirección General de de los Registros y del Notariado.

En fin, hay que alabar el atrevimiento de afrontar cuestiones tan espinosas, aunque lo haga desde la más cómoda posición que proporciona el ejercer la docencia a orillas del Pacífico, que sin duda pone a cubierto de ser tachada de infamia en aras de la corrección política de la hispania cisatlántica, y llevarlo a cabo, además, haciendo gala de la libertad y sutileza que adornaron a nuestros juristas de la Escolástica tardía. En todo caso la autora ofrece un cuadro técnicamente muy exacto de una institución como la filiación en estado de equilibrio inestable, que amenaza, metafóricamente hablando, con una sismicidad de más de 7 grados de la tristemente célebre escala Richter.

Y es que la tecnología, que ha demostrado que puede provocar terremotos como ha padecido alguna población del levante español, también puede por sí sola o con ayuda del Boletín Oficial, conmover los cimientos del

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

derecho civil, de un modo que debe movernos a reflexionar, porque en el caso de la filiación, que no cabe duda de que es un instituto básico en toda sociedad, puede irrumpir la voluntad de los individuos más o menos desatada con inquietantes efectos, tal vez no para el conjunto de la sociedad, pero sí para algunos de sus integrantes merecedores de la máxima protección.

Y es que la pretendida neutralidad del Estado, lleva consigo un retroceso del derecho ante la voluntad individual en ámbitos que, sin embargo, siguen en teoría presididos por la idea de orden público, y la primera víctima de la voluntad desatada es la verdad sea biológica, la que apuntaba con no poca candidez el desarrollo inicial del artículo 39.2 CE, sea social como siempre posibilitó la posesión de estado.

En fin, no creo que el teórico del derecho deba desfallecer en su empeño por el triunfo de una u otra ideología capaz de imponer momentáneamente sus preguntas y sus respuestas, porque en derecho las respuestas no son definitivas, y al igual que han podido convivir la "verdad biológica" y la "verdad social", que comprende filiaciones *ex voluntate* como la adoptiva, podrá encontrarse el equilibrio y las mejores razones para decidir en los nuevos conflictos que propicia la legislación. Un loable intento en tal sentido es la obra que tenemos entre manos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

DERECHO ADMINISTRATIVO AGRARIO

J. L. Palma Fernández
Ed. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente
Vol. de 270 pp.
Madrid, 2013

José María de la Cuesta Sáenz
Catedrático de Derecho Civil

La monografía arriba referida es obra de un agrarista ya muy conocido, puesto que aportó a los agraristas españoles una espléndida muestra de su buen hacer en la monografía titulada *Los derechos de producción agrícola,* publicada en 2004 por el Consejo de Estado, a cuyo prestigioso cuerpo de Letrados pertenece el autor.

La oportunidad de esta nueva publicación es notable, puesto que ya ha pasado bastante tiempo desde que apareciera algo semejante, que no idéntico, en los capítulos agrarios del *Derecho Administrativo Económico* dirigido por S. Martín Retortillo que fue objeto de varias ediciones sucesivas.

El empeño acometido ahora, y ciertamente logrado, por J. L. Palma viene pues a colmar un indudable vacío y a complementar desde el enfoque jurídico público, la atención prestada con mayor continuidad y amplitud por autores de formación iusprivatista al Derecho agrario.

La obra se estructura en nada menos que treinta y cuatro capítulos, de los cuales, los siete primeros estudian con acierto la delimitación del Derecho Administrativo Agrario en su migración desde la primitiva ubicación como parte de la política de fomento, hasta la reciente consideración del desarrollo rural como marco en que radica el Derecho agrario, vinculado a las funciones desempeñadas en relación con la agricultura y el mundo rural por administraciones tan distintas y alejadas, como las instituciones de la Unión Europea, y los distintos niveles administrativos de los Estados miembros, que en el caso del reino de España, son el estatal, el de las comunidades autónomas y el de las corporaciones locales.

Los capítulos octavo a undécimo pasan revista a la evolución histórica de la intervención administrativa en la agricultura, primero a través del derechos de propiedad, más tarde en el pasado siglo xx, como administración de las sucesivas concepciones de la reforma agraria y de la reforma y el desarrollo agrarios hasta llegar a los actuales planteamientos presididos por

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

los arts., 38 (libre empresa) y 130 (mandato a los poderes públicos) de la Constitución.

Desde el duodécimo capítulo, dedicado a la explotación agrícola, cuyo régimen explica con maestría y concisión el autor, se inicia un pormenorizado recorrido por distintos aspecto de la intervención administrativa en la actividad agraria, como la acción ante los riesgos extraordinarios (cap. decimotercero), la sanidad animal (cap. decimocuarto) y la sanidad vegetal (cap. decimoquinto).

El capítulo decimosexto, versa sobre las producciones agrícolas y ganaderas, y constituye el punto de mayor contacto de todo el tratado con el Derecho civil, puesto que se refiere a la doctrina de los frutos, y de sus proyecciones en el Derecho comunitario, y el capítulo decimoséptimo relativo a las producciones forestales, contempla la desarrollada intervención de las administraciones en la gestión de los montes.

El capítulo decimoctavo contempla conjuntamente la intervención medioambiental y la producción ecológica, el capítulo decimonoveno la debatida cuestión de las producciones de organismos genéticamente modificados y el capítulo vigésimo las semillas y plantas de vivero, cuyo régimen ha revestido y reviste tanta importancia en la mejora cuantitativa y cualitativa de la producción agraria.

El capítulo vigésimo primero contempla, bajo el epígrafe "industrias agrarias" la regulación de la actividad de la administración en el fomento de la transformación de la producciones agrarias, competencia ésta que es hoy fundamental y casi exclusivamente autonómica.

Y siguiendo un plan de impecable lógica los capítulos siguientes se dedican a institutos jurídicos relativos a la comercialización de productos agrarios, epígrafe bajo el que gira el capítulo vigésimo segundo, con particular detenimiento en el capítulo vigésimo tercero en las organizaciones interprofesionales agroalimentarias. De las indicaciones de calidad se ocupa el capítulo vigésimo cuarto titulado "las denominaciones de origen". Estos capítulos, están sometidos en este momento a una profunda renovación normativa tanto en la legislación española como en la comunitaria, como resultado de las propuestas formuladas por el foro de alto nivel para la mejora de la cadena alimentaria, lo que hará necesaria pronto una revisión de la obra.

Los capítulos vigésimo quinto y vigésimo sexto se refieres respectivamente a la seguridad alimentaria (en el sentido de *food safety* que no de *food security*) y a las infracciones y sanciones en materia alimentaria.

El capítulo vigésimo séptimo titulado "marco jurídico administrativo del agricultor", se refiere a la tipología legal del empresario agrícola tanto en las normas jurídico privadas como en las normas jurídico públicas, y el capítulo vigésimo octavo estudia el encuadramiento del agricultor en las normas de la seguridad social agraria.

Por último los capítulos vigésimo noveno a trigésimo cuarto estudian diversas facetas dela asociacionismo agrario, dedicándose el primero de ellos al asociacionismo en general, y los siguientes a los distintos tipos societarios peculiares de la agricultura como las sociedades agrarias de trans-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

formación (cap. trigésimo), y las cooperativas (cap. trigésimo primero). El capítulo trigésimo segundo, de contenido hoy histórico estudia el nacimiento, desarrollo y agotamiento de los pósitos, y los capítulos trigésimo tercero y trigésimo cuarto contemplan ambos instituciones de mayor enjundia jurídico-pública, aunque de base asociativa como son, respectivamente, las cámaras agrarias y las comunidades de regantes.

De este recorrido por la obra referida se deduce que tiene un plan muy ambicioso, aunque no pretende la exhaustividad, lo que la hace útil para una aproximación rápida y bastante exacta, útil en consecuencia para un amplio universo de lectores.

Por otra parte, la ya mencionada inestabilidad normativa, que puede ser un grave inconveniente para aproximaciones de este corte digamos que "tradicionales", afecta en menor medida a una obra como la que nos ocupa susceptible de consultarse *on line* en la página del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, ya que el autor proyecta revisar y actualizar a menudo los contenidos que lo necesiten por la modificación de las normas.

Hay pues que saludar esta excelente obra como una publicación novedosa en el fondo y en la forma, que puede brindar una inestimable ayuda a sus lectores.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

PROMESAS DE COMPRAVENTA DE ACCIONES CON CLAUSULA PENAL Y PUESTA EN VIGOR CONDICIONADA A SENTENCIA DE DIVORCIO

Contratos respecto de sociedades del grupo y liquidación de la sociedad conyugal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2013 (núm. 187/2013)

Luis Hernando Cebriá
Profesor Ayudante doctor de Derecho Mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Universidad de Valencia

Partes: Don Herminio contra "Lugarco, SL" y "Rectificadora del Vallés, SA", luego "Sidenor Calibrados, SLU".

Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Resumen Resolución: Confirma el Tribunal Supremo la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que, con revocación de la sentencia de la primera instancia, estimó en su integridad la demanda interpuesta por las mercantiles contra Don Herminio y condena al cumplimento de lo dispuesto en las cláusulas penales pactadas.

Fuente: IdCendoj: 28079110012013100190.

Disposiciones legales aplicadas: arts. 1091, 1156, 1218, 1225, 1255, 1261, 1272, 1275, 1281 a 1284, y 1451 del Código Civil.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A) HECHOS

Don Herminio celebró con "Lugarco, SL" y con "Rectificadora del Vallés, SA" sendos contratos de "promesa de compraventa", por los que ambas sociedades se comprometían a la venta de las acciones de las que eran titulares en la sociedad francesa "RDV; SAS", y que, según se desprende del texto de la resolución, junto con aquellas de las que era titular Don Herminio, casado en comunidad de gananciales, comprendían el total de las acciones en que se dividía su capital social. A su vez, las ventas deberían formalizarse dentro del plazo de treinta días a contar desde la fecha en que se notificara al comprador la sentencia de divorcio pendiente de resolución con su cónyuge, en cuyo defecto la parte incumplidora se hallaba sujeta una cláusula penal de trescientos mil euros.

Dictada la sentencia de divorcio, las mercantiles, dado que Don Herminio no cumplió con la formalización de la venta y el pago del precio pactado, reclamaron la efectividad de las dos cláusulas penales. Frente a ello, Don Herminio aduce, en síntesis, que no existió una verdadera voluntad de las mercantiles de exigir el cumplimiento de las promesas, sino exclusivamente de obtener la imposición de la pena; también que con motivo de la adjudicación en favor de su cónyuge, en virtud de los pactos de liquidación de la sociedad conyugal, del veinticinco por ciento de las acciones de la sociedad francesa "RDV, SAS", resultaba imposible el cumplimiento de las promesas, y que los pactos carecían de sentido puesto que no le permitirán ser el titular de la totalidad de las acciones de la sociedad.

B) DOCTRINA

1. El Tribunal Supremo parte de la base probatoria declarada por el Tribunal de apelación según la cual don Herminio concertó, como comprador y con cada una de las sociedades "Lugarco, SL" y "Rectificadora del Vallés, SA", como vendedoras, sendas promesas bilaterales de compraventa sobre las acciones representativas del capital de una sociedad por acciones simplificada francesa (*société par actions simplifiée*). Y determinados todos los elementos esenciales del contrato proyectado, por el que ambas partes quedaron obligadas a poner en vigor, en un cierto plazo, la reglamentación

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

negocial preparada y, vencido ese plazo sin que la puesta en vigor se hubiera realizado por causa imputable a don Herminio, resulta de aplicación la pena convencional.

2. La imposibilidad de cumplir se regula, con el nombre de pérdida o destrucción –para las obligaciones consistentes en la entrega de una cosa– y con el de imposibilidad legal o física para las de hacer–, en la sección segunda del capítulo IV del título I del libro IV del Código Civil, específicamente, en los artículos 1182, 1183 y 1184. Se trata de preceptos que hay que poner en relación con el artículo 1156, referido a las causas de extinción de las obligaciones. Además, la imposibilidad de cumplir del artículo 1272 del Código Civil ha de ser originaria, no sobrevenida. Tampoco la alteración de la situación económica de la sociedad respecto de las iniciales previsiones del comprador promitente, ni la adquisición por su cónyuge, como consecuencia de la sentencia de divorcio, de un tanto por ciento de las acciones le permiten liberarse de los compromisos asumidos.

C) COMENTARIO

1. Promesas bilaterales de compraventa sobre las acciones o participaciones: su caracterización. El dictado del art. 1451 del Código civil, según el cual "la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato" ha dado lugar a diferentes posiciones jurisprudenciales en torno al incumplimiento de lo pactado en la promesas de compraventa. La redacción actual de la norma difiere de la inicial del artículo 1373 del Proyecto de García Goyena, por el que "la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale a un contrato perfecto de compra y venta". Pues bien, reconocida la bilateralidad de la promesa, y existiendo conformidad entre las partes en la cosa, esto es, las acciones y el precio, la promesa se ha de distinguir, de un lado, de las cartas de intenciones y de los vínculos que generan para las partes, y de otro, del contrato de compraventa.

Una eventual cláusula de revisión del precio o, en su caso, de indeterminación relativa en la cosa mantiene una cierta falta de concreción en cuanto los requisitos sobre los que se conforma la promesa de

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

compraventa, y reenviaría esta figura negocial al ámbito más general de los contratos preparatorios, precontratos o promesas de contrato, o al más moderno de los contratos marco o normativos. Encontramos de este modo una cierta concordancia en la voluntad de las partes que se puede reflejar en ciertos aspectos obligacionales, tales como cláusulas por las cuales el transmitente se comprometa no negociar durante cierto tiempo con otros oferentes, sin perjuicio de las obligaciones precontractuales de negociar de buena fe (1).

Ante la falta de una expresa sanción legal, la existencia de negligencia o incumplimiento voluntario de la obligación de negociar de buena fe o el incumplimiento por una de las partes de alguna de estas obligaciones precontractuales ha de ser resuelto a través de la *culpa in contrahendo*. A diferencia de la promesa bilateral de compraventa a la que hace referencia el Código, en las cartas de intenciones, que en su caso anteceden a las promesas de compraventa en la formación de un contrato complejo, la sanción derivada del incumplimiento de sus pactos únicamente se limita al resarcimiento de los daños y perjuicios habidos como consecuencia de la mala fe en las relaciones entre las partes. Esta responsabilidad es asumida de forma implícita mediante la participación de los intervinientes en estos tratos preliminares. En todo caso, para determinar qué conducta u omisión es susceptible de producir perjuicio, en particular al comprador, se ha de estar al caso concreto, en consideración a las circunstancias concurrentes en la negociación y a las informaciones genéricas que de la misma se deduzcan (2).

(1) Sobre la distinta incidencia de la formulación de las llamadas cartas de intenciones en la contratación contemporánea, entre otros, Viguri Perea, A., *Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales (análisis del derecho norteamericano y británico: impacto en otros ordenamientos jurídicos: método del caso)*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994; y Llodrà Grimalt, F., "Letter of intent", carta de intenciones, precontrato", *Derecho de los negocios*, núm. 151, 2003, pp. 14-30.

(2) Carrasco Perera, A., "Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia Española", *Aranzadi civil*, núm. 3, 2005, pp. 2369-2392.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Sensu contrario, aun cuando en la promesa bilateral haya de quedar explicitada la conformidad en el precio y en la cosa, también es necesario distinguirla de la compraventa en sí (3). Generalmente el contrato de promesa de compraventa se caracteriza por la necesidad de las partes de diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, bien sea por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos, como falta de autorizaciones o por precisar la previa liberación de gravámenes, o cuando las circunstancias que exijan una suerte de *vacatio* contractual (4). Ciertamente de la configuración de algunas promesas de compraventa parece desprenderse la existencia de unos contratos sujetos a condición suspensiva o con obligaciones recíprocas a plazo. Ahora bien, *stricto sensu* en estos casos lo que tiene lugar es el diferimiento de la entrada en vigor del contrato para un momento posterior al de la celebración de la promesa, sin merma de la voluntad de las partes de obligarse y de la facultad de exigirse recíprocamente el cumplimiento de lo acordado (5). De este modo, verificados los

(3) Con una posición crítica, sobre la dificultad técnica de asimilar la promesa al propio contrato de compraventa o de considerar la existencia o sustantividad de un precontrato o contrato preliminar, Badenes Gasset, R., *El contrato de compraventa*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 268, y la doctrina allí citada (pp. 271-3).

(4) Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1994 (núm. 1067; RJ 1994\8631), *que reconoce que "la esencia de la promesa bilateral de compra y venta (a la que se refiere el artículo 1451 del Código Civil) radica en diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el peculiar vínculo que produce el precontrato, que contiene el proyecto o ley de bases del siguiente y que consiste estrictamente en "quedar obligado a obligarse".*

(5) Como reconoce Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral,* t. IV, "Derecho de obligaciones (las particulares relaciones obligatorias)", 15.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1993, p. 31, normalmente el aplazamiento de la existencia del contrato obedecerá, fuera de los casos en los que consideren las partes que su voluntad negocial es infungible, a la imposibilidad o dificultad material o jurídica de su otorgamiento, bien por falta de documentación adecuada o de permisos oficiales, bien en evitación de impuestos, de duplicidad de documentos notariales, de una prohibición temporal para la transmisión del objeto, o de una publicidad indeseable; se habrá de estar, por lo tanto, a los efectos queridos por las partes, esto es, si existe un contrato con aplazamiento de la exigibilidad de sus efectos o suje-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

términos sobre los cuales se proyecta la contratación, la exigencia del cumplimiento de la promesa ha de explicitarse en un contrato definitivo al que aquella voluntad se determinó. Se reconoce de esta forma un *iter* negocial complejo formado por el contrato provisional, donde existe una concordancia en la voluntad de las partes, al cual sigue el definitivo. En todo caso, la unidad funcional de ambos se dirige a la consecución de un mismo fin, cual es la consumación de la transmisión proyectada (6).

Por lo tanto, en este orden de cosas, la promesa, como contrato provisional, permite a los contratantes reclamarse recíprocamente su cumplimiento, siempre que concurran las condiciones y cumplan las obligaciones en ella contenidas. Sin embargo y a diferencia de los posibles efectos derivados de la carta de intenciones, en estos contratos preparatorios existe la facultad para el contratante que cumplió sus obligaciones de exigir la puesta en vigor del contrato

---

to a condición resolutoria o suspensiva (con efecto retroactivo), o la posposición de un consentimiento que resulte infungible. Asimismo, más recientemente, según Parra Lucán, M. A., "Promesa de compraventa, precontrato y carta de intenciones en la jurisprudencia", *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (dir. A. Carrasco Perera), vol. 1, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 423-434, p. 428-9, el fundamento de las decisiones judiciales no se desarrolla en aplicación de las reglas de la teoría del precontrato, sino que toma su base en los contratos sujetos a condición suspensiva, en las ventas de cosa futura o ajena, en las ventas sometidas a plazo o en las ventas en documento privado que no se elevan a escritura pública. Con todo, distingue Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, (Introducción a la teoría del contrato), 6.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2007, pp. 402-3, entre aquellos casos en los que las partes otorgan primero un documento privado y difieren para un momento posterior la formalización del documento público, o cuando manifiestan su consentimiento para aplazar o someter a condición suspensiva el cumplimiento de la obligación de entrega, de pago del precio o de ambas, donde la promesa se equipara a la compraventa, de aquellos otros en los que las partes, si bien quedan obligadas contractualmente, difieren la entrada en vigor del contrato para un momento posterior y se reconocen mutuamente la facultad de exigirlo así.

(6) En todo caso, para Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español*, cit., pp. 30-1, si bien la promesa de venta constituye un precontrato, luego la prestación del consentimiento pospuesto constituye un "acto debido", aun cuando antes no se haya perfeccionado el contrato.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

proyectado (7). Pero respecto de la compraventa en sí, el artículo 1.451 C.c. sólo permite a la parte acreedora de la obligación, en una primera fase ejecutiva, la exigencia de su cumplimiento. Trasladado al caso planteado, el vendedor que pone a disposición del comprador el objeto de la venta en el plazo señalado se halla autorizado a exigir el cumplimiento de la venta proyectada de las acciones sociales mediante el otorgamiento de escritura pública con efecto traslativo del dominio.

Solo en una segunda instancia, cuando se acredite el incumplimiento, entra en juego el segundo apartado del artículo 1451 CC, que establece que "siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro". Pero mientras ello se verifica de tal manera, la parte diligente en el cumplimento de su prestación no puede anticipar la reclamación de la cantidad adeudada por no quedar autorizada a ello por la promesa, tal y como ocurre en la compraventa. Cuestión distinta será la consideración de los efectos que tendrá el efectivo incumplimiento de esta obligación de llevar a cabo el contrato definitivo de compraventa. La remisión genérica al régimen de las obligaciones y contratos conduce a la aplicación del artículo 1124 CC y autoriza, en su caso, a la parte acreedora de la obligación la reclamación de la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios que le cause tal incumplimiento; frente a la facultad de pago, hasta el requerimiento judicial o notarial, que el artículo 1504 del Código reconoce al comprador en el contrato de compraventa (8). Alternativamente, cuando en vez de la resolución se reclame el cumplimiento de lo pactado en la promesa, se precisa que el cumplimiento pueda ser susceptible de ejecución forzosa y que la autoridad judicial pueda sustituir al prominente rebelde, cuestión que ha dividido a la doc-

(7) La STS de 23 de marzo de 1995 (núm. 244; RJ. 1995\2059) declara que "*resulta plenamente diferenciable la promesa bilateral de compra y venta de un contrato definitivo de compraventa, extremo que depende de la voluntad de los interesados y de los pactos a través de los cuales hayan constituido sus recíprocas relaciones, si bien la jurisprudencia ha distinguido siempre entre la promesa bilateral de vender y comprar y el contrato de compraventa*".

(8) En este sentido, igualmente, Parra Lucán, M. A., "Promesa de compraventa", cit., p. 425.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

trina y a la jurisprudencia en consideración al carácter personalísimo del acto de conclusión del contrato definitivo de compraventa (9).

2. Vinculaciones contractuales: contratos sobre sociedades del grupo e inclusión de cláusulas penales por incumplimiento. Esta controversia parece superada en el caso enjuiciado con la preten-

(9) Sobre las distintas posturas, desde la que considera, partiendo de una perspectiva precontractual, que únicamente existe un *pactum de contrahendo*, que solo puede dar lugar a una indemnización de los daños y perjuicios causados, por tratarse la prestación del consentimiento contractual pospuesta de una obligación de hacer de carácter personalísimo; pasando por la posibilidad del juez de mandar ejecutar a su costa lo prometido, en virtud del artículo 1098 del Código civil, salvo que la prestación sea infungible o que la promesa no contenga suficientes bases para la determinación de la cosa o el precio; hasta la que propugna que la sentencia sirva para producir los efectos jurídicos que se hubiesen derivado de la conclusión del contrato principal, Badenes Gasset, R., *El contrato de compraventa*, cit., p. 273, y Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español*, cit., pp. 30-1; se habría de estar, como indica el citado autor, en último extremo, a la voluntad del cumplimiento a partir de un cierto momento o al carácter infungible de la voluntad individual, y que conduciría, en caso de una posterior negativa, a una indemnización de daños. Aclaratorias en este sentido resultan las SSTS de 24 de diciembre de 1992 (núm. 1221; RJ 1992\10657) y de 8 de julio de 1993 (núm. 727; RJ 1993\6328), según las cuales "*es incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma y manera el contrato de promesa de venta, pues unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro la propia obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia –por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso– de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos, las mismas partes, demuestran su decidida voluntad –en todos los pormenores y detalles– de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto su voluntad de presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido el otro estará facultado a exigir el cumplimiento no de la promesa en sí, sino también del contrato definitivo al que aquella voluntad se determinó y para cuya realidad actual no existe ya obstáculo anterior*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sión de las partes demandantes del cumplimiento de lo dispuesto en las clausulas penales pactadas, entendiéndose implícita la resolución del contrato. En virtud de lo dispuesto en el artículo 1124 CC, esta facultad corresponde al acreedor de la obligación, lo que impide que pueda prosperar la alegación del recurrente de falta de una verdadera voluntad de las mercantiles de exigir el cumplimiento de las promesas para exclusivamente tratar de obtener la imposición de la pena. En tal caso, la pena sustituye la indemnización de daños y el abono de interés, y excluye, en principio, la facultad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación (art. 1153 y 1154 CC).

De otra parte, la genérica remisión del apartado segundo del artículo 1451 del Código civil a "lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro" lleva al promitente de la compra a alegar la imposibilidad de cumplir basada en los artículos 1182, 1183 y 1184 del Código, relativos a la pérdida de la cosa debida, en relación con el artículo 1156 del mismo texto legal, referido a las causas de extinción de las obligaciones, y con el artículo 1272, para la exclusión del objeto del contrato de las cosas y servicios imposibles. Como bien advierte la Sentencia, no parece siquiera que la doctrina del "aliud pro alio" se pueda justificar, *sic et simpliciter*, por una alteración de la situación económica de la sociedad cuyas acciones fueron objeto de las promesas de compraventa respecto de las iniciales previsiones, a falta de otros remedios convencionales mediante la imposición de unas reglas para la revisión del precio. Todo ello a falta de pacto expreso y aun cuando se haya producido una variación del valor patrimonial en el tiempo intermedio entre la promesa de compraventa y el plazo pactado para el contrato definitivo de compraventa (10).

(10) Acerca de estas cuestiones, García Vicente, J. R., "La adquisición de una empresa mediante la compraventa de acciones o participaciones sociales", *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (dir. Carrasco Perera, A.), vol. 1, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 829-836; Gimeno Ribes, M., *La protección del comprador en la adquisición de empresa (estudio comparado de los ordenamientos español y alemán),* ed. Comares, 2013, p. 63 ss.; y en nuestra obra, *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 551 ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con todo, conviene detenerse en la presentación conjunta de la demanda de las dos sociedades, de modo que, según consta en la resolución, "Lugarco, SL" estaba participada al cincuenta por ciento por "Rectificación del Vallés, SA", y ésta era, a su vez, la sociedad matriz de "RDV, SAS", mientras que el resto de las participaciones y acciones eran tituladas por personas con relaciones familiares. Parece, por lo tanto, que la compra de las acciones de "RDV, SAS" a "Lugarco, SL" y a "Rectificación del Vallés, SA" tenía por objeto la consolidación de la titularidad del total capital social en manos de Don Herminio, por lo que cabe entender una cierta vinculación funcional de ambas operaciones de compra.

Sin embargo, las promesas de compraventa se sujetan únicamente a la condición de la notificación de la sentencia de divorcio pendiente de resolución con su cónyuge y al plazo de formalización en los treinta días siguientes, sin mención alguna a la condición de la obtención de la propiedad del entero capital social de la mercantil "RDV, SAS". Cuál es la sorpresa del promitente cuando en la liquidación del patrimonio ganancial la sentencia de divorcio dictada concede al cónyuge el veinticinco por ciento de las acciones de la sociedad. El promitente pierde su interés por adquirir la mayoría de las acciones de la mercantil cuando se ve obligado a conservar una relación, en este caso societaria, y tras la sentencia de divorcio, con su ex cónyuge. Esta cuestión, de índole personal, es entonces articulada, de forma un tanto deficiente desde un punto de técnica jurídica, a través de la pretensión de una pérdida de la cosa debida, difícilmente argumentable tal y como reconoce el Tribunal Supremo en su resolución.

Lo bien cierto es que, fuera de los casos en los que pueda plantearse la aplicación de la doctrina del alzamiento del velo de la personalidad jurídica para tratar de trascender a las relaciones entre los socios, en estas cuestiones tanto "Lugarco, SL" como "Rectificación del Vallés, SA" actúan como una suerte de "tertium inter pares" y, por lo tanto, no pueden quedar vinculadas por las relaciones patrimoniales o de otro orden entre los cónyuges, como bien refleja la Sentencia comentada. La adjudicación de las acciones sociales en favor del cónyuge no permite, en consecuencia, que el comprador pueda, por esta sola causa, liberarse de los compromisos asumidos en las promesas de compraventa con los terceros.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

3. Liquidación de la sociedad conyugal y su pretendido efecto sobre las promesas de venta. Resulta palmario, con todo, que la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales tiene una trascendencia en la conformación de toda esta compleja operación para la asunción de la titularidad de la totalidad del capital social. En primer lugar, como advierte la doctrina mayoritaria, la liquidación de la sociedad de gananciales no supone transmisión patrimonial en favor del cónyuge adjudicatario, de modo que únicamente tiene lugar una consolidación o especificación de las acciones o de las participaciones sociales por quien ya era anteriormente titular de las mismas (*cfr.*, art. 107 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital –LSC–, en relación con la transmisión libre al cónyuge en el régimen legal supletorio de la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos *inter vivos*) (11).

En segundo lugar, tras la reforma del artículo 1406 del Código civil por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, se reconoce un derecho de adjudicación preferente de la "explotación económica", en la liquidación de la sociedad de gananciales, a favor del cónyuge que efectivamente la gestione. Así, junto con los bienes de uso personal, el local donde ejerza su profesión, y, en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual, el cónyuge que la gestione tiene derecho a que la "explotación económica" se incluya en su haber, siempre que ello sea factible y hasta donde alcance el derecho de preferencia.

Pero téngase en cuenta que esta medida no contempla otras situaciones de titularidad compartida de acciones o participaciones sociales, en particular de control, que permitan la consolidación pretendida de la totalidad o, al menos, de una parte a fin de mantener el control de la sociedad en manos de uno de los cónyuges. Conviene tener presente que la reforma del Código civil por la Ley 7/2003,

(11) Así, por todos, Cadarso Palau, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 34 ss. y 82; Bercovitz Álvarez, G., *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 221 ss.; Perdices Huetos, A. B., "Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones", *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* (coords. M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill), vol. 1, 2010, Ed. Bosch, Barcelona, pp. 335-380, p. 362 ss.; y Reyes López,

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, también supuso la reforma del artículo 1056 CC, que, según reza, permite al testador hacer, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, siempre que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. Y en su párrafo segundo admite que el testador pueda usar la facultad anterior, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados, cuando "en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas".

Esta extensión *ratio materiae* de la "explotación económica" al "control de una sociedad de capital" no se halla reconocida, sin embargo, en la liquidación de la sociedad de gananciales, si bien de *lege ferenda* podría ser un mecanismo adecuado para evitar posteriores situaciones de confrontación entre los socios. En particular en las sociedades limitadas y en las sociedades de carácter cerrado, donde frecuentemente los socios tengan vinculaciones personales, quizá no sea una solución óptima el mantenimiento de unas relaciones societarias entre quienes desean no mantener relación afectiva alguna (12). Incluso, el régimen de las sociedades limitadas se tiñe de una cierta personalización como manifiesta el régimen de transmisibilidad de las participaciones sociales que, como es bien sabido, en principio es libre entre cónyuges, y no así entre aquellos que pierdan tal condición (*cfr.,* art. 107.1 LSC).

Pero aun cuando así fuera, en el caso enjuiciado se plantea una problemática añadida. Una interpretación extensiva del derecho de preferencia de las participaciones sociales en la liquidación de la sociedad de gananciales, como titularidad mediata o de segundo grado de la "explotación económica", requeriría que el cónyuge "gestione efectivamente" los asuntos sociales. Como se deprende de los antecedentes de hecho, D. Herminio era presidente (se ha de

M. J., "El patrimonio del empresario familiar individual"*, ibídem*, pp. 269-334, p. 312.

(12) Miguélez del Río, C., "La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales", Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 12, 2011, pp. 71-89, p. 77, siguiendo a García Urbano, entiende la "explotación económica" en el sentido amplio de empresa, e incluye cualquier configuración societaria.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

entender del consejo de administración) de "RDV, SAS" al tiempo de la sentencia de divorcio, por lo que era conocedor de la evolución de los resultados económicos, de modo que la sociedad, que en los ejercicios anteriores había acumulado beneficios, había entrado en pérdidas en ejercicio en curso. Pero en sus alegaciones manifiesta D. Herminio que la causa de las pérdidas era atribuible a su ex cónyuge, que había asumido puestos directivos en la sociedad durante ese tiempo. De una y otra parte, la intervención de ambos cónyuges en la llevanza de los asuntos sociales y en la representación de la sociedad excluiría, en todo caso, la admisión de un derecho de preferencia en la adjudicación preferente de las acciones en favor de cualquiera de ellos (13).

D) CONCLUSIÓN

Si bien en este supuesto en concreto la preferencia a favor del cónyuge que "gestione efectivamente" no puede tener cabida, salvo que se conceda, por la responsabilidad asumida, cierta prioridad al cónyuge administrador, no obstante se puede plantear la conveniencia de establecer, al igual que ocurre con la partición de la herencia, un derecho preferente a favor del cónyuge que administre o gestione la explotación económica a través de cargos orgánicos o representativos. Ello puede tener una singular relevancia en las sociedades de responsabilidad limitada, como paradigma de las sociedades cerradas. Incluso, en el caso concreto de las llamadas "sociedades familiares" que, por el hecho del divorcio de los cónyuges, dejen de serlo, y para la conservación de estructuras empresariales

(13) En este punto, desde la perspectiva de la función orgánica, Reyes López, M. J., "El patrimonio del empresario familiar individual", cit., p. 306, no exige intervención personal del empresario, sino que basta con que dirija la empresa, en relación con las funciones de coordinación, planificación, organización y control. Por su parte, desde una función representativa, García Cantero, G., "Transmisión mortis causa de la empresa familiar", *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP* (dir. V. M. Garrido de Palma), Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 97-114, p. 104, admite que el cónyuge pueda actuar como colaborador, verbigracia, como factor, en nombre de la comunidad ganancial.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

bajo el manto de la sociedad, puede convenir, como un desiderátum de política jurídica, que los socios, salvo acuerdo en contrario, no permanezcan vinculados en el contrato de sociedad cuando tampoco deseen mantener sus vinculaciones afectivas. De otro modo, las rencillas en las relaciones personales se pueden trasladar a la esfera societaria, con evidente perjuicio de otros intereses implicados, piénsese, verbigracia, en el de los trabadores.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

CLÁUSULAS ESTATUTARIAS DE SUMISIÓN DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS A MEDIACIÓN Y A ARBITRAJE ("MED-ARB")

La inclusión de los conflictos entre los administradores y la utilización de los estatutos tipo en la fundación de sociedades limitadas. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2013 (BOE núm. 178, 26-07-2013)

Luis Hernando Cebriá
Profesor Ayudante doctor de Derecho Mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Universidad de Valencia

Partes: D. Gonzalo Cano Mora, notario de Gandía, contra D. Carlos Javier Orts Calabuig, registrador mercantil y de bienes muebles III de Valencia.

Ponente: D. Joaquín José Rodríguez Hernández, Director General de los Registros y del Notariado.

Resumen Resolución: Estima parcialmente el recurso interpuesto, en el punto relativo al sometimiento a arbitraje y a mediación de las controversias entre administradores, y desestima el recurso por el que se pretende su inclusión dentro de los estatutos-tipo en la escritura de constitución de una sociedad limitada.

Fuente: BOE número 178, viernes 26 de julio de 2013, Sección III, pp. 54877-54882.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Disposiciones legales aplicadas:

Artículos 214 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital.

Artículos 1, 2, 9, 11, 11 bis, 11 ter, 22, 40 y 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.

Artículos 1, 2, 6, 8, 10, 14, 16, 19 y 22 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Artículos 37 y 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 18 del Código de Comercio.

Artículos 6, 15 y 63 del Reglamento del Registro Mercantil.

Artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

Instrucción de 18 de mayo 2011, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre.

Artículo 1 de la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, por la que se aprueban los estatutos-tipo de las sociedades de responsabilidad limitada.

A) HECHOS

El notario recurrente autorizó una escritura pública de constitución de sociedad de responsabilidad limitada cuyos estatutos sociales se acomodaban a los establecidos en la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, salvo por la incorporación de un artículo 13 relativo al sometimiento de cualquier controversia o conflicto de naturaleza societaria, con excepción de los casos excluidos por la ley, a mediación y, posteriormente y en defecto de acuerdo, a arbitraje de derecho. El registrador mercantil, en su calificación, deniega la inscripción del régimen contenido en el referido artículo 13 de los estatutos al considerar que los conflictos "entre los administradores" no pueden quedar sometidos a mediación y a arbitraje, ya que éstos no actúan en sus propios derechos e intereses, sino que sus decisiones contribuyen a definir una voluntad jurídicamente ajena. También excluye la utilización de los estatutos aprobados por la Orden Jus/3.185/2010, de 9 de diciembre, que desarrolla el artículo 5.dos del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, lo cual no impide la inscripción de la sociedad pero sí excluye el régimen regulado en el Real Decreto. Recurre el notario con base en distintos argumentos

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que, en síntesis, se centran en la necesidad de atender a la disponibilidad de la materias sujetas a la mediación y al arbitraje; y en que la separación de los estatutos del modelo oficial solo tiene lugar con la inclusión de un artículo dedicado a la mediación y el arbitraje, institucionalizados en normas posteriores a la Orden ministerial que aprobó el modelo de estatutos, por lo que esta norma, de inferior rango, no pudo en su día tenerlos en cuenta.

B) DOCTRINA

1. La Dirección General ha permitido, a través de diversas resoluciones, una cierta modelización del contenido de los estatutos tipo al caso concreto, bien para recoger una exigencia legal, como en la fijación del número de administradores, bien en la adaptación del régimen de los propios estatutos, como en la delimitación del objeto social a alguno o algunos de los previstos, o en la atribución de carácter retribuido al cargo de administrador y en la elección de un concreto sistema de retribución. En otros supuestos posibles de regulación convencional, cuando se ha pretendido proporcionar la cobertura del artículo 5.2 del Real Decreto-Ley a un contenido que excedía de la previsión de los estatutos tipo, la inscripción ha sido rechazada. Ello impide extender esta doctrina, dictada con la finalidad de hacer efectiva la previsión legal de agilidad en un marco de seguridad jurídica preventiva, a otros supuestos que el legislador ha dejado expresamente fuera de la regulación especial.

2. Tanto la Ley 11/2011, de 20 de mayo, por la que se llevó a cabo la reforma de la Ley de Arbitraje, como la Ley 5/2012, de 6 de julio, autorizan la arbitrabilidad y la mediación en los conflictos que se planteen en las sociedades de capital, sin perjuicio de que el mediador o el árbitro deban abstenerse cuando la materia desborde el ámbito legal de su competencia y de la impugnación del laudo por causa de nulidad cuando los árbitros resuelvan cuestiones no susceptibles de arbitraje. En virtud de lo anterior, la cláusula no contiene elemento alguno que permita, a priori, entender que el posible objeto de controversia sea contrario a Derecho (como si, por ejemplo, incluyera supuestos de responsabilidad penal, excluidos del ámbito de conocimiento de árbitros y mediadores). Solo a poste-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

riori, en cada supuesto en que se plantee un posible conflicto entre administradores, será cuando el mediador designado o el árbitro a quien corresponda conocer la controversia habrá de pronunciarse al respecto.

C) COMENTARIO

1. El sometimiento a la "med-arb" en las controversias o conflictos de naturaleza societaria nacidas entre los administradores. El sometimiento de las controversias societarias a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en particular, al arbitraje, no obstante su amplia tradición derivada del origen consuetudinario de la disciplina mercantil, fue visto con ciertas reticencias por algunos sectores doctrinales de la segunda mitad del pasado siglo. Si el arbitraje forzoso aparecía como cláusula necesaria del estatuto de las sociedades mercantiles en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, y luego el silencio del Código de 1885 mantuvo latente su aplicación en esta sede, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1956, por la especificación del procedimiento especial de impugnación de los acuerdos sociales contenida en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, excluyó su aplicación, criterio que se prolongó tras el texto Refundido de 1989 (1). Fue la señera Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 19 de febrero de 1998, seguida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, las que admitieron la "arbitrabilidad" de la materia societa-

(1) Con origen en la postura mantenida por Uría, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (dirs. Garrigues/Uría), vol. I, IEP, Madrid, 1953, p. 648 ss. Al respecto de esta evolución, entre otros, Divar Garteizaurrecoa, J., "Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la Codificación Mercantil en España", *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 22, 2011, pp. 7-19; Muñoz Planas, J. M., "Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Ed. Civitas, 1978, Madrid, pp. 381-498; Fernández-Armesto, J., *Informe sobre el Arbitraje Societario en España*, Comisión para el estudio del arbitraje societario, Club Español del Arbitraje, Madrid, 2013, pp. 16-17; y Merino Merchán, J. F., "Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, pp. 1-37, pp. 8-12.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ria, línea jurisprudencial mantenida, entre otras, por las sentencias de 30 de noviembre de 2001 y de 9 de julio de 2007 (2).

Hoy en día esta cuestión ha sido superada, y el arbitraje estatutario respecto de las cuestiones societarias finalmente ha sido institucionalizado con la redacción dada al nuevo número bis del artículo 11 de la Ley de arbitraje por la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Asimismo, el arbitraje estatutario fue ya anteriormente reconocido con el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, que introdujo modificaciones en este sentido en el Reglamento del Registro Mercantil (*cfr.*, arts. 114.2.c y 175.2.c RRM) (3). Sin embargo, parece que, de la postura seguida por el registrador mercantil todavía permanecen ciertos rescoldos acerca de la "arbitrabilidad" de las controversias societarias, y, si bien ya se admite sin ambages la de aquellas que nazcan entre la sociedad y los socios, entre los socios, y entre los órganos de administración de la sociedad y los socios, no puede de-

(2) Las anteriores resoluciones dieron lugar a una profusa atención doctrinal sobre esta materia. Entre otros, Vicent Chuliá, F., "El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales", *Revista general de derecho*, núm. 646-7, 1998, pp. 9355-9372; Picó i Junoy, J./Vázquez Albert, D., "El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas", *Revista de derecho de sociedades*, núm. 11, 1998, pp. 183-204; Carazo Liébana, M. J., "La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital", *Revista de derecho mercantil*, núm. 229, 1998, pp. 1211-1222; Gómez Porrúa, J. M., "18 de abril de 1998. Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Sumisión a arbitraje", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia societaria*, núm. 48, 1998, pp. 1109-1132; Martínez Martínez, M. T., "Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje", *Revista de derecho de sociedades*, núm. 11, 1998, pp. 335-362; Botana Agra, M., "Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas", *Derecho de los negocios*, núm. 100, 1999, pp. 9-20; Neila Neila, J. M., "A vueltas sobre la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales", *La Ley*, núm. 3, 1999, pp. 2132-2136; y Muñoz Planas, J. M./Muñoz Paredes, J. M., "La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje", *Revista de derecho mercantil*, núm. 238, 2000, pp. 1411-1478.

(3) Ambos admiten, tanto para la sociedad anónima como para la sociedad limitada, que en la primera inscripción pueda constar el pacto por el que los socios se comprometan a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de ellos entre sí y con la sociedad o con sus órganos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cirse lo mismo de los conflictos de naturaleza societaria que tengan lugar entre los administradores (4).

Cabe recordar, de *lege lata*, la amplitud con la que otras regulaciones en sede societaria han tratado el ámbito de aplicación del arbitraje estatutario. Como botón de muestra, en las sociedades cooperativas, la Disposición Adicional Décima de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, extiende su aplicación a "las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación" y "dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores". Por otra parte, el artículo 18 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales contempla la cláusula arbitral en el contrato social para "las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre socios y administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación". Y en el actual movimiento de reforma del Derecho mercantil, sigue esta línea el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (ALCM), aprobado por el Consejo de Ministros con fecha 30 de mayo de 2014, en su artículo 213-20.1, que extiende el arbitraje estatutario al "ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones".

Si los estatutos vinculan no solo a los socios, sino también a los administradores en sus relaciones con la sociedad, y una vez admitido el arbitraje estatutario, no se puede aceptar que los administradores no se hallen sujetos a tal pacto. El carácter estatutario del pacto transforma el convenio de la partes en un acuerdo orgánico que puede alcanzar no solo a las relaciones entre los socios o de

(4) Sobre la negativa a que la aceptación del cargo comporte la adhesión a la cláusula compromisoria, Muñoz Planas, "Algunos problemas", *cit.*, p. 421. Ante la disparidad de posturas, Merino Merchán, J. F., "Configuración", cit., p. 24, y Fernández-Armesto, J., *Informe*, cit., p. 42, advierten la conveniencia de introducir una sumisión expresa al convenio arbitral en la aceptación del cargo de administrador.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

éstos con la sociedad, sino también a todas aquellas que emanan del contrato social, lo cual permite su aplicación, asimismo, a los miembros del órgano administración (5). La Resolución del Centro directivo viene a corroborar la validez de una cláusula arbitral "entre administradores", sobre la base de la doctrina sentada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, de 30 de noviembre de 2001 y de 15 de septiembre de 2004, que admiten la "incontrovertida posibilidad de incluir en los estatutos una cláusula de arbitraje en general".

Admitido lo anterior, de otra parte, nada obsta para que la mediación y el arbitraje se puedan coordinar en una cláusula estatutaria. Incluso es cada vez más frecuente la utilización cumulativa de estas soluciones alternativas para la resolución de conflictos a través de la adopción de procedimientos vinculados. Quizás la más conocida sea la aquí utilizada de la "mediación-arbitraje", en lo que se ha dado en llamar la "med-arb", donde, cuando la mediación finalice sin acuerdo, la institución que la administra asume la condición de árbitro. Con todo, la práctica admite que sean las partes las que modelen, según su particular posición y su concreto interés, el método cumulativo o alternativo que estimen más oportuno para la resolución del conflicto (y así, entre otras, la "co-me-arb" o la "arb-med").

2. Límites al arbitraje en los conflictos entre administradores: la discrecionalidad en el deber de diligente administración, la materia disponible para las partes y la incidencia de la tipología societaria. Dejando a un lado el sometimiento de estos conflictos a mediación, cuyo carácter voluntario simplifica la cuestión, como bien indica el notario recurrente, el registrador alude, para descartar el arbitraje en esta sede, a que los administradores no actúan en ejercicio de

(5) Sobre este particular, con extensión a los nuevos socios de la sociedad y también a los nuevos administradores, acertadamente se pronunció Fernández del Pozo, L., "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 612, 1992, pp. 2033-2054, p. 2044, postura seguida por Campo Villegas, E., "El arbitraje en las sociedades mercantiles", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 97, núm. 2, 1998, pp. 313-350, p. 322 ss. No así, según Merino Merchán, J. F., "Configuración", *cit.*, p. 27, a los apoderados y directores generales, sin perjuicio de la incorporación de una específica cláusula de arbitraje en la relación jurídica que les una con la sociedad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sus propios derechos ni intereses, ni tratan de conciliar pretensiones jurídicas enfrentadas. Al contrario, sus posiciones contribuyen a definir una voluntad jurídicamente ajena, de modo que la intervención de un árbitro supondría dejar en manos de un tercero la voluntad social. Y para ello encuentra sustento en la RDGRN de 27 de abril de 1989. Además, se vulneraría, desde esta perspectiva, el actual artículo 214 de la Ley de Sociedades de Capital, que atribuye la designación de estas personas, según su ámbito competencial, a la Junta general, así como la sujeción al deber de secreto que legalmente impone a los administradores el artículo 232 de la Ley.

Sin embargo, en primer lugar, se ha de hacer notar que el deber de secreto que legalmente se impone a los administradores es igualmente predicable de los árbitros en virtud el artículo 24.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. De otra parte es cierto que la jurisprudencia ha sido reticente a la hora de sustituir la voluntad de los administradores en esta sede, incluso por la decisión de los jueces, que no pueden convertirse en un mero órgano revisor de sus decisiones. Buena prueba de ello es la introducción en el artículo 226 de la LSC, por el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, de la "protección de la discrecionalidad empresarial" para las decisiones estratégicas y de negocio, cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (6). En todo caso, quedan fuera de esta regla las decisiones que recaigan dentro del marco del deber de lealtad y las que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas.

Ahora bien, no se debe obviar que nos movemos en dos planos diferentes. Uno es el relativo a la imposibilidad de la injerencia de la actividad jurisdiccional en asuntos empresariales cuya competencia corresponda al órgano de administración, que afecta a cualquier órgano jurisdiccional, y otro el de la admisión de fórmulas alternativas para la resolución de conflictos a la competencia jurisdiccional para

(6) Ya tuvimos oportunidad de pronunciarnos al respecto, extensamente en *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales –la regla del (buen) juicio empresarial–*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pássim.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

las controversias que emanen de las relaciones societarias. Mantiene por lo tanto toda su vigencia la invocada RDGRN de 27 de abril de 1989 que niega la sumisión a arbitraje como fórmula para solucionar las situaciones de empate en el consejo de administración, cuya función no es decidir acerca de la formación de la voluntad del órgano así configurado, pues en puridad la situación de empate de votos no constituye un conflicto entre administradores. Más bien al contrario, el efecto será la falta de mayoría necesaria para la adopción del acuerdo, según previene el artículo 248 LSC para la sociedad anónima, o según se desprenda de la exigida por los estatutos sociales para la sociedad limitada, según el artículo 245 del mismo cuerpo legal.

Desde el segundo de los perfiles apuntados, tal y como recoge la resolución del Centro directivo ahora comentada, se ha de estar al ámbito de aplicación fijado por la norma estatutaria, que traslada al mediador o al árbitro un deber de abstención cuando el conflicto desborde su ámbito competencial, en cuyo caso el laudo se halla sujeto a una eventual impugnación por causa de nulidad. Pero la general aceptación del arbitraje sobre la materia societaria traslada a un momento posterior, en cada supuesto en que se plantee un posible conflicto entre administradores, la decisión del mediador designado o del árbitro a quien corresponda conocer la controversia sobre este aspecto.

En este punto conviene también aclarar que no cabe confundir la "indisponibilidad de la materia" con la "imperatividad de la norma aplicable". Se ha de estar al destinatario de la norma y la función teleológica que ella dispensa, generalmente en tutela de los socios y de los acreedores sociales, para identificar aquellos aspectos a los cuales se han de ceñir los laudos emitidos por el árbitro o los acuerdos de mediación; sin que quepa tampoco admitir aquellos que afecten a reglas imperativas tuitivas de la sociedad, como organización de intereses colectivos, o a los principios configuradores de su tipología. En cualquier caso, la exclusión voluntaria de la ley aplicable o la renuncia a los derechos en ella reconocidos cuando contraríen el interés o el orden público, o perjudiquen a tercero, se mantienen como un límite absoluto a la disponibilidad de la materia (*cfr.*, art. 6.2 CC).

En tal sentido, la Resolución alude a que, en principio, la materia societaria es susceptible de arbitraje, a diferencia de si incluyera

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

supuestos de responsabilidad penal, excluidos del ámbito de conocimiento de árbitros y mediadores. Desde el prisma de las acciones de responsabilidad, aun cuando parece que no quepa dudas acerca del sometimiento a arbitraje en el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios, se ha de tener en cuenta que tales pactos estatutarios no vinculan a los terceros que se relacionen con los administradores en el ejercicio de su cargo. Tampoco, les afecta, por consiguiente, el pacto estatutario de sometimiento a mediación respecto de las acciones de responsabilidad individual, sin perjuicio de su aceptación *ad hoc* por los administradores y los terceros (7).

Así las cosas, una vez institucionalizado el arbitraje estatutario, desde la idoneidad objetiva de la materia sujeta a arbitraje y a mediación, ha de tratar en todo caso acerca de derechos y obligaciones que estén a disposición de las partes (*cfr.*, art. 2.1 Ley 5/2012 y art. 2.1. Ley 60/2003). Su viabilidad en sede societaria se ha de compaginar con su configuración como fórmula para resolver conflictos relativos a derechos subjetivos de carácter disponible. Todo ello, cuando se trate de cuestiones que afecten directamente a la sociedad, nos conduce a la cuestión tipológica de la sociedad afectada, como sujeto de derecho independiente de sus miembros y dotada una particular personalidad jurídica. Quizá, desde una visión "contractualista", en el caso de una sociedad de responsabilidad limitada, como paradigma de la sociedad de capital de origen contractual, se conceda un mayor margen de aplicación a estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en relación con su intervención sobre aspectos que afecten a derechos subjetivos de carácter disponible (8).

(7) Desde la perspectiva de la arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad, Fernández del Pozo, L., "¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000", *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 2, 2001, pp. 123-149, p. 137; y Muñoz Planas, J., "Algunos problemas", *cit.*, p. 421.

(8) Con diversas consideraciones, Sánchez Calero, F., *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, esp. p. 32 ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El problema se traslada entonces a su utilización en las sociedades cotizadas, caracterizadas por un mayor sesgo institucional. El reconocimiento de un "interés público" más amplio ha llevado al artículo 213-20.1 del ALCM a excluir el arbitraje estatutario en estas sociedades (9). Se vuelven a manifestar así las reticencias a la admisión del arbitraje como alternativa equivalente a la jurisdicción de los juzgados y tribunales, si bien si es entendido solamente como un cambio de fuero, con respeto de las normas imperativas, en particular del mercado de valores, y de la controversia no resulta afectado un concreto interés público, no se llega a entender bien esta postura (10). De nuevo parece que lo trascendente no es determinar en qué casos concretos sería posible un arbitraje que afecte a los administradores, sino trasladar, como ha sido planteado, estas cuestiones a la nulidad que acarrea el acuerdo o el laudo cuando comprenda materias no susceptibles de disposición por las partes (11).

3. La inclusión de cláusulas de mediación y arbitraje en los estatutos tipo de las sociedades de responsabilidad limitada. Otro punto controvertido es el relativo a la admisión de cláusulas añadidas de mediación y arbitraje en los estatutos tipo de las sociedades de responsabilidad limitada. Como señala el registrador mercantil, los estatutos no se ajustan a los aprobados por la Orden Jus/3.185/2010, de 9 de diciembre, que desarrolla el artículo 5.dos del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, por lo que excluye el régimen que confiere el Real Decreto. Ello impide que los socios puedan benefi-

(9) Sobre la indisponibilidad de los distintos intereses que en ellas concurren, Muñoz Planas, J., "Algunos problemas", *cit.*, p. 459, y con Muñoz Paredes, J. M., en "Impugnación de acuerdos", *Derecho de Sociedades: Libro en Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen 2, Ed. McGraw Hill, Madrid 2002, pp. 1977-2029, p. 2025.

(10) Ya las sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1988 (núm. 43/1988) y de 22 de marzo de 1991 (núm. 62/1991) reconocieron la consideración del arbitraje como "equivalente jurisdiccional".

(11) Con diferentes argumentos, Gallego Sánchez, E., "Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad", *Revista de derecho de sociedades*, núm. 32, 2009, pp. 43-78, p. 65 ss.; también a la luz de su admisión en el ámbito internacional, incluso para una mejor protección del inversor y del funcionamiento de los mercados financieros, Merino Merchán, J. F., "Configuración", cit., p. 36; y como hecho relevante para Fernández-Armesto, J., *Informe*, cit., pp. 32-3.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ciarse de la agilidad de este procedimiento de constitución de sociedades mercantiles, con reducción de los plazos de formalización, mediante el uso de procedimientos telemáticos de remisión y comunicación y de los plazos de calificación y despacho registral, así como de sus menores costes, mediante el reconocimiento de determinados incentivos de tipo fiscal y arancelario (12).

Pues bien, no pueden acogerse a esta opción constitutiva, según el apartado cuarto del preámbulo del Real Decreto Ley 13/2010, "sólo aquellos casos en que la elevada cuantía del capital o la complejidad de la estructura societaria exijan un examen más detallado". Este criterio sirve al registrador para aducir la presencia en los estatutos sociales de un requisito "estructural o tipológico" que impide la utilización de esta técnica constitutiva. Y este mismo criterio es mantenido por el Centro directivo cuando concluye que la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje y mediación traspasa la sencillez estructural exigida y que los estatutos contemplan un contenido que excede de la previsión de los estatutos tipo.

Con ser esto cierto, cabe introducir algunas consideraciones añadidas. En primer lugar, la propia resolución contempla la flexibilización de una interpretación rigorista de la norma para admitir, en anteriores ocasiones, una cierta modelización del contenido de los estatutos tipo al caso concreto; bien para recoger una exigencia legal, como en la fijación del número de administradores, bien dentro del régimen estatutario, como en la delimitación del objeto social a alguno o algunos de los previstos, en la atribución de carácter retribuido al cargo de administrador y en la elección de un concreto sistema de retribución. De otro lado, excluye otras opciones que incorporen una mayor complejidad a la estructura societaria y que exijan un examen más detallado; entre las que contempla, verbigracia, privilegios de participaciones, prestaciones accesorias, requisitos de convocatoria, o causas de exclusión. Se trata, por lo tanto, de elementos añadidos que de cualquier modo puedan afectar a la estructura de la sociedad y a las relaciones de los socios. Sin embargo, la inclusión de una cláusula compromisoria en los estatutos se compadece mal con una pretendida afectación de las

(12) Sobre estos aspectos, Alfonso Sánchez, R., "¿Queda «tiempo» para sociedades no inscritas? constitución telemática de sociedades de capital", *Revista de derecho de sociedades*, núm. 39, 2012, pp. 305-314.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

relaciones nacidas del contrato de sociedad si, como se ha dicho en el apartado precedente, ésta solo se concibe como una mera *optio fori*.

Pero es más, en segundo lugar, si acudimos a los precedentes legislativos, ante la necesidad de promocionar los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, sobre todo en las pequeñas sociedades en las que en la práctica resulta inusual la modelización *ex ante* de sus estatutos para adaptarlos a las necesidades de los socios, ya los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, en su apartado sexto, relativo a otras disposiciones complementarias, incluyen, en su artículo 15, una específica cláusula de sometimiento a arbitraje (13). Sin embargo, esta previsión, surgida al calor de la nueva Ley de arbitraje de 2003, quien sabe si por un mero desliz del legislador, no ha encontrado cabida en los Estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre. Seguramente ello venga motivado, como bien apunta el notario, a su anterioridad a la introducción del arbitraje estatutario para las sociedades de capital en la Ley 60/2003, mediante la inclusión del artículo 11 bis por la Ley 11/2011, que luego no se ha incorporado oportunamente al modelo de los Estatutos-tipo como sí aparece en los de la sociedad limitada nueva empresa.

Sea como fuere, la inclusión de un artículo dedicado a la mediación y al arbitraje, como métodos alternativos a la resolución de conflictos societarios, en principio no supone una modificación estructural o tipológica que, en consecuencia, impida la utilización de esta técnica prevista para la agilización de la constitución de las sociedades cuando los estatutos se ajusten a tales requerimientos. A mayor abundamiento, si se acude al derecho proyectado, la sección tercera del capítulo tercero del libro segundo del ALCM, dedicado a la escritura pública de constitución de las sociedades mercantiles, distingue, de una parte, la escritura pública, de otra, los estatutos

(13) Aprobados por Orden JUS/1445/2003, 4 de junio, según el siguiente dictado: "Toda cuestión que se suscite entre socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, y sin perjuicio de las normas de procedimiento que sean legalmente de preferente aplicación, será resuelta... (a elegir ante los Juzgados o Tribunales correspondientes al domicilio social o mediante arbitraje formalizado con arreglo a las prescripciones legales)".

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sociales, y finalmente, la cláusula estatutaria de arbitraje, lo cual viene a refrendar la consideración anterior.

D) CONCLUSIÓN

La postura rigorista en este punto mantenida por el Centro directivo contraviene dos aspectos claves de la actual política jurídica desarrollados con motivo de estos tiempos de crisis económica (14). Uno, el impulso que desde los organismos públicos se pretende dar a estas técnicas de resolución de conflictos, a fin de modernizar la Administración de Justicia y de aligerarla de cargas, al paso que sirvan para disminuir los costes y el tiempo de resolución de las controversias planteadas (*cfr.*, Preámbulo I de la Ley 11/2011, de 20 de mayo); y dos, la aspiración de dotar a las pequeñas y medianas sociedades que generalmente se constituyen con la forma de sociedad de responsabilidad limitada, con un reducido número de socios, que no superan el capital mínimo exigible, y con una estructura interna simplificada y un objeto social determinado, de un instrumento ágil y con costes reducidos; y ello tanto en el proceso constitutivo como respecto de los actos y acuerdos que resulten de su funcionamiento posterior, con el propósito de patrocinar el emprendimiento de nuevos operadores económicos (*cfr.*, Exposición de la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, y del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre).

En aras a tales principios generales de política legislativa, resulta ineficiente la solución que propugna el Centro directivo y que obliga a que "una sociedad que quiera escoger otra estructura o un contenido diverso de los estatutos no tiene más remedio que acogerse al régimen general o proceder, tras la constitución, a la modificación estatutaria". Tal y como ha sido indicado, la cláusula compromisoria no afecta a la sociedad ni en su tipología ni en sus notas estructurales, por lo que no parece que se haya de pasar por la constitución de

(14) Sobre estos aspectos, con mayor extensión, Embid Irujo, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, ed. Comares, 2013, esp. p. 132 ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la sociedad según las reglas generales o bien conforme a las exigencias del Real Decreto-Ley para luego tener que modificar estatutos a fin de incluir esta específica cláusula.

La otra alternativa, la constitución de la sociedad bajo el manto de la sociedad limitada nueva empresa, cuyos estatutos-tipo sí que auspician esta solución, tampoco parece apropiada (15). Es más, incluso el ALCM, en el apartado III-50 de su Exposición de motivos, renuncia a su regulación, "escasamente útil mientras estuvo vigente y hoy superada por las nuevas técnicas de constitución telemática y simplificada, aplicables al conjunto de las sociedades". Además, sentado que la cláusula compromisoria no se opone a las leyes ni contradice los principios configuradores del tipo social elegido, y aun cuando su lugar natural debiera ser el estatutario, se podría plantear, dentro de la libertad de pactos que autoriza la regulación de las sociedades de capital, la posibilidad de insertar la mediación y el arbitraje entre los pactos de la escritura social (*cfr.*, art. 28 TRLSC). Lo bien cierto es que en este punto el Derecho societario, que debiera actuar como orden promotor de la actuación de los operadores económicos en el mercado, conduce en ocasiones como la presente a asimetrías entre los tipos sociales poco justificables derivadas de la creación precipitada de un Derecho de la crisis, pronunciado a golpe de las necesidades de la convulsión de los tiempos y, por lo tanto, necesitado de una mayor reflexión y coordinación entre sus distintos ámbitos (16).

(15) Tampoco la traslación de la cuestión a los pactos parasociales omnilaterales, por su carácter estrictamente contractual, tal y como se apunta por Embid Irujo, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades*, cit., p. 135, nota.

(16) Más detenidamente, sobre las distintas implicaciones del que se ha dado en llamar el "Derecho de la crisis" en el Derecho de sociedades, Embid Irujo, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades*, cit., p. 68 ss., y esp. pp. 137-8.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

INTERPRETACIÓN DE UNA CLÁUSULA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA QUE INCORPORA UNA CONDICIÓN RELATIVA AL PRECIO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013 (NÚM. 546/2013)

Miguel Gimeno Ribes
Universidad de Valencia

Partes: D. Diego, D. Joaquín y D. Sebastián (demandantes y recurrentes en casación) contra COMPAÑÍA MERIDIONAL DE INVERSIONES Y PATRIMONIO, SL y COMPAÑÍA PATRIMONIAL DE INVERSIONES E INMUEBLES, S.L.U. (demandados y recurrentes en apelación).

Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Resumen Fallo: Desestimación del recurso de casación por entender que la interpretación de la cláusula realizada por la Audiencia Provincial no sólo es defendible, sino que es la que el Tribunal Supremo habría adoptado. Consideración del término "acuerdo" como un compromiso irrevocable y no como la efectiva formalización de un contrato.

Fuente: IdCendoj: 28079110012013100519.

Disposiciones legales aplicadas: Arts. 1281, 1284 y 1285 CC.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A) HECHOS

D. Diego, D. Joaquín y D. Sebastián actuaron como vendedores en un contrato de compraventa de empresa en el que COMPAÑÍA ANDALUZA DE RENTA INMOBILIARIA, SA (CARINSA) adquirió el 100 % de las acciones en las que se encontraba dividido el capital social de la sociedad IBÁÑEZ MOTOR, SA, única compañía concesionaria de servicios de venta y postventa de coches de la marca AUDI en la ciudad de Málaga. El precio de compraventa estipulado era de 9 millones de euros, siendo modificada la cláusula que contenía el mismo poco después como consecuencia de que las partes advirtieran que cabía la posibilidad de que el titular de la marca realizara una segunda concesión en el mismo municipio, perdiendo así la empresa objeto de la compraventa la exclusiva en la venta de los mencionados automóviles. El precio fue reducido a 7,5 millones de euros, pero la nueva cláusula era del siguiente tenor: "*No obstante lo pactado en la estipulación anterior expresamente se acuerda por las partes que si en el plazo de 18 meses a contar desde la firma del presente documento, Volkswagen Audi España, SA, no se acordara el otorgamiento formalizado de una nueva concesión para la marca Audi en el territorio que actualmente tiene concedido IMSA [IBÁÑEZ MOTOR, SA] y ésta pudiera seguir ejerciendo su actividad como hasta el día de la fecha con carácter de exclusiva y en el ámbito de su actual territorio, el precio antes convenido se incremente por hasta un total de 9 millones de euros*".

B) DOCTRINA

1. La interpretación de una cláusula contractual no debe ser objeto de la casación, sino del tribunal de instancia y tan sólo en caso de que no sea defendible deberá ser considerada por el Alto Tribunal.

2. La interpretación literal de las cláusulas contractuales que impone el art. 1281 CC no es aplicable en aquéllas en las que la intención de las partes no sea evidente, sino en las que quepan dudas sobre su verdadera voluntad habida cuenta de que una misma expresión pueda dar lugar a diferentes significados.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

3. La interpretación que debe primar es la intencional, establecida como supletoria en el apartado segundo del art. 1281 CC para los supuestos en los que la literal no fuera posible. La intención debe extraerse de las actuaciones concomitantes al momento de redacción de la cláusula y, en concreto, a aquellas comunicaciones tenidas con terceros que pudieran afectar de uno u otro modo a los efectos que el contrato pretenda tener para las partes.

4. Una interpretación finalista resulta improcedente porque se puede hacer uso de la intencional, mientras que la sistemática no debe sino reforzar la postura exegética, puesto que una comprensión de la cláusula en concordancia con la totalidad del contrato permite advertir con mayor nitidez la voluntad de las partes.

C) COMENTARIO

1. Sobre los modos de transmisión de la empresa configurada como compraventa y, en particular, en su modalidad de *share deal*. El supuesto de la sentencia objeto de estudio tiene como eje un contrato de compraventa de empresa que tenía como particularidad el hecho de que la sociedad transmitida era concesionaria de una marca de automóviles que le permitía la venta en exclusiva de los mismos. En la práctica contractual, las transacciones de esta índole se instrumentan de dos maneras diversas y singulares, a saber, a través de la compraventa de activos (*asset deal*) y la consiguiente separación entre los diferentes elementos de los que el comprador pasa a ser propietario o en los que sucede, y la compraventa de acciones o participaciones (*share deal*), que implica el mero cambio en la titularidad del capital social, manteniéndose el empresario social que explota la empresa. La tendencia económica presente ha sido la de realizar este tipo de transacciones principalmente a través de la segunda de las formas de instrumentación referidas y que es, a su vez, la utilizada en el supuesto de la resolución judicial.

La compraventa de empresa configurada como *share deal* contiene la particularidad de la mayor facilidad de transmisión, ya que implica la mera transmisión de los títulos que componen el capital social. De esta manera se produce la compraventa indirecta de la empresa, con incorporación de la totalidad de los bienes, derechos

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

y obligaciones que la integran, así como de sus relaciones jurídicas, que no necesitan especialidades (1) como ocurre cuando se realiza a través de compraventa de activos. De manera especial, se considera transmitida la clientela o fondo de comercio, elemento que da un sentido a la empresa entendida como ente en funcionamiento (2) y que se manifiesta en la diferencia existente entre el valor puramente contable de la empresa a partir de su balance y el real o precio efectivamente abonado.

Se plantea, sin embargo, la duda del porcentaje del capital social mínimo transmitido para que se entienda producida la compraventa de empresa y se pueda equiparar, a posibles efectos, con la realizada de manera directa. En tal sentido, parece que la adquisición de la totalidad del capital social resultaría de cualquier modo en una efectiva transmisión. Más problemático resulta el caso de adquisiciones de porcentajes menores, siendo posible el establecimiento de umbrales tanto en la mitad, puesto que permitiría la adopción de los acuerdos relativos a la gestión ordinaria de la empresa, siempre y cuando, claro está, nos encontremos ante sociedades de capital, como de los equivalentes a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos de mayor envergadura como puedan ser los de modificación estructural (3). Se ha argumentado, sin embargo, que una

(1) Nos referimos a las habituales, la cesión de créditos, entendida como cesión del art. 347 CCom, que requiere la notificación al deudor cedido, la asunción de deudas, que se configura como novación y exige la aceptación del acreedor de conformidad con el art. 1205 CC, y la cesión de contratos, que salvo los supuestos tradicionales de los arts. 34 LCS, 27 LCA y 280 CCom, para los contratos de seguro, agencia y comisión, requieren la aceptación de la contraparte cedida. El sistema establecido en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil modifica la situación, flexibilizando y otorgando eficiencia a estas transacciones cuando se realicen a través de compraventa de activos (arts. 132-4, 132-5, 132-6).

(2) Véase a este respecto las diferencias teorías sobre la empresa expuestas en Broseta Pont, M.: "La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento", *RDM*, núm. 107, 1968, pp. 59-106, en concreto, p. 67, donde diferencia entre la teoría atomista, la unitaria y la eclética, siendo esta última la única que representa una organización coherente y en movimiento.

(3) Sostuvimos tal posición en nuestro trabajo, Gimeno Ribes, M., *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*, Granada, Comares, 2013, p. 17. A

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

transmisión de la empresa en el sentido aquí pretendido tan sólo sería completa en el caso de que se transmitiese más del 95 %, puesto que sólo en tal caso se impediría el ejercicio de cualquier derecho de la minoría. Sin ser desacertado el planteamiento, sin embargo, parece que, de un lado, incluso en casos en los que no se alcance ni siquiera el 90 %, si los minoritarios se encuentran muy repartidos, sus posibilidades de actuación quedan mermadas a no ser que actúen conjuntamente. Por otro lado, dado que, siguiendo esta regla, habida cuenta de que en el régimen de sociedades capitalistas se permite la solicitud del acta notarial a quien ostenta al menos el 1 %, que el comprador de la empresa deba contar con más del 99 %, lo cual es tanto como decir que sólo la adquisición de la totalidad del capital social equivale verdaderamente a la compraventa de activos (4), en una sociedad de capital, a nuestro entender, resulta excesivo. En cualquier caso, en el supuesto de autos se transmitió el 100 % de las acciones en que se dividía el capital social de IBÁÑEZ MOTOR, SA, lo que despeja cualquier duda sobre la efectiva transmisión de la empresa.

2. Sobre los procedimientos de auditoría legal y financiera, también conocidos como *Due Diligence*, y la incidencia de los aspectos mercantiles analizados. Es común a este tipo de transacciones la realización de procedimientos de auditoría legal y financiera, denominados como *Due Diligence*, y consistentes en la revisión de la totalidad de los aspectos relacionados con las diferentes áreas del Derecho y de las finanzas que directa o indirectamente afectan a la empresa. La función esencial de este tipo de procedimientos es la de realizar una adecuada determinación del precio y, al tiempo, garantizar el establecimiento de un equilibrio de diligencia entre las partes contratantes. En tal sentido, se lleva a cabo en un período de

---

los efectos de la posible utilización de remedios contractuales en la compraventa de empresa, se refiere, en la doctrina alemana, Schmidt, K., *Handelsrecht*, Köln, Carl Heymanns, 1999, pp. 150-151 a diferentes porcentajes barajados por la doctrina, que se encontrarían entre el 75 % y el 80 %, pero que, en cualquier caso, no serían aceptados para supuestos de mera adquisición de la mitad del capital social.

(4) Postura patrocinada, entre otros, por Huber, U., "Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts", *AcP*, núm. 202, 2002, pp. 179-242, en concreto, p. 231.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tiempo en el que el vendedor pone a disposición del comprador la totalidad de la documentación de la compañía a los efectos de que el adquirente, a través de un equipo formado por juristas y economistas, realice una comprobación de que la realidad descrita en los documentos preliminares y que va a ser objeto del contenido del contrato se corresponde con la de la empresa (5).

Las áreas más relevantes que suelen ser objeto de revisión incluyen primordialmente los estados financieros de la empresa, esto es, las cuentas anuales y el resto de documentos financieros de carácter interno. Además, se deben considerar los aspectos de la estructura organizativa empresarial, que se manifiesta en las especialidades estatutarias de la sociedad. Finalmente, se tienen en cuenta todas las relaciones jurídicas en las que sea parte la empresa y, de manera particular, aquéllas que puedan ser un elemento positivo o, por el contrario, constituir un lastre para la misma, generando los oportunos ingresos en el primer caso y los correspondientes gastos en el segundo. Comenzando por estos últimos, nos referimos a todos aquellos contratos de trabajo, así como sus especialidades en relación con los convenios colectivos que los rijan, de igual manera que los contratos de seguro cuyas primas deban abonarse o los contratos de arrendamiento de locales en los que se desarrolle la actividad económica de la empresa. También constituirán fuente de gastos los procesos judiciales en los que se encuentre inmersa la sociedad, particularmente si se prevé un resultado adverso que tenga como consecuencia la condena al pago de indemnización y costas procesales o el pago de determinados tributos o *royalties* para la concesión de licencias según sean los concedentes organismos públicos o privados.

De entre los que pueden dar lugar a ingresos ha de hacerse referencia esencialmente a la existencia de determinados bienes de propiedad industrial cuya explotación le sea permitida a la empresa, sea a título de propietaria, sea de licenciataria, así como, particularmente, contratos de colaboración o distribución en los que la empresa se encuentre bien en posición de principal, bien de agente,

(5) Entre la bibliografía española más relevante en la materia debe destacarse el trabajo de Hernando Cebriá, L., "La incidencia de la "Legal Due Diligence" en la contratación mercantil contemporánea", *RDM*, núm. 260, 2006, pp. 603-640.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

comisionista, franquiciado o concesionario. Por lo que respecta a estos últimos, mientras que en el caso de ocupar la posición de principal, lo que se logra es el incremento de los ingresos gracias a una red comercial amplia, en el segundo, especialmente si se trata de una franquicia o una concesión, puede obtenerse un beneficio por el hecho de tener la capacidad de vender los productos de una determinada marca.

De la lectura de la resolución judicial se desprende que uno de los elementos más importantes que contenía la empresa enajenada lo constituía el hecho de ser concesionaria de una importante compañía automovilística que le permitía la venta de sus productos de forma exclusiva en una capital de provincia española. Se intuye que probablemente, como consecuencia del procedimiento de *Due Diligence,* se comprobó que existía la posibilidad de que la exclusividad de dicha concesión desapareciese, lo que implicaría, de seguro, una importante merma en los ingresos de la empresa. Ello llevó a la parte compradora a requerir una reformulación del clausulado del contrato de compraventa de empresa que incorporase una cierta cautela para el caso de que la concedente optase por establecer una segunda concesionaria en el mismo municipio.

3. Sobre el valor de la empresa desde una perspectiva dinámica, así como sus relaciones con la clientela y los beneficios en general. El precio de la compraventa, cuando el objeto es una empresa, no se establece, generalmente, a través de un método consistente en el análisis de los activos y pasivos obrantes en la sociedad y el establecimiento de la mera diferencia entre ambos conceptos, que no sería sino el pago del valor del neto patrimonial. Más bien, se toma una perspectiva esencialmente dinámica, que tiene en cuenta las ganancias futuras y las actualiza al momento presente (6). El objetivo de este tipo de cálculos es determinar el valor real de la empresa teniendo en cuenta sus ganancias futuras, para lo que resulta

(6) Entre las técnicas habituales puede aludirse al NPV (Net Present Value), así como, tratándose fundamentalmente de sociedades cotizadas cuyos títulos se adquieren, el CAPM (Capital Asset Pricing Model). Véase a este respecto las explicaciones didácticas sobre este último método en Brealey, R. A./ Myers, S. C., *Principios de finanzas corporativas*, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 132-137.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

imperioso realizar una prospectiva. Ésta tan sólo puede formarse a partir del adecuado conocimiento de los elementos con que cuente la empresa, sean de índole puramente patrimonial o contractual. La existencia de determinada maquinaria o redes comerciales adecuadas puede hacer presumir la adecuada producción y comercialización de los productos elaborados.

Tradicionalmente se ha puesto especial atención a la transmisión de una determinada clientela en supuestos de compraventa de empresa, lo que garantizaría un mínimo de ingresos continuado y unos consiguientes beneficios. A tal efecto, el establecimiento de cláusulas de no competencia que el vendedor debe respetar, con el fin de permitir la efectiva transmisión de dicha clientela o la inferencia de una cierta obligación en tal sentido para el enajenante a partir de la norma general de cumplimiento de los contratos conforme a los dictados de la buena fe (art. 1258 CC) ha sido una constante en la práctica letrada, así como en la consideración doctrinal y jurisprudencial. Existía, no obstante, un límite constituido por el Derecho *antitrust*, según cuyo tenor (art. 1.1 LDC) este tipo de cláusulas, en caso de inclusión, debían ser consideradas nulas y, consiguientemente, por no puestas. Tales consecuencias, sin embargo, quedarían sin efecto, por un plazo determinado de tiempo (7), por la aplicación conjunta de los arts. 1.3 LDC y 1258 CC (8), entendiendo que la transmisión de la clientela garantizaría la eficiencia productiva de la empresa (9).

(7) La limitación temporal, establecida de manera patente en el Derecho italiano de la mano del art. 2557 *Codice Civile*, ha sido generalmente inferida en el caso español a través de las normas europeas sobre acuerdos verticales, que establecen un plazo máximo de prohibición de competencia de cinco años. Así se puede ver en el Reglamento 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a determinados tipos de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

(8) Se habla en tales casos de restricciones accesorias o *ancillary restraints*, haciendo uso de la nomenclatura anglosajona. Entre los primeros trabajos de autores españoles sobre la materia puede hacerse referencia a Miranda Serrano, L. M.: "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 2315-2352

(9) En un reciente trabajo sostuvimos, sin embargo, que, en ocasio-

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En el caso de autos, la captación de una determinada clientela y, consiguientemente, la prospectiva que se pretendía realizar, tan sólo podía tener lugar en caso de que se garantizara el mantenimiento de unos ingresos continuados derivados de la posición de concesionaria exclusiva que tenía la empresa a enajenar. Conocida la posibilidad de que dicha exclusividad desapareciese, las partes reformularon el contrato en el sentido anteriormente referido.

4. Sobre la naturaleza condicional de la cláusula controvertida. La cláusula cuya interpretación da lugar al conflicto que la resolución judicial analizada dilucida contiene, en opinión del Tribunal Supremo, una condición suspensiva negativa, aspecto sobre el que existe acuerdo entre las partes, pero que la recurrente utiliza aparentemente para reforzar sus argumentos. El entendimiento como condición suspensiva negativa tiene su razón de ser en el hecho de que, en el sentido descrito por los arts. 1114 y 1118 CC, se genera un derecho para una parte, concretamente, la vendedora, en el supuesto de que, pasado un determinado período de tiempo, delimitado en dieciocho meses, un acontecimiento específico como fuera la existencia de una nueva concesión, no tuviese lugar (10). El

---

nes, bajo determinadas circunstancias, la existencia de mayor competencia derivada de la no atención de este tipo de cláusulas podía ser incluso beneficioso si tanto la empresa enajenada, como una supuesta nueva empresa competidora del enajenante se encontraban en determinadas zonas geográficas en las que, por la competencia existente, pudieran generarse *spillovers* de conocimiento que mejoraran la eficiencia productiva. El bien jurídico en este caso, no debería ser la clientela *stricto sensu*, sino más bien las ganancias derivadas, bien por un incremento de las ventas, bien por una reducción de los costes en el sentido referido (Gimeno Ribes, M., "Protección de la clientela, prohibición de competencia y *spillovers*", *RdP*, núm. 32, 2013, pp. 295-321).

(10) De entre la escasa bibliografía sobre la materia, cabe hacer referencia a dos importantes trabajos sobre la condición suspensiva que resultan de interés. De manera especial, Díez-Picazo y Ponce de León, L., "El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de *conditio pendens*", en *Estudios de Derecho Civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, vol. 3, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1969, pp. 181-202. Más recientemente, Carrión Olmos, S., "La condición suspensiva y sus efectos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1996", *RDP*, vol. 83, núm. 6, 1999, pp. 449-487.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

hecho generador del nacimiento del derecho a favor del vendedor y de la obligación a cargo del comprador es, consecuentemente, el no acontecimiento de un hecho. Debe diferenciarse, en tal sentido, de la condición resolutoria, puesto que, pese a tener una configuración similar, mal que configurada a la inversa, esto es, la pérdida de un derecho en caso de producirse un hecho, lo cierto es que la estructura es disímil. En la condición resolutoria la consecuencia no es la adquisición de un derecho, sino la pérdida, lo que da a entender que, en caso de encontrarnos ante una de tales características, no se plantearía un precio de 7,5 millones de euros de inicio, al que luego se añadirían otros 1,5 millones de euros en caso de no producirse un acontecimiento, sino que el pago realizado por el comprador sería de 9 millones al inicio y tan sólo sería reducido en caso de que efectivamente se diese el consabido acontecimiento. De esta manera, frente a la condición suspensiva, el hecho generador de la resolutoria sería el acaecimiento y no el no-acaecimiento del hecho en cuestión.

El planteamiento contractual elegido en el supuesto de hecho de la sentencia no es baladí, puesto que da la impresión de que había una cierta previsión de las partes de que la nueva concesión se iba a producir y, precisamente para evitar mayores costes, se optó por determinar un precio de compraventa menor y tan sólo dar derecho a la parte vendedora a una mayor cuantía en el caso de que lo que se consideraba más probable no tuviera lugar.

5. Sobre las interpretaciones literal e intencional de la cláusula. A la hora de realizar la interpretación adecuada de la cláusula, la resolución hace referencia a muchas de las reglas contenidas en los arts. 1281 CC y ss. (11), que, al parecer, fueron traídas a colación por las partes en sus correspondientes escritos procesales. En concreto, se discute si la interpretación literal de la misma sería

(11) Para una panorámica general de estas reglas de exégesis contractual, véase Jordano Barea, J. B., "La interpretación de los contratos", en AAVV, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 1, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 309-336, en especial, pp. 319-323.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

suficiente o se requeriría una atención a otros criterios hermenéuticos para dilucidar su verdadero significado. En tal sentido, entiende el Alto Tribunal que la cláusula no es lo suficientemente clara como para que la mera literalidad sea suficiente. Nos parece adecuada la consideración judicial en tanto que el problema originador es la contraposición existente entre la utilización del verbo "*acordar*" y el sintagma nominal "*otorgamiento formalizado de una nueva concesión*". Mientras que el verbo mencionado tiene un valor que puede ni siquiera suponer la existencia de un contrato firme, sino meramente de una relación de esencia precontractual, lo cierto es que el "*otorgamiento formalizado*" tiene que ver, en buena medida, con un negocio jurídico que incorpora requisitos formales.

Dicho esto, cabe recurrir a la interpretación establecida en el apartado segundo del primero de la serie de preceptos sobre la exégesis de las cláusulas contractuales, a saber, la interpretación de la intención de las partes contratantes. Considera el Tribunal Supremo que de determinadas actuaciones coetáneas con la redacción de la cláusula cabe inferir que el valor que se debe dar a la condición suspensiva negativa indicada debía ser la de interpretar el hecho generador como el no acaecimiento de un propósito acordado de efectuar la concesión y no de su efectiva constancia. Tal consideración descansa, en opinión de la sala enjuiciadora, en las comunicaciones efectuadas entre las partes contratantes y entre ambas y el tercero relevante, relacionadas –se entiende– con la posible segunda concesión, aspectos fácticos cronológicamente presentados que resultan de auxilio en la interpretación. En tal sentido, el hecho de que el tercero diera muestras a ambas partes de que se había adoptado un acuerdo en relación con la futura concesión resultaría suficiente indicio como para entender la cláusula como referida a la mera adopción del acuerdo, sin que hubiese sido formalizado.

Sin embargo, cabe plantear una interpretación intencional en un sentido diverso, quizá más clarificador y que descansa, precisamente, en el análisis prospectivo de un lado y en la naturaleza de condición suspensiva –y no resolutoria– de la cláusula objeto de litigio. Ambas consideraciones pueden ser estudiadas de manera conjunta y tienen que ver con la determinación de un precio acorde. Si los flujos financieros futuros iban a verse disminuidos, el valor

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

real de la empresa sería necesariamente menor, lo cual reduciría el precio y la existencia de un mero acuerdo o de una concesión plenamente formalizada no implica una verdadera diferencia que tenga efectos desde el punto de vista de la determinación del precio.

A ello se añade el hecho de que la condición es suspensiva, lo que implica que en el período transitorio, que se debe entender como la situación natural, el precio es el reducido como consecuencia de la nueva circunstancia. Por el contrario, la situación patológica la constituye, precisamente, el cumplimiento de la condición, que hace surgir el derecho en el vendedor de cobrar un precio mayor y cuyo elemento generador, como se ha indicado, era el no acaecimiento de un hecho. Bien parece colegirse que si la situación natural era la que implicaba el acaecimiento del hecho consistente en la concesión, la previsión era que ésta tuviese lugar en el tiempo establecido y, a tal efecto, el mero acuerdo debía entenderse como tal.

6. Sobre las interpretaciones finalista y sistemática de la cláusula. El Tribunal Supremo se ocupa en la parte final de su FJ 4.º de las interpretaciones finalista y sistemática, alegadas por la parte recurrente, al parecer sin un claro objetivo argumentativo, en los motivos tercero y cuarto del recurso de casación. Advierte el art. 1284 CC, en este punto, que debe acudirse a la interpretación que lleve a que el contrato cumpla con su finalidad. Adecuadamente indica el Alto Tribunal que el supuesto no es el de autos, ya que en el contrato se cumple el objetivo, como es la transmisión de la empresa. En todo caso, si se tomara en consideración tan sólo la cláusula, el efecto sería el no acaecimiento del hecho que constituye la condición suspensiva negativa, por lo que dicha interpretación debe ser rechazada.

Finalmente, en cuanto a la interpretación sistemática, advierte el órgano judicial que la regla establecida en el art. 1285 CC no fue malinterpretada por la Audiencia Provincial, puesto que entiende que, precisamente, la consideración del contrato en su totalidad fortalece la tesis de la consideración del hecho que debía acaecer para que se cumpliera la condición suspensiva negativa era tan sólo la existencia de un acuerdo sobre la concesión. A nuestro entender, puede irse incluso más allá, basando, nuevamente, la interpretación en la mayor probabilidad que colige que las partes parecen otorgar al acaecimiento del hecho descrito en la condición.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

D) CONCLUSIÓN

La interpretación de una cláusula de un contrato de compraventa de empresa que incorpore una condición suspensiva negativa por la que se aumente el precio del objeto enajenado en caso de que la compañía cuya titularidad se transfiere deje de tener la concesión en exclusiva y exista un segundo concesionario debe pasar por un entendimiento de la intención de las partes contratantes en su inclusión. Dos aspectos resultan de particular relevancia en dicha labor de exégesis. De un lado, su estricta vinculación con la determinación del valor de la empresa, estimado a través de una prospectiva de ingresos futuros que sólo se puede comprender según la existencia de la concesión en exclusiva sea una realidad o no. De otro, el hecho de configurar la condición como suspensiva negativa hace presuponer que el hecho generador del derecho a favor del vendedor sea el no acaecimiento de acuerdo alguno en relación con la concesión y no la formalización del mismo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 10/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org